

Estatuto de las libertades en el proceso penal chileno a trece años de vigencia del sistema acusatorio*

Enrique Letelier Loyola**

Recibido: junio 4 de 2013
Aprobado: septiembre 9 de 2013

Resumen

En este estudio se identifican tres institutos que tienen directa incidencia en el régimen de la libertad del imputado durante el curso del proceso penal: el control de identidad, la detención por flagrancia y la prisión preventiva. Se describen, analizan y critican las principales modificaciones legislativas que los mismos han experimentado desde el año 2002, y se identifica, además, la tendencia a extender los límites objetivos y subjetivos de las restricciones a la libertad y a desnaturalizar sus fines estrictamente cautelares.

Palabras clave: enjuiciamiento penal; libertad; control de identidad; flagrancia; prisión preventiva.

* El presente es un trabajo académico del autor y ha sido presentado y sustentado en las XXIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Buenos Aires, 6 – 9 de Junio de 2012). Agradezco al estudiante de 5º año de la carrera de Derecho de la Universidad de Antofagasta, señor Álvaro Quaas Rojas, por su valiosa colaboración.

** Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas (Universidad de Valparaíso, Chile). Magíster en Reforma Procesal Penal y Comunicación Forense (Universidad Central, Chile). Doctor en Derecho, mención *Doctor Europeus* (Universidad de Salamanca, España). Profesor Asistente Facultad de Ciencias Jurídicas en la Universidad de Antofagasta (Chile). E-mail: eletelierl@uantof.cl

Statute on freedom in the Chilean criminal process thirteen years after applicability of the accusatory system

Abstract

Three institutions having direct impact on the freedom system of the indicted person during the course of a criminal process are identified: identity control, detention for flagrancy, and preventive detention. The main legislative modifications such institutions have experienced since 2002 are described, analyzed, and discussed, and the tendency to extend objective and subjective limits of freedom restrictions and to denaturalize its strictly protective goals is also identified.

Key words: criminal indictment; freedom; identity control; flagrancy; preventive detention.

Introducción¹

Para confeccionar este breve estudio, se han identificado tres institutos que tienen en común la afectación a la libertad del imputado durante el desarrollo del proceso penal: el control de identidad, la detención por flagrancia y la prisión preventiva. Se ha descrito y analizado el contenido sustancial de las principales modificaciones legislativas que han experimentado a partir del año 2002 en adelante.

El estudio que se presenta abarca una breve descripción del sistema de enjuiciamiento penal previo a la reforma del año 2000 y los fundamentos que hacían imperiosa su modificación. Se identifican y describen, en lo esencial, los sujetos del nuevo sistema, los principios que lo inspiran y la estructura acusatoria sobre la que se construye.

Llegados al punto del estatuto de las libertades, se describen diacrónicamente las principales modificaciones que han experimentado el control de identidad, la detención por flagrancia y la prisión preventiva, confrontando estos institutos en su actual configuración, con el diseño original del CPP de 2000 y poniendo en crisis la naturaleza y finalidades que el ordenamiento vigente ha querido asignarles.

De los fundamentos implícitos en esas modificaciones será posible deducir que la alteración al estatuto de las libertades en el proceso penal obedece a la clara intención del legislador de favorecer la eficacia de la persecución penal. De la evolución legislativa, manifestada en cada una de las modificaciones que se describen y analizan, se podrá, además, inducir una tendencia: el Estado intenta atacar el fenómeno

delictuoso con las herramientas puestas al servicio del proceso penal, ya sea potenciando la labor autónoma de las policías, extendiendo los límites objetivos y subjetivos de las medidas cautelares o mutando su finalidad hacia otras que rebasan las de ser instrumentales y las acercan, con mucho riesgo, al cumplimiento de fines asegurativos, educativos e incluso, penológicos.

1. La referencia al estatuto de las libertades en el proceso penal

No es nuestro propósito examinar el contenido ontológico de la libertad del ser humano, porque caeríamos en el riesgo de completar un número ingente de páginas sin arribar a una respuesta única, universal e inmutable. Pero no debemos soslayar el hecho de que la libertad del ser humano es un tema del proceso penal. Si precisamente, como explicaba hace muchos años un sabio jurista italiano, el drama del proceso penal consiste en su necesidad de infligir restricciones a la libertad del sujeto pasivo para determinar, finalmente, si este debe o no responder penalmente frente al Estado, es que la libertad es un gran tema que sobrevuela todo el curso del enjuiciamiento penal. Así lo explicaba Francesco Carnelutti, en un hermoso texto de mediados del siglo pasado:

Desgraciadamente, la justicia humana está hecha de tal manera que no solamente se hace sufrir a los hombres porque son culpables sino también para saber si son culpables o inocentes. Esta es, desgraciadamente, una necesidad, a la cual el proceso no se puede sustraer ni siquiera si su mecanismo fuese humanamente perfecto (Carnelutti, 1999, 48).

Esto se entiende perfectamente si se repara en el hecho de que ni siquiera el imputado sobre el que no pesa cautela personal alguna está, sin embargo, libre de imputación penal.

¹ ABREVIATURAS Y SIGLAS: artículo/artt (artículo/ artículos); Bol. (Boletín); CPP (Código Procesal Penal); CPPMIA (Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica); C de PP (Código de Procedimiento Penal); CPR (Constitución Política de la República de Chile); LECrim (Ley de Enjuiciamiento Criminal española 1882); LOC (Ley Orgánica Constitucional); MP (Ministerio Público).

La pregunta que corresponde formular en esta parte es si la libertad puede ser medida, dosificada, clasificada o calificada. La respuesta podría ser inmediata y evidente: se es libre o no. Pero cuando en el juicio penal el sujeto pasivo de la persecución adquiere la calidad de imputado pareciera que su estatuto de hombre libre cambia, pues por alguna razón viene de inmediato en su auxilio la presunción de no culpabilidad; lo mismo si queda sujeto a alguna medida cautelar personal aun de baja intensidad, como el arraigo o la llamada *libertad provisional* –denominación discutible y de sesgo inquisitorial, que impone un estigma al sujeto libre (Cordero, 2006, p. 474)–; y qué duda cabe si el imputado queda afecto a la prisión preventiva o provisional. Los ordenamientos, en defensa del carácter exclusivamente cautelar de aquella medida, mandan –es más, lo proclaman– no confundir el estatuto del preso bajo prisión preventiva del que lo está en cumplimiento de una condena... Pero ambos ¿son igualmente sujetos *no libres*?, pregunta que nos ubica en el difícil tema de la relación entre *coerción procesal* y *coerción material* (Maier, 2004, p. 510 y ss.) Y pareciera, al fin, que el condenado a quien se concede la gracia de la libertad condicional goza de una libertad menor de la que volverá a gozar cuando se cumpla y agote la pena.

Es muy interesante reparar en el no casual vínculo entre los grados de conocimiento y convicción del juez (y en algún caso del agente policial) y los grados de restricción a la libertad del imputado: desde la detención por flagrancia y la citación que deriva de unas sospechas, hasta la condena resultante de una convicción más allá de toda duda razonable, transitando por la prisión preventiva o provisional, consecuencia de unas presunciones o motivos razonables o fundados, según la nomenclatura que se utiliza con mayor o menor comunidad. Como presupuestos para decretar la más poderosa de las cautelas personales, se requieren, desde la perspectiva del juicio de *probabilidades* y de *verosimilitud* (Calamandrei, 1996, p. 77) o un *juicio previo*

de conocimiento (Maier, 2004, p. 523), *verbigracia*, “elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor...” (artículo 202 CPPMIA), “Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación...” (artículo 140 CPP Chile), “Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito...” (artículo 503.2 LECrim), o bien “gravi indizi di colpevolezza” (artículo 273.1 CPP Italia).

Tratándose de actividad eminentemente cautelar, en todos ellos aparece clara la relación entre *fumus delicti commessi* y un grado fuerte de restricción a la libertad, concretado en la prisión preventiva o provisional (Maier, 2004, p. 523-524; Cordero, 2006, p. 480-482; Asencio & Fuentes, 2008, p. 137-138; Nieva, 2012, p. 160).

En fin, no resulta difícil argumentar que en el ámbito del proceso penal la libertad del imputado resulta finalmente graduada, clasificada y calificada, por lo que corresponde analizar el régimen de estas libertades durante su desarrollo.

2. El sistema de enjuiciamiento en Chile antes de la reforma del año 2000

En nuestra vida republicana podemos hallar antecedentes legislativos del proceso penal en la Constitución de 1818, aunque algunos principios estaban ya reconocidos en la Carta de 1812. La de 1822, inspirada en la Constitución de Cádiz, reconoció varias garantías fundamentales y lo propio hizo la Carta moralista de 1823. Las constituciones posteriores, de 1828 y 1833, reconocieron casi las mismas garantías que las precedentes. Sin embargo, y a pesar de diversas y dispersas normas que a lo largo del siglo XIX se refirieron al procedimiento penal, antes del Código de 1906 la regulación del proceso penal en Chile fue bastante caótica (Fontecilla, 1978, p. 85 y ss.).

2.1 *El diseño original del viejo sistema en el Código de Procedimiento Penal de 1906: presencia del Ministerio Público como acusador en primera instancia*

Este texto de comienzos del siglo XX organizaba el proceso en dos etapas diferenciadas (Maturana & Montero, 2010, p. 95-99): el sumario, investigación a cargo de un juez con competencia penal, y el plenario, fase de juicio a cargo del mismo juez letrado. Se trataba de un procedimiento marcadamente escrito, siendo el sumario por regla general secreto, y el plenario, público. Durante el sumario, el juez tenía amplias facultades para decretar diligencias de investigación destinadas al esclarecimiento de los hechos y la determinación de las personas responsables. En el plenario, que contemplaba actos de acusación, contestación y prueba, se seguían una serie de reglas precisas para la apreciación de la prueba, regulándose por menorizadamente el valor de las presunciones judiciales. La sentencia definitiva era susceptible de recurso de apelación, casación en la forma y, eventualmente, casación en el fondo.

En el diseño original del viejo sistema, si bien el juez con competencia criminal tenía importantes poderes para la conducción del proceso, estando facultado para darle inicio por "pesquisa judicial" y actuar activamente en las diligencias de investigación, la figura del MP en la primera instancia, representada por los "Promotores Fiscales", evitaba acusar el carácter derechamente inquisitivo del modelo: el sumario también podía iniciarse por "requisición del Ministerio Público", órgano autorizado para recibir denuncias y obligado a efectuarlas por los hechos de que tomaba conocimiento. El mismo podía pedir al juez que practicase todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos, pudiendo, por lo general, enterarse del contenido sumario. Agotada la investigación y declarado por el juez el cierre del sumario, el MP debía emitir un dictamen; y no siendo procedente el sobreseimiento ni la práctica de nuevas diligencias, el MP debía deducir la

acusación fiscal, actuación con la que se daba inicio a la fase de plenario, etapa diseñada con caracteres de un juicio penal, pues el acusado, gozando ya de un derecho de defensa material mejor articulado, podía presentar sus defensas, alegar excepciones y rendir prueba de descargo. Se cumplía, al menos, con una de las manifestaciones del principio acusatorio: la separación entre las funciones de acusar y juzgar (Ambos, 2008, p. 70 y Armenta, 2012, p. 35). El MP tenía, además, el deber de apelar de contra sentencia que hubiere cometido error en la apreciación de los hechos o que hubiere impuesto incorrectamente una pena.

De esa manera, permitiendo la participación activa del MP en la primera instancia, y particularmente con su necesaria acusación para dar curso al plenario, se intentaba paliar los riesgos que el propio legislador del Código de 1906 preveía. El Mensaje de este cuerpo legal, en sus párrafos 9º y 10º, lo revelaba claramente:

Ni siquiera ha sido posible separar en este proyecto las funciones de juez instructor de las de juez sentenciador (...). Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis son casi incontrovertibles. (...) Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes de los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no solo a encaminar la investigación por el sendero de que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde el sumario.

2.2 *La modificación de 1927 y la supresión del MP en primera instancia*

Desafortunadamente y a muy poco andar, el sistema así diseñado sufrió un duro golpe: el Decreto con Fuerza de Ley 426, de 1927 declaró vacantes "por no ser indispensables" los cargos de Promotores Fiscales en la primera instancia, y radicó en la figura del juez del crimen todas las funciones que aquel agente cumplía. Esta norma ordenó: "En los casos en que durante la primera instancia se exija o se autorice el simple dictamen o audiencia o citación del Ministerio Público, se *prescindirá* de ese trámite". "En los casos en que las leyes determinen la intervención del promotor fiscal como parte principal, como acusador público o como denunciante, el juzgado *procederá de oficio*" (destacado nuestro).

A partir de entonces, en el proceso penal chileno, el mismo juez con competencia penal podía, mediante la pesquisa judicial, decidir sobre su inicio, ordenar las diligencias de investigación, dictar el auto de procesamiento, decretar las medidas cautelares personales y reales contra el inculcado, declarar el sobreseimiento temporal o definitivo, acusar, elevando los autos a plenario, y dictar la sentencia definitiva. Así las cosas, reunidos todos esos poderes en la misma persona del juez, los temores que manifestaba el redactor del Código original en su Mensaje se tornaron fuertemente concretos: la reunión en la persona del mismo juez de las funciones de investigar, acusar y sentenciar, prescindiendo del MP llevó por largos años al modelo chileno a los lindes de un sistema poderosamente inquisitivo. El diagnóstico de un destacado jurista patrio fue rotundo:

La eliminación de los promotores fiscales, desgraciadamente, marca una etapa retrógrada en nuestra vida jurídico-penal. Al suprimirse el acusador, desaparece la existencia de un sujeto del proceso que es indispensable para que pueda constituirse válidamente la relación procesal y, en seguida, se co-

mete la herejía jurídica de transformar en acusador al propio juez de la causa. (...) Un error tan evidente y de tan inmensa magnitud no requiere mayores comentarios, fuera de los anhelos nuestros tendientes a restaurar un instituto que sufre los dolores de una mutilación (Fontecilla, 1978, p. 48-49).

La criticada reunión de funciones en un solo juez (Paillás, 1986, p. 151) permitía otra situación indefendible: el mismo juez que decretaba las medidas cautelares personales era quien, en definitiva, dictaba la sentencia. Con ello se ponía en permanente riesgo el carácter esencialmente instrumental de la cautela personal (Nieva, 2012, p. 159), con más peligro en la prisión preventiva que, además, era una consecuencia necesaria del auto de procesamiento (Riego, 1990).

3. *La urgente necesidad de reformar el sistema. El Código de 2000*

3.1 *Antecedente: la reunión en el mismo juez de las funciones de investigar, acusar y juzgar*

Durante la vigencia del Código de 1906, a pesar de las modificaciones que tendieron al respeto de las garantías del debido proceso, la estructura del juez investigador, acusador y sentenciador se mantuvo inmutable, amén del primado de la escrituración y la mediación como principios del procedimiento. No es difícil argumentar que el sistema era insostenible e indefendible y un péssimo *termómetro* —en la conocidísima explicación de Goldschmidt— del régimen político a que aspiraba el país, pues resultaba incompatible con la recobrada democracia en la última década del siglo XX y con la incorporación al ordenamiento interno de los universales y generalizados derechos fundamentales (Ambos, 2008, pp. 49-50).

El modelo se mantuvo por tantos años sobre la base de dos ideas: en primer lugar, una suerte de confianza en la premisa que "el juez se apasiona pocas veces". Empero, en la práctica para el juez que había decidido iniciar un pro-

ceso, dirigido la investigación, dictado auto de procesamiento, sometido al inculcado a prisión preventiva y formulado la acusación, la dictación de una sentencia absolutoria significaba, implícita pero poderosamente, el reconocimiento de un error. La advertencia de Carnelutti devenía inevitable:

[...] la sentencia de absolución por no haber cometido el hecho o por inexistencia del delito contiene no solamente la declaración de inocencia del imputado sino, al mismo tiempo, la confesión del error cometido por aquellos que lo han arrastrado al proceso. (...) Todas las sentencias de absolución, excluida la absolución por insuficiencia de pruebas, implican la existencia de un error judicial (Carnelutti, 1999, p. 74-75).

En segundo lugar, por la amplitud recursiva, unida a la pervivencia de la discutidísima institución de la consulta, sucedía que al no existir MP en la primera instancia pero sí en la segunda, habiendo apelado solo el condenado, paradójicamente, la sentencia del Tribunal de Alzada no estaba sujeta a los límites *ne reformatio in peius* —es más, se permitía la reforma peyorativa *ex* artículo 528 del C de PP— ni a los estrictos contornos a que sujeta el respeto del principio de correlación entre acusación y sentencia.

3.2 Estructura acusatoria del Código del año 2000

Inspirándose en diversas fuentes, como el CPPMIA y en los pactos internacionales sobre derechos fundamentales suscritos y ratificados por Chile, el CPP de 2000 modificó radicalmente el sistema, con la finalidad de ajustarse a las exigencias sobre el debido proceso que impone el derecho internacional de los derechos humanos². Este Código ha organizado el proceso

² Según el Mensaje que antecede al Proyecto de Código de 2000, han sido fuentes inspiradoras del mismo, aparte de la Constitución Política de la República de Chile (1980), la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, normas que ingresan al ordenamiento interno con carácter suprallegal *ex* artículo 5 de la CPR. Como textos de legislación extranjera, se tuvieron frecuente-

penal en un diseño marcadamente acusatorio y adversativo (Armenta, 2012, p. 41 y ss.), radicando las funciones de investigar, acusar y juzgar en agentes públicos distintos.

La función de investigar los hechos que constituyan ilícitos penales corresponde exclusivamente al MP, *ex* artículo 4° de la LOC 19.640, órgano independiente del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial, que goza de autonomía constitucional (Capítulo VII de la CPR) y que guarda relación ninguna con la Fiscalía Judicial que actúa en el interior de los Tribunales Superiores de Justicia. Esto significa, por una parte, que el Fiscal del MP es el funcionario público encargado de dirigir exclusivamente la investigación, impartiendo las órdenes a las policías y disponiendo las demás medidas que estime pertinentes; y por otra, que desapareció la figura del juez instructor. El juez ya no investiga, y la función judicial tiende a *jurisdiccionalizarse*: el CPP de 2000 creó la figura del juez de garantía, tribunal unipersonal y de derecho, cuya principal función es velar por el respeto de los derechos garantizados a los justiciables, sin perjuicio de las otras funciones que le encomienda la ley. Se creó también la figura del tribunal de juicio oral en lo penal, tribunal colegiado y de derecho, por autonomía tribunal de adjudicación, cuya principal función es conocer del juicio oral que se celebre ante él. Esto significa que durante las etapas de investigación y de juicio son tribunales distintos los que intervienen en el proceso.

La estructura del sistema (Tavolari, 2005, p. 13 y ss.)³ está presidida por los principios de oralidad e intermediación. Una vez agotada la investigación, contempla una audiencia preparatoria del juicio

mente a la vista el CPP italiano (1988), la Ordenanza Procesal Penal alemana (1877), la LECrim (1882), el CPP de la Nación Argentina (1992), el CPP de la Provincia de Córdoba (1992), el CPP peruano (1991); y como proyectos vinculados al CPP Modelo para Iberoamérica, el Proyecto de CPP de la Nación Argentina (1986), el proyecto de CPP de Guatemala (1991) y el Proyecto de CPP de El Salvador (1993).

³ Resumidamente en Maturana & Montero (2010, p. 103-106) y Armenta (2012, p. 195-203).

oral, a modo de audiencia intermedia o preliminar, a la que se llega solo si el fiscal ha deducido acusación, pues terminada su investigación este puede decidir no proseguir con ella o, bien, solicitar que se sobresea la investigación –incluso antes puede aplicar principio de oportunidad–. La audiencia intermedia es dirigida por el juez garantía y en ella se debaten asuntos tan relevantes como excepciones de previo y especial pronunciamiento, convenciones probatorias, exclusiones de prueba, conciliaciones en materia civil y procedencia del procedimiento abreviado, sin perjuicio de ser la última oportunidad para proponer y debatir dos importantes salidas alternativas: los acuerdos reparatorios y la suspensión condicional del procedimiento.

La idea que justifica la necesidad de la audiencia preparatoria del juicio oral es lograr la depuración del proceso, de tal suerte que en la posterior etapa, la de juicio, esté correctamente determinado su objeto y el *thema probandi*. En materia de prueba, la audiencia preparatoria es la oportunidad para que esta supere el tamiz de legalidad, pues en ella se hace efectiva la herramienta de la exclusión probatoria, que evitará que se dicten sentencias fundadas en pruebas ilícitas.

La sentencia definitiva dictada en juicio oral no es impugnabile por el recurso de apelación, sino a través del denominado Recurso de Nulidad. Este medio de impugnación, construido bajo la idea de la intangibilidad de los hechos establecidos en la sentencia definitiva por los jueces de mérito, según la prueba que han apreciado con intermediación y valorada conforme a las reglas de la sana crítica, se funda en tres causales que genéricamente se agrupan: la infracción sustancial de derechos y garantías fundamentales cometida en la sentencia o en cualquier acto del procedimiento, la errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia y la inobservancia de las reglas que garantizan el debido proceso.

4. Las restricciones a la libertad del imputado en el Código de 2000

Desde que entró en vigencia, la regulación contenida en el Código de 2000 se ha ido apartando de su diseño original, y ha afectado sensiblemente y en bloque el estatuto de la libertad del sujeto pasivo de la persecución penal.

En lo que sigue destacaremos las modificaciones que han alterado el régimen de las libertades durante el proceso penal, desde la óptica de tres instituciones: el control de identidad, la detención por flagrancia y la prisión preventiva, sin perder de vista que toda restricción a la libertad en el proceso es siempre excepcional, pues suele estar en crisis con los principios de inocencia y de juicio previo (Binder, 2002, 195-196) y que la coerción procesal, no obstante su necesidad, es *instrumental* a los fines del proceso, pues como resalta Julio Maier:

[...] la coerción procesal es la aplicación de la fuerza pública que coarta libertades reconocidas por el orden jurídico, cuya finalidad, sin embargo, no reside en la reacción del Derecho frente a la infracción de una norma de deber, sino en el *resguardo de los fines que persigue el mismo procedimiento, averiguar la verdad y actuar la ley sustantiva, o en la prevención inmediata sobre el hecho concreto que constituye el objeto del procedimiento* (Maier, 2004, p. 516) (Cursivas en el original).

4.1 El control de identidad

4.1.1 Diseño original del instituto

En sus orígenes fue concebido como una actuación autónoma de la policía destinada a verificar la identidad de alguna persona, en algunos fundados casos previstos en la ley: la existencia de un indicio de que aquella hubiera cometido o intentado cometer un crimen o simple delito, o que se dispusiera a cometerlo, o bien que pudiera suministrar informaciones útiles para la

indagación de un crimen o simple delito. Sobre su naturaleza, se explica:

El fundamento tanto del control de identidad, como de la detención, en la hipótesis en que resulta posible no es de ciencia jurídica, sino que obedece a una medida de seguridad de orden interno consistente en dotar a la policía de instrumentos más eficaces para cumplir su cometido de *prevención de la delincuencia* (Maturana & Montero, 2010, p. 478) (Cursivas nuestras).

Este procedimiento debía realizarse por las vías más expeditas posibles, agotándose con la exhibición del respectivo documento de identidad. Solo en caso de negativa de la persona para identificarse se autorizaba su traslado a alguna unidad policial, donde podían tomársele sus huellas dactilares, las que debían utilizarse solo para efectos de esa precisa identificación. En total, el procedimiento no podía durar más de cuatro horas, agotadas las cuales la persona sujeta al control de identidad debía ser puesta en libertad. Es este, en resumen, el contenido del original artículo 85 del CPP de 2000, norma que tuvo su origen en una indicación del Senador señor Cordero Rusque, general ex Director de Carabineros, y su inspiración en el artículo 260 *bis* del C de PP. de 1906, introducido por la Ley 19 567 de 1988 (Pfeffer, 2001, p. 108-110).

Cumplido el control de identidad se agotaba el procedimiento, siendo ése el margen de competencia que la ley atribuía al funcionario policial. Pero agotado el control de identidad podía devenir una detención por flagrancia, si se verificaba alguna de las hipótesis que autorizan esta forma de privación de libertad.

Hay que ser bastante cuidadosos al analizar los márgenes a la actuación policial que concedía el instituto: la identificación de determinadas personas en casos fundados establecidos por el legislador. La explicación anterior es necesaria, pues en Chile existió durante largos años la des-

acreditada institución de la *detención por sospecha*, que autorizaba a la Policía para detener a la personas que se encontraban "a deshora o en lugares o en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios", si las explicaciones ofrecidas acerca de su conducta "no desvanecen las sospechas.", *ex.* artículo 260 N.º 4 del C de PP de 1906, disposición que fue tardíamente derogada por la Ley 19567 de 1998.

4.1.2 *Las primeras modificaciones a partir de 2002*

Empero ya en el año 2002, por medio de la Ley 19978 de 30 de enero, el control de identidad fue intervenido por el legislador, ampliando las facultades conferidas a la policía para su despliegue. Por una parte, se permitió la actuación de la policía frente a los indicios que una persona hubiere cometido o intentado cometer una *falta*, o pudiese aportar datos útiles para la investigación de una *falta*, ampliando entonces las hipótesis de actuación con relación a los ya establecidos crímenes y simples delitos.

Mas el incremento del campo de actividad policial no se limitó solo a las hipótesis delictuosas, sino que permitió a la policía, desde entonces, que durante el control de identidad pudiese proceder "al registro de las vestimentas, equipajes o vehículo de la persona cuya identidad se controle", de acuerdo con un nuevo párrafo incorporado al artículo 85 del CPP.

Por último, el legislador de 2002 amplió al plazo original de duración del control de identidad en dos horas, pudiendo ahora extenderse en total hasta *seis*.

4.1.3 *Las modificaciones del año 2004*

El año 2004 el procedimiento de control de identidad sufrió nuevas modificaciones: se precisó que las policías, sin orden previa del MP, "debían" controlar a identidad de las personas en las hipótesis que detalla la misma norma, en un intento por reforzar la actividad policial,

amén de sujetarla al control por cumplimiento incorrecto de su deber. Esta modificación provino de la Ley 19942 de 15 de abril de 2004, que agregó un inciso final al artículo 85, declarando que el abuso en el ejercicio de este procedimiento puede ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal (abuso contra particulares).

Sin embargo, la apelación al "deber" de controlar la identidad nos parece innecesaria, pues, qué duda cabe de que las policías, como agentes públicos de una de las potestades más poderosas del Estado, cumplen actos *debidos* según un mandato legal; a menos que el interés real del legislador haya sido reforzar las sanciones por el incumplimiento o cumplimiento incorrecto de la conducta, es decir, actuar *ex post* ante el posible abuso policial y no tender hacia su evitación⁴.

La misma ley precisó que si la persona sujeta a control se negaba a acreditar su identidad o bien, accediendo a ello, surgían indicios de que había ocultado la verdadera o había proporcionado una falsa, no sería puesta en libertad, sino detenida como autora de la falta consistente en la ocultación de identidad, prevista por el artículo 496 N° 5 del Código Penal, y debe el agente informar al Fiscal del MP, para que ordene la libertad del detenido o que sea puesto a disposición del Juez de Garantía dentro del plazo de veinticuatro horas, contados desde la práctica de la detención. Así, según el nuevo inciso 5° del artículo 85 CPP.

La redacción de la norma mueve a interpretaciones problemáticas: ¿las veinticuatro horas de que dispone la policía para poner al sujeto detenido a disposición del Juez de Garantía se cuentan desde su detención como autor de la falta de ocultación de identidad? O, bien, ¿las mismas horas se cuentan desde que está efectivamente privado de libertad, es decir, desde que ha sido conducido a la unidad policial para los fines de la identificación? En el primer caso,

⁴ En este sentido Horvitz y López (2002, p. 605- 606).

sumando el tiempo máximo asignado por la ley al control de identidad, en la práctica la policía podría tener bajo su custodia al detenido *hasta por treinta horas*.

4.1.4 La "Ley de Agenda Corta Contra la Delincuencia" de 2008

No conforme con estas modificaciones, el legislador acometió con otras. En el año 2008 una nueva ley, la 20253 de 14 de marzo, agregó como hipótesis para la procedencia del control de identidad, «el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimilar su identidad». Frente a esta hipótesis y con algo de sorna, advierte un profesor chileno:

Vale decir, si un individuo tiene un capuchón o bien una bufanda un poco más grande de lo normal, podría ser objeto de un control de identidad, porque cuadra con la situación de la norma. Así que cuidado con las bufandas para el invierno. (...) Pero cuando llegue el invierno hay que tener cuidado, porque este emboce –que lo va a evaluar la policía– podría significar, ocultar, dificultar o disimilar la identidad, y ello autoriza este control (Meneses, 2010, p. 19).

Además, se facultó a la policía para que durante el procedimiento de control de identidad verificase si contra la persona controlada existen órdenes de detención pendientes, en cuyo caso, por supuesto, no puede ser dejada en libertad. Por último, la misma ley extendió nuevamente el plazo de duración del procedimiento en dos horas, por lo que hoy en su conjunto no puede extenderse a más de *ocho*.

Pero esta ley no solo amplió los supuestos de operación del procedimiento, sino que también concedió mayor autonomía en la apreciación que de las circunstancias la policía puede efectuar para decidir si existen o no los indicios que la autorizan a controlar la identidad de una persona. La nueva redacción no es una

mera sutileza, si se observa la autonomía en la subjetividad del agente policial, comparando el texto del artículo 85 CPP vigente hasta la reforma de 2008, con el actual. El texto original mandaba: «Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, 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 intentado cometer un crimen...». Hoy el texto vigente ordena: «Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 deberán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona *en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios* de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen...» (Cursivas nuestras).

En otras palabras, aunque siempre debe tratarse de casos fundados, la *fundabilidad* la determina el agente policial cuando estime que existen los indicios que llevan a concretar alguna de las hipótesis del control de identidad. Y nos parece que esa nueva redacción se acerca peligrosamente a la vieja y desaparecida detención por sospecha y tiende a burlar la necesidad de la existencia de un elemento objetivo —una superación del viejo recurso a la “sospecha”— que habilite a la policía para proceder, como quedó patente en el debate parlamentario.

El Mensaje del Ejecutivo no contenía referencia a la posibilidad de la apreciación policial ni a la circunstancias del *embozamiento* u ocultación de la identidad. Ambas fueron introducidas en el seno de las primeras discusiones parlamentarias, argumentando, por una parte, que algunos jueces de garantía eran muy exigentes a la hora de determinar si, en los hechos, efectivamente la policía disponía o no de indicios para realizar un control de identidad; se sostuvo, además, que de un control de identidad no podía derivarse una detención por flagrancia. Por otra, se argumentó que permitir el control de identidad respecto de quienes se encapucharan o embo-

zaran ocultando su identidad permitiría efectuar esas diligencias en las protestas callejeras.

Ambas indicaciones despertaron fuertes rechazos en algunos diputados y senadores y en especialistas invitados al Congreso. Recogemos, por ejemplo, las prevenciones del diputado —a la vez que ilustre penalista— señor Juan Bustos Ramírez, según las actas del Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia:

El Diputado señor Bustos estimó que la primera de estas indicaciones pasaba de una situación objetiva a una esencialmente subjetiva por cuanto todo quedaba sujeto a una apreciación personal de las policías. A su juicio, esta proposición excedía la antigua detención por sospecha, ya que se basaba en la sola apreciación policial, sin requerir siquiera un indicio que era un elemento que daba cierta objetividad a la actuación policial.

La misma Comisión por mayoría acordó acoger ambas indicaciones, agregando, como requisito, la existencia de un indicio, para dotar de *objetividad* a la actuación policial.

No obstante, el texto continuó reflejando el resabio de la vieja detención por sospecha. De los debates posteriores, recogemos, por ejemplo, las ilustradoras palabras del senador señor Chadwick (sesión 86, de 23 de enero de 2007): “Cuestiones como la reincidencia y la necesidad de aumentar su penalidad (...) y el control de identidad, *que es otra manera de llamar a la detención por sospecha*, son temas que hemos planteado en reiteradísimas oportunidades...”.

4.2 La detención por flagrancia

4.2.1 Sus orígenes y primer diseño legislativo

La detención de quien sea sorprendido en delito flagrante es una vieja institución del proceso penal. En estas materias, el CPP de 2000 no se alejó en mucho del modelo anterior, pero sí

especificó las hipótesis de flagrancia (artículo 130)⁵. Siendo una excepción a la exigencia de la orden judicial de detención previa reconocida constitucionalmente⁶, se trata de que quien ejecute la detención por flagrancia, ya sea un particular o un agente policial, ponga al detenido dentro del más breve tiempo posible a disposición de la policía, del MP o del Juez de Garantía.

En su diseño original la detención por flagrancia solo era procedente si se trataba de un delito cuya pena asignada fuera superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo (es decir, sobre 540 días de privación de libertad), pues en caso contrario solo procedía como medida cautelar la citación (art. 124 y 134 CPP).

4.2.2 Las modificaciones del año 2002

No es difícil imaginar que la detención por flagrancia ha sufrido cambios en los trece años del proceso penal que comentamos. Ya en el año 2002, por medio de la Ley 19789 de 30 de enero, que también modificó el control de identidad, se extendió el campo de aplicación de esta modalidad de detención eliminando el límite de pena establecido según la gravedad del delito y dejando la citación solo para las faltas o los delitos que no tuvieran como sanción pena privativa ni restrictiva de libertad alguna.

4.2.3 Modificaciones en el año 2005

En el año 2005 se introdujo un germen de extensión temporal a la flagrancia, que a nuestro

⁵ «Artículo 130. *Situación de flagrancia*. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia...», describiendo luego cinco hipótesis. La redacción del artículo 130 CPP citado, no se aleja en mucho de la regulación dada para el arresto por delito *in fraganti*, por la Ley sobre Garantías Individuales de 1884 (artículo 15).

⁶ Artículo 19 N° 7 c) CPR: «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 solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.»

juicio desfiguró esta modalidad de detención: desde entonces se permite detener a quien las víctimas de un delito señalen como autor o cómplice de un delito «que se hubiere cometido en un tiempo inmediato», remplazando la original nomenclatura del «delito que acabare de cometerse».

En este punto la reforma amplió el campo de la detención por flagrancia por tres vías: a) no solo las víctimas pueden señalar al delincuente, sino también los testigos presenciales; b) se trata de víctimas de cualquier delito y no solo de los que señalaba la disposición original; y c) es posible concebir ahora una solución de continuidad temporal entre la comisión del delito y la detención por flagrancia⁷.

4.2.4 Modificaciones introducidas en 2008

Pero el legislador desveló su intención de alargar la situación de flagrancia, con la reforma que introdujo la Ley 20253 de 2008, definiendo que debe entenderse por «tiempo inmediato» para los efectos de la flagrancia el lapso que transcurra desde la comisión de hecho punible y la captura del imputado, siempre que no supere *doce horas*. Así ha quedado hasta hoy el texto del inciso final del artículo 130 CPP.

Resulta entonces que la tradicional situación del delito *in fraganti*, que autoriza la detención inmediata, se extiende hasta doce horas, desfigurándose la noción de la flagrancia que subyacía en el modelo del Código original y en toda la tradición normativa chilena y comparada, que descansa en «la *necesidad* de impedir la consumación del delito, aun tentado, o de evitar las proyecciones de un daño superior, a más de los fines estrictamente procesales

⁷ El artículo 130 e) CPP, que indicaba que se encuentra en situación de flagrancia: «El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.», fue reemplazado por la fórmula: «El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o los testigos presenciales, señalaren como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato.»

referidos al aseguramiento de la prueba y la persona del imputado” (Maier, 2004, p. 516). Hacemos esta afirmación, tanto por la historia del establecimiento de la norma, pues en el debate legislativo se hizo expresa referencia a la inmediatez temporal, rechazando la mera cercanía en el tiempo, cuanto porque el artículo 130 CPP tiene como fuente, entre otras, el 200 del CPPMIA (Pfeffer, 2001, p. 150-152), disposición en que la inmediatez temporal corre de la mano con la flagrancia. Y no es difícil hallar otra fuente material: el artículo 382 del CPP italiano, que describe las hipótesis de flagrancia, en las que subyace la idea de quien es sorprendido en el acto delictuoso (Cordero, 2006, p. 490-494).

4.3 La prisión preventiva

4.3.1 Configuración original: límites precisos y finalidades tradicionales

Como era de esperar, el legislador en los trece años de funcionamiento del nuevo proceso penal ha intervenido modificando el régimen de la prisión preventiva, con la clara intención de permitir su despliegue por tres cauces: ampliando su ámbito de procedencia; limitando –cuando no eliminando– progresivamente sus restricciones, y sujetando la libertad del imputado al control de un Tribunal superior. De esta guisa, la prisión preventiva, que en el denostado sistema antiguo era en muchas ocasiones un efecto inmediato del auto de procesamiento, se desenvuelve hoy con más facilidad que en el diseño original del CPP de 2000.

En su primera configuración, el legislador del año 2000 fue bastante cauto y tradicional: concebida la prisión preventiva como una medida de última *ratio*, solo era procedente cuando existían antecedentes que permitían justificar la existencia del hecho punible y presumir fundadamente la participación del imputado, y en tanto las necesidades cautelares satisficieran fundados peligros de fuga, de oscurecimiento

para la investigación, es decir, los fines tradicionales de la coerción procesal: la correcta averiguación de la verdad y la actuación de la ley penal (Maier, 2004, p. 514), agregando también los casos en que la libertad del imputado constituyese un peligro para la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 140 CPP, en síntesis). A lo anterior, debía sumarse el hecho de que la prisión preventiva era improcedente en los delitos sancionados con penas privativas de libertad no superiores a presidio menor en su grado mínimo (540 días de privación de libertad), *ex* artículo 141 CPP en su versión original.

En esta parte, el legislador del Código de 2000, tanto en el supuesto material cuanto en la necesidad de cautela, no se alejó en mucho de la configuración de la prisión preventiva según el Código de 1906 (artículo 363), pudiendo hallarse, incluso, antecedentes más remotos en la Ley sobre Garantías Individuales de 1884 (Paillás, 1986, p. 49-52)⁸.

Por otra parte, e innovando con relación al Código abrogado, el legislador creó un catálogo de medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, abarcando desde la privación de libertad del imputado en su propio domicilio hasta la prohibición de acercarse a su familia u hogar común (artículo 155 CPP).

4.3.2 Ampliación de los fines y eliminación de los límites penológicos en 2005

Pero la Ley 20 074 del año 2005 amplió el carácter instrumental de la prisión preventiva, declarando que no solo es posible acudir a esta extrema medida para cautelar las finalidades del procedimiento, como tradicionalmente se entendía, sino, además, cuando el resto de la actividad cautelar fuere insuficiente para cautelar

⁸ Según el artículo 19 núm. 7 letra e) de la CPR, a libertad del imputado procederá a menos que la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. Curiosamente, el peligro de fuga no figura como fundamento de la necesidad de cautela.

la seguridad del ofendido o de la sociedad⁹. De esta suerte la prisión preventiva pasa de ser una medida estrictamente cautelar a otra con fines asegurativos (Cordero, 2006, p. 482), a fuer de una medida de seguridad "predelictual" (Binder, 2002, p. 200; Ascencio & Fuentes, 2008, p. 146).

Por otra parte, la misma ley eliminó el límite penológico que se imponía a la prisión preventiva, quedando circunscrito, entre otros casos, a los delitos sancionados únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos.

Repárese en que todas estas modificaciones no han tenido otra finalidad que ampliar objetiva y subjetivamente la aplicación de la prisión preventiva mientras se desarrolla el proceso jurisdiccional, fenómeno que hace pensar en el debilitamiento de la instrumentalidad de la cautela (Calamandrei, 1996, p. 44) y el resurgimiento de verdaderas "penas procesales", de las que advierte Ferrajoli.

El filósofo florentino ha llamado la atención sobre el fenómeno que transforma al proceso en una verdadera pena, cuando se le utiliza como instrumento de *culpabilización* preventiva y de estigmatización pública. La atribución de estas funciones al proceso penal produce actualmente la reaparición de la vieja función infamante del derecho y del proceso penal premoderno:

Solo que el rollo y la picota han sido hoy sustituidos por la exhibición pública del acusado en las primeras páginas de los periódicos o en el televisor; y no como consecuencia de la condena, sino de la acusación, cuando todavía es un presunto inocente (Ferrajoli, 1998, p. 731 – 732).

⁹ La comparación normativa resulta muy gráfica. El inciso 2º del artículo 139 en su versión original disponía: «La prisión preventiva solo procederá cuando las demás medidas personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento.» A partir de la Ley N° 20.074, de 2005, la misma norma impone: «La prisión preventiva procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.»

4.3.3 Modificaciones de la "Ley de agenda corta contra la delincuencia", de 2008

La modificación al régimen de las impugnaciones contra la prisión preventiva que introdujo la Ley 20 253 de 2008 (Maturana & Montero, 2010, p. 483 y ss.), nos parece de mayor gravedad y afectación para el instituto. En el diseño original del Código de 2000, la resolución que no daba lugar a la solicitud de prisión preventiva, formulada por el MP o el querellante, se cumplía de inmediato, quedando el imputado en libertad apenas concluía la audiencia respectiva; ello no era sino un corolario de la garantía de la presunción de inocencia (artículo 4 CPP). Sin embargo, esta ley otorgó un verdadero efecto suspensivo de la decisión *pro libertatis* al plazo que tiene el Ministerio Público para apelar de esa resolución que niega o revoca la prisión preventiva, pues tratándose de determinados delitos, que atentan contra bienes jurídicos importantes como la libertad, la vida y la libertad e indemnidad sexual¹⁰, el imputado no es puesto en libertad mientras esa resolución no esté ejecutoriada, permitiendo al Ministerio Público deducir oralmente y en la misma audiencia el recurso de apelación en contra de la decisión que, reiteramos, ha negado o revocado la prisión preventiva.

Los resultados pueden ser gravosos: el imputado no recobra su libertad sino solo una vez que la Corte de Apelaciones confirme la resolución del juez de garantía que ha negado o revocado la prisión preventiva. Esto significa que si la Corte confirma la resolución apelada, el imputado ha permanecido privado de libertad *sin fundamentos*, al menos, los días en que tal resolución ha tardado en quedar ejecutoriada.

¹⁰ Se trata en general de delitos que afectan a bienes jurídicos de especial relevancia: secuestro, sustracción de menores, violación, parricidio, homicidio, robo con violencia o intimidación en las personas, robo en lugar habitado o destinado a la habitación y los delitos de que trata la Ley de Tráfico Ilícito de Estupefacientes, que tengan asignada una pena de crimen (sobre cinco años de privación de libertad).

5. Reflexiones desde una mirada prospectiva

No es difícil afirmar que el fenómeno del endurecimiento de las penas y la creación de nuevos tipos penales van de la mano con modificaciones a la ley procesal, que tienden, por un lado, a la dotación de mayores poderes de investigación al Ministerio Público y a las policías, y por otro, a reconfigurar las medidas cautelares personales para hacerlas más eficaces. Ello, aun a riesgo de que en el proceso penal la actividad cautelar adquiera caracteres asegurativos o, incluso, retributivos, provocando una "metamorfosis" inadecuada, pues la tutela de los intereses colectivos requiere de remedios *ad hoc* de política criminal (Cordero, 2006, p. 482-483). Baste reparar en los criterios puramente subjetivos y de seguridad predelictual, ajena a cualquier noción cautelar (Asencio & Fuentes, 2008, p. 146) que, entre otros, permiten al juez de garantía acordar la prisión preventiva: si el imputado ha sido condenado anteriormente, si se encuentra gozando de algún beneficio alternativo al cumplimiento efectivo de las penas o si existen antecedentes calificados que permitan presumir fundadamente que aquel atentará en contra de la víctima, su familia o sus bienes (artículo 140 CPP inc. 4º y 5º).

En los últimos años se han presentado al Congreso Nacional varios proyectos de Ley destinados precisamente a modificar el régimen de la actividad cautelar personal en el proceso penal. Si bien algunos no han superado los primeros trámites constitucionales, hay otros que gozan de una empujada urgencia. El contenido de los proyectos es variado: desde los que proponen revivir la vieja y criticable *consulta* en los casos que el juez de garantía niegue lugar a la prisión preventiva respecto de una persona imputada por determinados delitos de cierta gravedad (Bol. 5130-07, de 14 de junio de 2007), hasta los que pretenden sancionar penalmente al fiscal que no asista a la audiencia de control de detención, amén de ampliar las hipótesis de detención por orden judicial a la imputación

de delitos sancionados con pena de crimen y extender los efectos suspensivos de la apelación en contra de la resolución que niega o revoca la prisión preventiva (Bol. 8810-07, de 4 de marzo de 2013, con suma urgencia)¹¹.

El fenómeno que pretendemos reflejar tiene múltiples explicaciones, unas más justificadas que otras. Pero no podemos dejar de pensar que en lo concerniente a las restricciones a la libertad durante el proceso penal, todas esas modificaciones se inspiran en las ideas del combate a la delincuencia, de alarma social (Binder, 2002, p. 200) y de preservación de la seguridad ciudadana. La problemática ha sido relevada por el profesor Raúl Tavolari:

A estas alturas, resulta inevitable volver a la relación «régimen político» y «normativa procesal penal», reparando, como enseña Roxin, que en los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, se exagerará fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano. El Estado mismo está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano. (Tavolari, 2005, p. 353).

¹¹ Pueden revisarse además los siguientes proyectos de ley, archivados y vigentes: Bol. 5130-07 de 14 de junio de 2007 (reforma los art. 140 y 155 del CPP), Bol. 6031-07 de 13 de agosto de 2008 (modifica el CPP en materia de delito flagrante), Bol. 8046-07 de 17 de noviembre de 2011 (modifica los art. 140 y 141 del CPP, en materia de prisión preventiva), Bol. 8055-07 de 21 de noviembre de 2011 (modifica el CPP en materia de prisión preventiva), Bol. 8056-07 de 22 de noviembre de 2011 (modifica el artículo 132 del CPP), Bol. 8516-07 de 13 de agosto de 2012 (modifica el CPP en varios aspectos, otorgando mayores facultades autónomas a las policías y modificando el régimen de la apelación en contra de la resolución que declara ilegal y en contra de la que niega lugar a la prisión preventiva por determinados delitos), Bol. 8781-07 de 10 de enero de 2013 (modifica el CPP introduciendo el monitoreo telemático como medida cautelar) y Bol. 8778-07 de 10 de enero de 2013 (modifica el artículo 131 CPP ampliando el plazo de la detención).

El problema que inevitablemente se plantea es, si mediante el proceso penal o las instituciones reguladas que este abarca, se pueden cumplir esos fines. En las sabias palabras de Francesco Carnelutti hay una reflexión de enorme actualidad:

El derecho penal se debate, pues, en este dilema: o se pone la balanza en manos del juez y entonces, si el juez es justo, el peso será justo pero el derecho no sirve, o sirve poco, para su función preventiva; o se reserva la balanza al legislador, y entonces opera la prevención en el sentido en que el ciudadano sabe antes a qué consecuencias se expone al desobedecer la ley, pero el peso corre el riesgo de no ser justo, porque lo que se pone en uno de los platillos es el *tipo*, no el *hecho*; el tipo, decíamos, es una abstracción, no una realidad. (...) El derecho no puede hacer milagros y el proceso todavía menos. Mientras las leyes son obedecidas, todo va bien, o, al menos, permanecen ocultos los defectos; es la desobediencia la que los hace salir fuera. El proceso, se ha dicho, y el proceso penal más que ningún otro, descubre las contradicciones del derecho, el cual se ingenia como puede para superarlas (Carnelutti, 1999, pp. 67 y 69).

La cuestión se vuelve más compleja cuando el legislador, muchas veces dictando leyes coyunturales o de emergencia, olvida que el derecho penal y, por ende, el proceso penal, intervienen una vez que el conflicto penal se ha producido y no antes. Y las confusiones son mayores, cuando se pretende directamente atribuir dudosos fines pedagógicos o terapéuticos a las penas y, mediatamente, al proceso penal¹².

¹² Las expresiones de algunos políticos ayudan en poco y, más bien, reflejan y llevan a importantes confusiones. El difuso concepto de "puerta giratoria" (*revolving door*) acuñada la prensa y aquéllos, con el que se ha querido denostar la labor de los jueces de garantía que no dan lugar a las solicitudes de prisión preventiva, es una muestra clara. Las promesas electorales, como poner "candado a la puerta giratoria" empeoran la situación (por ejemplo, la entrevista televisiva de septiembre de 2009 al entonces candidato a la presidencia señor Sebastián Piñera). Los propios jueces han debido defender su actuación ante la ciudadanía (entrevista al Presidente de la Corte Suprema

En el profundo pensamiento de Luigi Ferrajoli hallamos algunas explicaciones que satisfacen nuestras inquietudes. Ha escrito el reputado filósofo italiano, refiriéndose a la necesidad de que, en el proceso penal, tanto el juicio fáctico cuanto el juicio jurídico estén sujetos a verificación empírica:

Esta concepción cognoscitivista de la jurisdicción, junto a la convencionalista y empirista de la legislación de la que es complementaria, se dirige a asegurar otros dos logros ético-políticos de la cultura penal ilustrada. Ante todo, el valor de la *certeza* en la determinación de la desviación punible, confiada no ya a valoraciones extemporáneas y contingentes *post factum*, sino exclusivamente a la taxativa formulación legal (...). En segundo lugar, la *separación entre derecho y moral* y, por otro lado, entre derecho y naturaleza: solo por convención jurídica, y no por inmoralidad intrínseca o por anormalidad, es por lo que un determinado comportamiento constituye delito; y la condena de quien se ha probado que es su responsable no es un juicio moral ni un diagnóstico sobre la naturaleza anormal o patológica del reo. De ahí resulta además excluida toda función ética o pedagógica de la pena, concebida como aflicción taxativa y abstractamente preestablecida por la ley que no está permitido alterar con tratamientos diferenciados de tipo terapéutico o correccional (Ferrajoli, 1998, pp. 37-38).

6. Conclusiones

En los últimos trece años se han experimentado sensibles alteraciones al régimen de las libertades en el proceso penal chileno. El primer fenómeno que se observa radica en que las más importantes modificaciones al Código de 2000 y que han incidido en el estatuto de la libertad del imputado no han dejado indemnes los tres institutos que hemos comentado. Esto no es ca-

señor Milton Juica, publicada en El Mercurio el día 2 de Enero de 2010).

sual: desde la primera actuación investigativa del Estado dirigida en contra de un sujeto, pueden cimentarse los presupuestos de su privación total de libertad, aun de naturaleza cautelar.

El control de identidad ha pasado de ser una actuación policial preventiva a un procedimiento más extenso y complejo en el que, incluso, la policía puede realizar autónomamente actividad investigativa. Por lo mismo, se tiende a desnaturalizar la naturaleza y finalidad del control de identidad, pasando de ser una actividad policial meramente preventiva a otra que se acerca a la investigativa, lo que podría llegar a colocar en entredicho la exclusividad de la investigación atribuida al MP por la propia Constitución, *ex* artículo 83.

Se ha desnaturalizado en núcleo fáctico de la flagrancia, extendiéndola temporalmente en forma desmesurada, y desvinculándola de la tradición que la hace descansar en la inmediatez espacio-temporal, a la vez que la detención por este supuesto se ha expandido a hechos delictuosos de poca monta, sobre los que, incluso, el MP se encuentra legalmente autorizado para aplicar principio de oportunidad (artículo 170 CPP).

Tratándose de la prisión preventiva, pende hoy la necesidad de cautelar no solo el peligro de fuga del imputado o el oscurecimiento de la investigación, sino también la seguridad del ofendido y la sociedad toda, reforzando los criterios de peligrosidad del agente como fundamento de su adopción. A pesar que el legislador continúa concibiendo a la prisión preventiva como una medida de última *ratio* (artículo 139 CPP), se tiende hacia su aplicación en procesos que se imputan hechos delictuosos de baja intensidad. Se observa la tendencia a excluir el otorgamiento de la libertad, limitando al juez la decisión de negar imposición de esta medida, cuando los delitos imputados son de cierta gravedad de acuerdo con la escala de penas o con el bien jurídico ofendido o puesto en riesgo.

Por lo mismo se observa una clara tendencia hacia la desnaturalización de la finalidad instrumental de la prisión preventiva, acercándola al cumplimiento de fines preventivos, ejemplarizantes y correctivos, cuando no sancionatorios o penológicos. Por la ingente apelación a la peligrosidad del agente y su conducta futura, el sistema tiende a confundir coerción procesal y coerción material, fenómeno que pone en crisis el principio *nulla poena sine iudicio* y distorsiona el régimen constitucional de esta excepcional medida cautelar.

Referencias bibliográficas

- Ambos, K. (2008). El principio acusatorio y el proceso acusatorio: un intento de comprender su significado actual desde la perspectiva histórica. En L. Bachmaier (Coord.), *Proceso penal y sistemas acusatorio* (pp. 49-72). Madrid: M. Pons.
- Armenta, T. (2012). *Sistemas procesales penales*. Madrid: M. Pons.
- Asencio, J. M. & Fuentes, O. (2008). *Nuevos retos de la justicia penal* (Coords.). Madrid: La Ley.
- Binder, A. (2002). *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc
- Carnelutti, F. (1999). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Temis.
- Calamandrei, P. (1996). *Introducción al estudio de las providencias cautelares* (M. Ayerra, Trad.). Buenos Aires: El Foro.
- Cordero, F. (2006). *Procedura Penale*, (8ª Ed.). Milano: Giuffrè.
- Ferrajoli, L. (1998). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (P. A. Ibáñez et al. Trad.), (3ª Ed.). Madrid: Trotta.
- Fontecilla, R. (1978). *Tratado de derecho procesal penal*, (Tomo III), (2ª Ed.). Santiago de Chile: Jurídica.
- Horvitz, M. I. & López, J. (2002). *Derecho procesal penal chileno*, (Tomo I). Santiago de Chile: Jurídica.
- Maier, J. (2004). *Derecho procesal penal. Fundamentos*. Buenos Aires: Del Puerto.
- Maturana, C. & Montero, R. (2010). *Derecho procesal penal*, (Tomo I). Santiago de Chile: Legal Publishing.

- Meneses, C. (2010). Control de identidad y detención en caso de flagrancia. En *Seminario "Agenda Corta Antidelincuencia"*. Centro de Documentación Defensoría Penal Pública, (Nº 3), pp. 15 – 23. Santiago de Chile.
- Nieva, J. (2012). *Fundamentos de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Euros.
- Paillás, E. (1986). *Derecho procesal penal*. Santiago de Chile: Jurídica.
- Pfeffer, E. (2001). *Código Procesal Penal Anotado y Concordado*. Santiago de Chile: Jurídica.
- Riego, C. (1990). La prisión durante el proceso penal en Chile. *Cuaderno de Análisis Jurídico*, (N.º 16), pp. 11 - 50. Universidad Diego Portales. Santiago de Chile.
- Tavolari, R. (2005). *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos*. Santiago de Chile: Jurídica.