

FACULTADES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO

[Autonomous faculties of the police in the criminal procedural system of
Chile]

GUILLERMO OLIVER CALDERÓN*
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

RESUMEN

Sucesivas modificaciones al Código Procesal Penal han incrementado el ámbito de aplicación de las facultades de actuación autónoma de la policía, para las cuales no necesita orden previa del fiscal ni del juez. En este trabajo, con la finalidad de demostrar y enjuiciar dicho incremento, se efectúa un análisis sistemático de la actual configuración de tales funciones, procurando distinguir entre aquellas cuya ampliación ha supuesto un correlativo aumento en el riesgo de afectación de derechos fundamentales y aquellas cuyo ensanchamiento no ha producido ese efecto.

PALABRAS CLAVE

Policía – proceso penal – facultades policiales – autonomía policial.

ABSTRACT

Successive amendments to the Criminal Procedure Code have increased the scope of application of the faculties of autonomous action of the police, for which it does not need prior order of the prosecutor or the judge. In this paper, in order to demonstrate and evaluate this increase, a systematic analysis of the current configuration of such functions is carried out, trying to distinguish between those whose expansion has meant a correlative increase in the risk of affecting fundamental rights and those whose widening has not produced that effect.

KEY WORDS

Police – criminal process – police faculties – police autonomy.

RECIBIDO el 1 de noviembre de 2017 y APROBADO el 12 de mayo de 2018

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Dirección electrónica: guillermo.oliver@pucv.cl. Dirección postal: Avenida Brasil 2950, Valparaíso, Chile.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de que los fiscales del Ministerio Público se encuentran habilitados para realizar por sí mismos las diligencias investigativas de los hechos delictivos que llegan a su conocimiento, en la práctica, su labor suele consistir en dirigir la investigación (tanto el artículo 83 de la Constitución Política de la República, en adelante, CPR, como el artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público asignan al Ministerio Público la función de dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito), la que es llevada a cabo por la policía.

Para efectos de la investigación en el proceso penal, la policía está integrada por un cuerpo policial civil, la Policía de Investigaciones de Chile, y por una policía uniformada, Carabineros de Chile. En todo caso, tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público también puede impartir instrucciones a Gendarmería de Chile (art. 79 inc. 3° del Código Procesal Penal, en adelante, CPP).

Desde un punto de vista estrictamente normativo, a partir de lo dispuesto en los dos primeros incisos del artículo 79 CPP, bien podría afirmarse que la investigación de los delitos corresponde, principalmente, a la Policía de Investigaciones de Chile, y sólo en subsidio a Carabineros de Chile¹. Sin embargo, en la práctica, ambos cuerpos policiales cumplen funciones investigativas por igual, sin que quepa sostener que en los hechos uno sea subsidiario del otro ni que nuestro sistema recoja la antigua distinción propuesta (y criticada) por un sector de la doctrina entre policía judicial —encargada de investigar delitos— y policía de seguridad o administrativa —encargada de prevenirlos—². En cualquier caso, el hecho de que ambas policías compartan la función de investigación penal puede causar

¹ Así, CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal* (7ª edición, Santiago, Abeledo Perrot – LegalPublishing – Thomson Reuters, 2012), p. 91; AGUILAR ARANELA, Cristian, *Manual de Derecho Procesal Penal Oral* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2004), I, p. 141, n. 124. También lo sugiere CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno* (4ª edición, Santiago, LegalPublishing, 2008), p. 66.

² Sobre los criterios que se han propuesto para fundar esta distinción, véase TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005), pp. 337-339. Criticando la distinción, BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2014), II, pp. 504-510; MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013), II, pp. 408-410.

(y ha originado) inconvenientes conflictos institucionales y problemas de eficiencia en el esclarecimiento de los delitos³.

Además de cumplir las órdenes que les dan los tribunales (art. 80 inc. 2º CPP; verbigracia, de detención) y las instrucciones que les imparten los fiscales (por ejemplo, de retirar ciertas evidencias, de practicar determinadas pericias, etc.), las policías están facultadas (y a veces, obligadas) para ejercer ciertas funciones en forma autónoma, sin orden previa del fiscal ni del juez.

En los últimos años, sucesivas modificaciones legales han incrementado el radio de acción de estas actuaciones policiales, especialmente la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016. El objetivo de este trabajo es evidenciar y enjuiciar tal incremento, realizando un análisis sistemático de la actual configuración de tales funciones y distinguiendo entre aquellas cuya ampliación es riesgosa para el respeto de los derechos fundamentales y aquellas cuyo aumento no lo es.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE AUTONOMÍA Y CONTROL DE LA POLICÍA EN EL PROCESO PENAL

En el diseño de cualquier sistema de persecución penal, es un punto sensible el relativo a las facultades de actuación autónoma de la policía y a los mecanismos de control tendientes a evitar o detectar y sancionar eventuales abusos en su ejercicio⁴. Una posibilidad teórica es, simplemente, impedir que la policía pueda realizar cualquier actividad sin previa orden judicial o fiscal. Sin embargo, esta opción podría parecer inconveniente, por el evidente riesgo de burocratizar las funciones policiales y tornar ineficiente el sistema, especialmente en materia de investigación de los delitos⁵. Por eso se explica que, a pesar de los señalados peligros inherentes a las actua-

³ CASTRO JOFRÉ, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Santiago, Libromar, 2017), pp. 166-167; HORVITZ LENNON, María Inés, *Relaciones Policía – Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y propuestas*, en VV.AA., *Seminario Los desafíos en las relaciones Policía – Ministerio Público* (Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, 1999), pp. 25-29.

⁴ Destacan el alto riesgo de abusos en que puede incurrirse en la realización de actuaciones policiales, DUCE JULIO, Mauricio – RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 149: “muy comúnmente la actividad de la policía recae en forma directa sobre la persona del sospechoso, poniéndolo a menudo en situaciones como la detención y la interrogación, en las que el riesgo de ser objeto de abusos es muy alto y en las que, de hecho, éstos se producen con mayor o menor frecuencia en los diversos sistemas”.

⁵ HORVITZ LENNON, María Inés, en HORVITZ LENNON, María Inés – LÓPEZ MASLE, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I, pp. 182-183.

ciones autónomas de los organismos policiales, en el Derecho comparado se observen con facilidad algunos modelos que consagran, sea normativamente, sea fácticamente, cierta autonomía de las policías en materia de investigación delictual. Así, por ejemplo, en el sistema alemán, si bien se establece a nivel legal que la dirección de la investigación corresponde a la fiscalía, en la práctica es usualmente la policía la que lleva adelante la investigación en forma autónoma, especialmente cuando no se trata de delitos de gravedad, y sólo cuando la indagación se encuentra terminada entrega el correspondiente expediente a la fiscalía, la que entonces decide formular acusación o archivar la causa⁶. En palabras de Ambos, “el ministerio fiscal es únicamente el dueño y señor del proceso de instrucción, es decir, posee una facultad exclusiva de dirección material en los casos de la *tradicional delincuencia grave*, como delitos capitales y delincuencia económica. En todos los demás casos, es decir, en la *criminalidad menor y media* y especialmente en el ámbito de la *lucha preventiva contra la delincuencia* para combatir la criminalidad organizada, el verdadero dueño y señor ha pasado a ser la policía”⁷.

Por su parte, en el sistema norteamericano, normativamente se entrega a la policía la labor de investigación, dejándose en manos del fiscal las investigaciones complementarias que éste desee que se realicen para preparar la acusación⁸.

En lo que respecta al control de la actuación (autónoma o no) de la policía, se aprecia una distinta manera de proceder entre el sistema continental europeo y el anglosajón. En el primero se ha extendido la idea de un control jurisdiccional externo, en tanto que en el segundo prima la idea de un control interno dentro de la jerarquía policial⁹.

En el caso chileno, la decisión plasmada en el CPP fue la de permitir en forma muy restrictiva el ejercicio de facultades autónomas de la policía, las que examinaré más abajo. Como contrapartida, este cuerpo legal ha establecido una muy débil función de dirección y control de la policía por parte del Ministerio Público, al no asignarle un poder disciplinario

⁶ ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* (traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000), p. 70.

⁷ AMBOS, Kai, *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, en ÉL MISMO, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007), p. 364 (el destacado en cursiva se halla en el original).

⁸ Véase GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis *et alii*, *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013), p. 185.

⁹ AMBOS, Kai, cit. (n. 7), pp. 346-347.

sobre los funcionarios policiales y entregárselo a las autoridades de cada una de las instituciones a las que pertenecen (art. 80 inc. 1º), lo que torna incomprensibles ciertas disposiciones que atribuyen a los fiscales responsabilidad por las actuaciones de las policías, como, por ejemplo, el artículo 91 inciso segundo. Con todo, algunas de sus normas facilitan el control del Ministerio Público sobre la policía, al establecer ciertos deberes de información, como sucede, verbigracia, con el artículo 84¹⁰.

Sin embargo, es evidente que ha sido una finalidad de varias modificaciones legales que se han introducido en el CPP desde su entrada en vigencia, la de aumentar paulatinamente las facultades de actuación autónoma de la policía¹¹, con el riesgo que en algunos casos ello trae aparejado para el necesario respeto por los derechos fundamentales (y también para el funcionamiento eficiente del sistema, pues al ser dos los cuerpos policiales que tienen las mismas facultades autónomas, crece asimismo la posibilidad de que se produzcan conflictos entre ellos).

III. ACTUACIONES AUTÓNOMAS DE LA POLICÍA EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. *Prestar auxilio a la víctima*

En armonía con el derecho de la víctima a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia (art. 109 letra a) CPP) y con el deber de la policía de otorgarle un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir (art. 6º inc. 3º CPP), el artículo 83 letra a) CPP señala que “*corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile (...), sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales: a) Prestar auxilio a la víctima*”.

En el ejercicio de esta facultad, las policías pueden implementar sistemas de atención preferentes para las víctimas, entregar cartillas explicativas, entre otras medidas posibles de adoptar¹².

El Ministerio Público, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 87 CPP, que le habilita para regular mediante instrucciones generales la forma en que se debe cumplir esta función policial, ha indicado que la policía debe consultar a la víctima por las medidas de protección que

¹⁰ HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho*, cit. (n. 5), I, pp. 191-194.

¹¹ DUCE JULIO, Mauricio – RIEGO RAMÍREZ, Cristián, cit. (n. 4), p. 157.

¹² DUCE JULIO, Mauricio – RIEGO RAMÍREZ, Cristián, cit. (n. 4), p. 159.

pueda requerir, informando al fiscal de turno si se trata de medidas que no se puedan adoptar de inmediato¹³.

Como puede advertirse, en principio, no parece que la eventual maximización de esta facultad autónoma de la policía, cuya regulación, en general, mantiene su diseño original, importe un necesario incremento en el riesgo de vulneración de derechos fundamentales del imputado o de terceros.

2. *Detener en hipótesis de flagrancia*

También corresponde a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile “[p]racticar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley” [art. 83 letra b) CPP].

La detención por este motivo constituye un deber de la policía (art. 129 inc. 2º CPP) y procede cuando ésta sorprende a una persona *in fraganti* en la comisión de un delito. Como es sabido, la voz *flagrante* proviene del verbo *flagrar* (del latín *flagrare*), que conforme al diccionario de la lengua española de la RAE, significa arder o resplandecer como fuego o llama. Esto resulta ilustrativo y permite entender los requisitos que la doctrina suele exigir en la flagrancia: *i*) primero, *coetaneidad o inmediatez*: esto implica que la persona debe ser sorprendida cometiendo el delito o en el momento mismo en que lo acaba de cometer; *ii*) segundo, *ostensibilidad*: esto significa que el hecho delictivo debe ser patente o manifiesto, es decir, que se desprenda de su sola observación, sin que sea necesario realizar ningún tipo de indagación. La ostensibilidad, entonces, se opone a la existencia de meras sospechas o indicios¹⁴.

Las hipótesis de flagrancia aparecen mencionadas en el artículo 130 CPP, cuyo encabezado establece que “*se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia*” una persona en las seis hipótesis que la disposición prevé. Esta frase del legislador obedece a que, en estricto rigor, no todos los casos a los que alude el precepto corresponden al concepto de flagrancia propiamente tal o flagrancia real (sorprender a una persona *in fraganti* en la comisión de un delito), el cual estaría recogido en las letras a) y b) de la disposición. Las hipótesis de las restantes letras corresponden, más bien, a un concepto amplio de flagrancia (flagrancia ficta o virtual), ya que en todas ellas ha transcurrido un tiempo desde la comisión del hecho. Por eso se ha dicho que del encabezado del artículo 130 CPP “se puede desprender un primer cuestionamiento constitucional a la regulación legal; alguien

¹³ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, cit. (n.1), p. 98.

¹⁴ Por todos, MATURANA MIQUEL, Cristián – MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2017), I, p. 637.

contra quien no se ha librado una orden de detención judicial puede ser detenido sin que exista propiamente una flagrancia”¹⁵.

Las situaciones de flagrancia que la ley prevé son las siguientes:

Primero, “*a) el que actualmente se encontrare cometiendo el delito*”.

Segundo, “*b) el que acabare de cometerlo*”. Esta hipótesis ha dado lugar a una discusión: mientras unos entienden que al momento de ser detenido el imputado debe hallarse en el lugar de comisión del delito¹⁶, otros aceptan que pueda encontrarse en cualquier lugar¹⁷. Según mi opinión, es la primera tesis la correcta. Con independencia de que es difícil que el sujeto se halle en un lugar distinto al de la ejecución del delito si de verdad acaba de cometerlo, una interpretación sistemática permite afirmar que el imputado debe ser encontrado en el lugar de comisión del hecho. En efecto, en la siguiente letra de este artículo (letra c) la ley se refiere a quien huye del lugar de ejecución del delito, lo que sugiere que en la hipótesis de la letra b) el sujeto se halla aún en ese lugar. Por lo demás, sólo así podría afirmarse que en esta letra se recoge una auténtica hipótesis de flagrancia propiamente tal o real; si el imputado se encontrara en un lugar distinto al de la comisión del hecho, no se cumpliría el requisito de la ostensibilidad. Por último, el artículo 5° inciso segundo CPP obliga a interpretar restrictivamente este precepto.

Tercero, “*c) el que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice*”. A diferencia de las hipótesis previstas en las letras siguientes, en las cuales la ley formula una exigencia temporal, en esta situación no lo hace, lo que a mi juicio puede interpretarse como la posibilidad de que la persecución se prolongue en el tiempo, siempre que no se suspenda y que el imputado no se ponga fuera del alcance de quien le persigue¹⁸. En este sentido, este supuesto de procedencia de la detención se muestra más amplio que el que, correspondientemente, prevía el Código de Procedimiento Penal, el cual sí contenía una exigencia temporal (art. 263 N° 3°:

¹⁵ VITAR CÁCERES, Jorge, *La detención por flagrancia y la modificación de la Ley 20.253*, en FUENTES MAUREIRA, Claudio (coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), p. 561.

¹⁶ Así, DURÁN FUICA, Rodrigo, *Medidas cautelares personales en el proceso penal* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2011), p. 178; MATURANA MIQUEL, Cristián – MONTERO LÓPEZ, Raúl, cit. (n. 14), I, p. 635.

¹⁷ En este sentido, AGUILAR ARANELA, Cristian, *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal* (Santiago, Librotecnia, 2014), p. 45.

¹⁸ Similar, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2010), I, p. 348, quien alude a esta idea con la frase “continuidad de la persecución”.

“Al que en los momentos en que acaba de cometerse huye del lugar en que se cometió y es designado por el ofendido y otra persona como autor o cómplice”).

Cuarto, “d) el que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo”.

Quinto, “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”¹⁹.

Sexto, “f) el que aparezca en un registro audiovisual cometiendo un crimen o simple delito al cual la policía tenga acceso en un tiempo inmediato”²⁰.

Para los efectos de lo establecido en las letras d), e) y f) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas²¹.

En el caso contemplado en la letra f), obviamente, las doce horas deben contarse desde la ejecución del hecho que ha quedado grabado en el registro, no desde que la policía tiene acceso al mismo²². Además, si bien la exigencia de que se trate de un registro audiovisual es fácil de cumplir en muchos casos, tales como las filmaciones desde teléfonos celulares, no lo es en muchos otros, como sucede, por ejemplo, con las cámaras de vigilancia, las cuales, en general, sólo permiten obtener registros visuales²³.

Un examen rápido de esta disposición permite colegir que la regulación de la flagrancia no cumple los requisitos doctrinales, ya que sólo las hipótesis

¹⁹ La regulación actual de esta letra difiere del texto original. Antes de la modificación efectuada por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005, el texto era el siguiente: “e) 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”. Como puede advertirse, la disposición amplió su radio de acción a cualquier clase de delitos y cubrió los casos en que no es la víctima quien individualiza al imputado, sino un testigo presencial.

²⁰ Este supuesto fue incorporado por la Ley N° 20.931, de 5 de julio de 2016.

²¹ Esta última previsión del legislador fue incorporada por la Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008, aunque fue modificada por la Ley N° 20.931.

²² Lo destaca CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia. Comentarios desde la práctica jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia, 2016), p. 86.

²³ En este sentido, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Para entender la agenda corta antidelincuencia. Ley 20.931* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2016), p. 61.

de las letras a) y b) los satisfacen. Por lo que respecta a la coetaneidad o inmediatez, no puede sostenerse que esté presente cuando han transcurrido cerca de doce horas desde la comisión del hecho; claramente, es sólo una ficción del legislador. Y en cuanto a la ostensibilidad, ésta también puede ser puesta en tela de juicio, pues en los casos de las letras c), d) y e) no es necesario que el delito sea evidente para quien practica la detención.

Resulta especialmente criticable la asimilación a la flagrancia que el legislador ha hecho en las letras d), e) y f), al entender por tiempo inmediato todo aquel que no supere las doce horas. Como sostiene Falcone, “que la Constitución disponga, específicamente, que sin existir una orden, la detención sólo cabe en virtud de delito flagrante, es una garantía de la libertad personal. El legislador no puede crear causas de detención y determinar, arbitrariamente, que ellas constituyen situaciones de flagrancia, en desmedro del derecho fundamental”²⁴.

Hay un caso excepcional en el que la policía está solo facultada (no obligada) para detener por flagrancia, cual es el de ciertas faltas a las que alude el artículo 134 inciso 4º CPP, norma que hace excepción a la regla de que la única medida cautelar personal que procede en las faltas (y en los delitos que la ley no sanciona con penas privativas ni restrictivas de libertad) es la citación (art. 124 CPP).

En todo caso, si el imputado es un adolescente, la regla de que cuando se trata de faltas o de delitos que no se castigan con penas privativas o restrictivas de libertad no se puede detener, sino solo citar, es absoluta. Ello es así, porque el inciso final del artículo 31 de la Ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal adolescente, dispone que “*si el hecho imputado al menor fuere alguno de aquellos señalados en el artículo 124 del Código Procesal Penal, Carabineros de Chile se limitará a citar al menor a la presencia del fiscal y lo dejará en libertad, previo señalamiento de domicilio en la forma prevista por el artículo 26 del mismo Código*”. Como se puede advertir, la remisión legal se efectúa a los hechos del artículo 124 CPP, sin excepción alguna²⁵.

Tratándose de la comisión flagrante de un delito de acción penal priva-

²⁴ FALCONE SALAS, Diego, *Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 38 (2012), pp. 467-468.

²⁵ Así, CERDA SAN MARTÍN, Mónica, *Medidas cautelares y medios de coerción en el subsistema penal especializado para adolescentes. Distinción, utilización y controles jurídicos*, en *Revista de la Justicia Penal* 2 (2008), pp. 118-119. En el mismo sentido, pero aludiendo al artículo 16 de la Ley de Menores, BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, *El examen de discernimiento en el nuevo proceso penal*, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia* 2-3 (2002), p. 170; CISTERNA PINO, Adolfo, *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal* (Santiago, Librotecnia, 2004), pp. 102-104.

da, la policía no puede detener, ya que no existe persecución penal pública de esta clase de delitos; en el procedimiento por estos hechos delictivos el Ministerio Público no interviene. Y en el caso de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, la policía tampoco puede detener por flagrancia si no se denuncia el hecho, a menos que se trate de ciertos delitos de connotación sexual, concretamente, los contemplados en los artículos 361 a 366 quater del Código Penal (art. 129 inc. 3º CPP)²⁶. El hecho de que la ley haya permitido la detención por flagrancia sin denuncia solo para estos específicos delitos de acción pública previa instancia particular, permite concluir que en los demás, lo único que puede hacer la policía en las hipótesis de flagrancia, antes de que se denuncie el hecho es, sin detener²⁷, realizar los actos necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito, además de los actos urgentes de investigación (art. 166 inc. 3º CPP). En todo caso, no deja de resultar curioso que en el caso excepcional señalado la detención sea obligatoria, ya que la víctima podría ser mayor de edad y no querer denunciar el hecho; se estaría deteniendo a una persona sin que fuera seguro que la persecución penal continúe.

Existen algunos casos especiales en los que la policía está obligada a detener, a pesar de que, en principio, no existe orden judicial ni constituyen flagrancia delictiva²⁸. Lo curioso es que estas hipótesis aparecen recogidas en un único precepto, bajo la denominación “*Detención en caso de flagrancia*”. Según esta disposición, que también ha experimentado una ampliación de su contenido original, la policía debe detener (art. 129 inc. 4º):

Primero, “*a) al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena*”. El quebrantamiento de condena es un delito, por lo que si el imputado es sorprendido *in fraganti*, bien se podría estar en presencia de una detención por flagrancia. Pero si han pasado más de doce horas no habrá flagrancia, no obstante lo cual y a pesar de que no existe orden judicial, la policía está igualmente obligada a detener.

Segundo, “*b) al que se fugare estando detenido*”. Al igual que en el caso anterior, es criticable que la ley deje abierta la posibilidad de detener sin orden judicial, indefinidamente en el tiempo²⁹.

²⁶ En todo caso, debe recordarse que si la víctima es un menor de edad, el delito es de acción pública (art. 53 inc. 2º parte final CPP).

²⁷ MATURANA MIQUEL, Cristián / MONTERO LÓPEZ, Raúl, cit. (n. 14), I, p. 632: “Respecto de los demás delitos de acción previa instancia particular, la detención por flagrancia no es posible”.

²⁸ NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Código Procesal Penal* (Santiago, Legal Publishing – Thomson Reuters, 2014), p. 118.

²⁹ FALCONE SALAS, Diego, cit. (n. 24), p. 472, n. 181.

Tercero, “*c) al que tuviere orden de detención pendiente*”. En rigor, no es esta una excepción, ya que se trata de una detención por orden judicial, no de una detención por flagrancia, a pesar de la denominación del precepto. En consecuencia, la orden debe ser intimada (art. 94 letra a) CPP).

Cuarto, “*d) al que fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto*”. Se trata de una invención del legislador cuya compatibilidad con la Constitución es muy discutible, porque ésta solo admite detención por flagrancia de delito o por orden judicial [art. 19 N° 7 letra c) CPR]³⁰.

Es pertinente preguntarse qué se debe entender por violación flagrante de una medida cautelar personal. ¿Quiere decir que el imputado debe ser sorprendido, por ejemplo, junto con la víctima (si la medida impuesta era la del artículo 155 letra g) CPP)? ¿O podría ser detenido hasta doce horas después del acaecimiento de tal situación? En otras palabras, ¿se debe utilizar un concepto estricto de flagrancia o puede usarse el concepto amplio recogido en el artículo 130 CPP? Según mi opinión, en general, se debería utilizar un concepto estricto, ya que la flagrancia a la que alude el artículo 130 está exclusivamente relacionada con la comisión de un delito, y es dudoso que en los casos por los que nos preguntamos siempre exista delito. Además, la definición legal de “tiempo inmediato” sólo ha sido establecida para las hipótesis de flagrancia delictiva ficta de las letras d) e) y f) del artículo 130 CPP, sin que resulte procedente su extensión más allá de dicho ámbito de aplicación. Por último, el artículo 5° inciso 2° CPP obliga a una interpretación restrictiva en esta materia. Solo si la violación de la medida cautelar personal pudiera ser considerada como constitutiva de un delito, por ejemplo, de desacato, podría utilizarse el concepto amplio de flagrancia, en aplicación del citado artículo 130.

Quinto, “*e) al que fuere sorprendido infringiendo las condiciones impuestas en virtud de las letras a), b), c) y d) del artículo 17 ter de la Ley N° 18.216*”³¹. Se trata de que el imputado incumpla condiciones decretadas por un tribunal, al haberle éste condenado a una pena privativa o restrictiva de libertad y haberle concedido, como pena sustitutiva, la libertad vigilada intensiva. Tales condiciones son: a) prohibición de acudir a determinados lugares; b) prohibición de aproximarse a la víctima, o a sus familiares u otras personas que determine el tribunal, o de comunicarse con ellos; c) obligación de mantenerse en el domicilio o lugar que determine el juez, durante un lapso máximo de ocho

³⁰ FALCONE SALAS, Diego, cit. (n. 24), p. 472.

³¹ Esta hipótesis fue incorporada por la Ley N° 20.603, de 27 de junio de 2012.

horas diarias, las que deberán ser continuas, y d) obligación de cumplir programas formativos laborales, culturales, de educación vial, sexual, de tratamiento de la violencia u otros similares.

Llama la atención que se permita la detención por el incumplimiento de la última de dichas condiciones, ya que a diferencia de lo que sucede con las tres primeras, no parece que sea posible sorprender al imputado en un momento preciso en que la esté infringiendo³².

Sexto, “*f) al que violare la condición del artículo 238 letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas*”. Por la misma razón indicada más arriba, la constitucionalidad de esta hipótesis es cuestionable.

Este supuesto de procedencia de la detención y el que se señala en la letra d) fueron incorporados por la Ley N° 20.074, buscando solucionar un problema interpretativo, ya que antes de dicha reforma no había claridad acerca de si en estos casos resultaba procedente la detención o no. Mientras algunos afirmaban que se cometía un delito de desacato (art. 240 inc. 2° Código de Procedimiento Civil), por lo que si el imputado era sorprendido *in fraganti* procedía la detención, otros sostenían que no se cometía delito alguno y que la sanción era procesal: agravar la medida cautelar personal, por ejemplo, decretando prisión preventiva (art. 141 inc. final CPP), o bien, revocar la suspensión condicional del procedimiento. La incorporación de estos supuestos vino a poner término a la discusión, aclarando la procedencia de la detención, pero dejando abierta la cuestión de si en tales casos corresponde apreciar o no un delito de desacato.

En otro orden de ideas, cuando la policía se encuentra en persecución de un individuo a quien debe detener por flagrancia delictiva o por encontrarse en alguno de los ya señalados supuestos especiales en que no existe orden judicial ni constituyen delito flagrante, puede ingresar a un lugar cerrado para practicar la respectiva detención, pudiendo también, conforme a la actual normativa, registrar el lugar e incautar los objetos y documentos vinculados con el caso que dio origen a la persecución, dando aviso de inmediato al fiscal, quien los conservará; todo ello, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 215 CPP (art. 129 inc. 6°)³³. Dado que el artículo 215 CPP alude a la posibilidad de la policía que practica una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado previa orden judicial, de incautar objetos o documentos que permitan sospechar la existencia de un delito distinto del que motivó la orden, debiendo dar aviso de inme-

³² Similar, AGUILAR ARANELA, Cristian, *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2013), p. 64.

³³ El inciso sexto del artículo 129 CPP fue incorporado por la Ley N° 20.931.

diato al fiscal, quien los conservará, la referencia que a esta disposición hace la última parte del artículo 129 inciso sexto CPP sólo puede tener por significado que si tras ingresar al lugar cerrado para detener al imputado a quien persigue, al registrar el lugar la policía encuentra objetos o documentos vinculados con un delito diferente del que dio origen a la persecución, también puede incautarlos³⁴. Cuestión distinta es la de la constitucionalidad de esta previsión legal, la que bien puede ponerse en duda a partir de lo dispuesto en el artículo 83 inciso tercero CPR, que exige que las actuaciones que priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros del ejercicio de derechos constitucionales, requieran aprobación judicial previa; en este caso, la ley permite que, sin autorización judicial, se incauten especies, afectándose el derecho de propiedad de sus dueños.

De acuerdo con lo establecido en la última parte del artículo 129 inciso segundo CPP³⁵, en el acto de la detención por flagrancia delictiva, la policía puede registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo del imputado, previsión legal que resulta redundante a la luz de lo que señala el artículo 89 CPP, el cual reitera la misma idea, aunque en referencia a cualquier detención³⁶.

Finalmente, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 187 inciso segundo CPP, en la detención por delito flagrante procede la incautación de especies que se encuentren en poder del imputado, siempre que parezcan haber servido o haber estado destinadas a la comisión del hecho investigado, o provengan de él, o puedan servir como medios de prueba.

Como se podrá advertir con facilidad, la facultad de actuación policial autónoma examinada en este número es especialmente sensible; el evidenciado incremento sucesivo de su radio de acción indudablemente constituye un correlativo aumento del riesgo para el respeto de los derechos fundamentales. La ampliación de los supuestos de procedencia de la detención sin orden judicial facilita el aumento de las tasas de detención. Serán estudios empíricos los encargados de confirmar o desmentir esta vinculación, pero ya hay señales que apuntan en esta dirección³⁷. En este sentido, lo decisivo es el cada vez mayor peligro de que tengan lugar detenciones que sean innecesarias o desproporcionadas.

³⁴ Así, CASTRO JOFRÉ, Javier, cit. (n. 3), pp. 262-263.

³⁵ Esta parte del precepto fue incorporada por la Ley N° 20.931.

³⁶ El artículo 89 CPP también fue modificado por la Ley N° 20.931, eliminando la exigencia de que existieran indicios de que en las vestimentas, equipaje o vehículo el detenido ocultase objetos importantes para la investigación.

³⁷ Por ejemplo, véase VITAR CÁCERES, Jorge, cit. (n. 15), p. 569, quien sugiere que un aumento observado en las tasas de detención los años 2008 y 2009 pudo deberse al incremento de las hipótesis legales de flagrancia mediante la Ley N° 20.253.

3. Resguardar el sitio del suceso

Conforme a lo que actualmente dispone la letra c) del artículo 83 CPP, también corresponde a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile el resguardo del sitio del suceso. “*Deberán preservar siempre todos los lugares donde se hubiere cometido un delito o se encontraren señales o evidencias de su perpetración, fueren éstos abiertos o cerrados, públicos o privados. Para el cumplimiento de este deber, procederán a su inmediata clausura o aislamiento, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y evitarán que se alteren, modifiquen o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho, o que se remuevan o trasladen los instrumentos usados para llevarlo a cabo*” (art. 83 letra c) párrafo 1°)³⁸.

Dos cosas llaman la atención del párrafo transcrito. En primer lugar, que a diferencia de lo que ocurría en el texto anterior a la Ley N° 20.931, la norma contiene una definición de sitio del suceso, la que ha sido recogida en términos amplios, comprendiendo no sólo el lugar donde se ha cometido el delito, sino también aquel en que se encuentran señales o evidencias de su perpetración³⁹. Y en segundo término, que ha desaparecido la referencia que, antes de la modificación, el precepto hacía a la designación, por parte del Ministerio Público, de personal policial experto. Esto último, a mi juicio, sólo constituye un lapsus y no puede ser entendido como demostrativo de la voluntad de la ley, de que sean las propias policías las que definan autónomamente qué personal debe trabajar en el sitio del suceso, sino que debe seguir entendiéndose que dicha decisión le corresponde a la fiscalía, ya que no ha desaparecido la dirección, legal y constitucionalmente reconocida, del Ministerio Público sobre las actuaciones de los órganos policiales. Este punto debería ser objeto de una de las instrucciones generales hacia las policías, que el Ministerio Público puede impartir conforme a lo dispuesto en el artículo 87 CPP.

En el sitio del suceso, el personal policial experto (que designe el Ministerio Público) debe recoger, identificar y conservar bajo sello las especies que parezcan haber servido a la comisión del delito, sus efectos o

³⁸ El texto actual del párrafo transcrito fue fijado por la Ley N° 20.931. El tenor literal anterior a la reforma era el siguiente: “*Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá (sic) a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el ministerio público designare*”.

³⁹ Reconocen que se trata de un concepto amplio de sitio del suceso CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda Ley*, cit. (n. 22), p. 66, y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sergio, cit. (n. 23), p. 54.

los que puedan ser usados como medios de prueba, dejando constancia en un registro de la individualización de quienes participen en la diligencia (art. 83 letra c) párrafo 2° CPP). Se da inicio así a la denominada “cadena de custodia de la evidencia”, expresión con la que se alude tanto al procedimiento que busca proteger la indemnidad de la evidencia⁴⁰, como al registro de la serie de personas que, sucesivamente, intervienen en su traslado⁴¹ (arts. 187 inc. 1° y 188 CPP).

Cuando no existe personal policial experto y la evidencia puede desaparecer, los funcionarios policiales que lleguen al lugar deben recogerla y guardarla en los términos anteriores, entregándola al Ministerio Público a la brevedad posible (art. 83 letra c) párrafo 3° CPP)⁴².

Además, tratándose de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía debe practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta de lo realizado al fiscal a la mayor brevedad (art. 83 letra c) párrafo 4° CPP)⁴³. La constitucionalidad de esta disposición es bastante discutible, porque no parece ajustarse al artículo 83 inciso primero CPR, conforme al cual corresponde al Ministerio Público la dirección exclusiva de la investigación de los delitos. En este caso, ningún fiscal dirige la investigación que realiza la policía, antes de que ésta dé cuenta al Ministerio Público de las diligencias realizadas⁴⁴.

Asimismo, en los casos de delitos que el Ministerio Público determine en instrucciones generales que dicte conforme al artículo 87 CPP, la policía debe realizar todas las diligencias señaladas en la letra c) del artículo 83 CPP cuando reciba denuncias, dando cuenta al fiscal inmediatamente después de efectuarlas. En tales instrucciones puede limitarse esta facultad cuando se trata de denuncias por hechos lejanos en el tiempo [art. 83 letra c) párrafo 4°, parte final CPP]⁴⁵. Por la razón que se acaba de explicar, la constitucionalidad de esta norma también es muy dudosa.

Con independencia de los problemas de compatibilidad con el artículo 83 inciso primero CPR que plantea lo previsto en la letra c) del artículo 83 CPP, no parece que el ejercicio de las facultades autónomas de la policía que en esta última disposición se prevén incida necesariamente en un aumento intolerable del riesgo de afectación de derechos fundamentales.

⁴⁰ CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual*, cit. (n. 18), I, p. 254, n. 138.

⁴¹ CASTRO JOFRÉ, Javier, cit. (n. 3), p. 172, n. 90.

⁴² Esta norma fue incorporada por la Ley N° 20.253.

⁴³ Esta disposición también fue incorporada por la Ley N° 20.253.

⁴⁴ Cfr. MENESES PACHECO, Claudio, *Control de identidad y detención en caso de flagrancia*, en *Extensión*, Defensoría Penal Pública, 3 (2010), Seminario “Agenda corta antidelincuencia”, p. 16.

⁴⁵ Esta norma fue incluida por la Ley N° 20.931.

Es cierto que se ha ampliado el concepto de sitio del suceso, pero el hecho de que las facultades que la policía puede ejercer allí en forma autónoma se proyectan principalmente en el ámbito patrimonial, pues solo se trata de recoger y trasladar evidencia material destinada a la comprobación del hecho delictivo y la participación en él, hace que la restricción de los derechos del dueño de las especies levantadas no resulte desproporcionada. Tampoco parece excesiva la afectación de la libertad ambulatoria que el precepto prevé, ya que solo consiste en una limitación negativa a su ejercicio (impedir el acceso al lugar resguardado), destinada a proteger la evidencia mientras se trabaja en el sitio del suceso.

4. *Identificar a testigos y consignar sus declaraciones*

Según lo que dispone la letra d) del artículo 83 CPP, corresponde a los funcionarios de la Policía de Investigaciones de Chile y de Carabineros de Chile *“identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, en los casos de delitos flagrantes, en que se esté resguardando el sitio del suceso, o cuando se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo. Fuera de los casos anteriores, los funcionarios policiales deberán consignar siempre las declaraciones que voluntariamente presten testigos sobre la comisión de un delito o de sus partícipes o sobre cualquier otro antecedente que resulte útil para el esclarecimiento de un delito y la determinación de sus autores y partícipes, debiendo comunicar o remitir a la brevedad dicha información al Ministerio Público, todo lo anterior de acuerdo con las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional según lo dispuesto en el artículo 87⁴⁶”*.

El texto actual de esta letra ha significado, en comparación con el anterior a su modificación, una ampliación de los casos en que la policía debe identificar testigos y consignar sus declaraciones voluntarias. Se han incorporado dos nuevos casos. El primero es aquel en que *“se haya recibido una denuncia en los términos de la letra b) de este artículo”*. La referencia que la disposición hace a la letra b) podría ser estimada como un error, ya que no es ahí, sino en la letra e) donde se consagra la facultad de las policías de recibir las denuncias del público. Sin embargo, en aplicación de la regla de la interpretación útil, es posible atribuir a esa alusión el sentido de entender que la facultad de identificar testigos y registrar sus declaraciones voluntarias en los casos de denuncias, resulta procedente solo

⁴⁶ El texto de esta letra fue sustituido por la Ley N° 20.931. El texto anterior a la modificación era el siguiente: *“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”*.

cuando se denuncia un delito flagrante, toda vez que la letra b) se refiere a la detención por flagrancia⁴⁷.

Además, en este caso la policía está facultada para tomar y registrar declaración a los testigos que se individualicen en la denuncia, pero no a eventuales testigos de los que se tenga conocimiento una vez que se tome declaración a los primeros. Lo contrario significaría conceder a la policía la facultad de investigar delitos en forma autónoma, contraviniendo lo dispuesto en el artículo 83 inciso primero CPR, que asigna al Ministerio Público en forma exclusiva la dirección de la investigación penal.

El segundo supuesto consiste en cualquier otro caso de testigos que voluntariamente deseen declarar. No se trata de que la policía esté facultada para investigar libremente y que en dicha indagación ubique testigos y consigne los dichos de quienes deseen declarar, ya que ello iría contra la exclusividad en la dirección de la investigación por parte del Ministerio Público; más bien se trata de testigos que se acercan a la policía manifestando su deseo de declarar.

Por otro lado, a diferencia de la anterior, en esta segunda hipótesis podría pasar mucho tiempo entre la comisión del delito y la manifestación de voluntad de declarar de los testigos que se acerquen a la policía, lo que podría generar problemas operativos e ineficiencia, ya que las causas podrían ya haberse cerrado por distintos motivos (archivo provisional de la investigación, principio de oportunidad en sentido estricto, etc.). Resulta crucial, entonces, una adecuada coordinación en esta materia entre la policía y la fiscalía, por la vía de las instrucciones generales del Fiscal Nacional.

En cualquier caso, si los testigos no desean declarar, la policía sólo debe identificarlos, para lo cual puede practicarles un control de identidad, conforme a uno de sus supuestos de procedencia: que la persona controlada “*pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta*” (art. 85 inc. 1° CPP).

Es precisamente (solo) por esto último por lo que resulta riesgoso el aumento del radio de acción de la facultad policial autónoma examinada en este número; el control de identidad, que se analiza más abajo, constituye un ámbito en el que pueden vulnerarse derechos fundamentales.

5. *Recibir denuncias*

De acuerdo con lo previsto en la letra e) del artículo 83 CPP, corresponde a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile recibir las denuncias del público, lo que guarda armonía

⁴⁷ Similar, CASTRO JOFRÉ, Javier, cit. (n. 3), pp. 176-177.

con lo que establece el artículo 173 CPP, según el cual puede presentarse denuncias ante ambos cuerpos policiales, además de ante otros órganos.

En el ejercicio de esta facultad, especialmente en el caso de la denuncia verbal, la policía debe preocuparse de que el registro escrito que confecciona, el que debe ser firmado por el denunciante (además de por el funcionario que la recibe), contenga las menciones que señala el artículo 174 CPP, dentro de las cuales la más importante es, a no dudarlo, la narración circunstanciada del hecho.

No parece que sea ésta una facultad autónoma de la policía que resulte especialmente riesgosa para el respeto de los derechos fundamentales. En cualquier caso, su regulación no ha experimentado modificaciones, conservando su diseño original.

6. *Realizar otras actuaciones*

Conforme a lo que indica la letra f) del artículo 83 CPP, corresponde a los funcionarios policiales ya mencionados “*efectuar las demás actuaciones que dispusieren otros cuerpos legales*”⁴⁸. Por ejemplo, los artículos 182 y 183 de la Ley N° 18.290 (Ley de tránsito) facultan a Carabineros para someter al conductor de un vehículo a pruebas respiratorias o de otra índole para detectar la presencia de alcohol en su organismo y su dosificación, o acreditar la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de alcohol o de estupefacientes o sustancias sicotrópicas.

7. *Practicar control de identidad*

Por regla general, la policía no se encuentra facultada para interceptar personas y requerir su identificación –salvo el caso del denominado “control de identidad preventivo”, que examino más adelante, lo cual es una manifestación de la garantía constitucional de la libertad ambulatoria o de desplazamiento. Por excepción, el artículo 85 CPP obliga a la policía a solicitar la identificación de cualquier persona en ciertos casos. Inicialmente, esta disposición contemplaba una facultad (antes decía: “podrán”); sin embargo, tras la modificación hecha por la Ley N° 19.942, de 15 de abril de 2004, se establece un deber (ahora dice: “deberán”) de las policías de practicar el control de identidad.

Antes de la Ley N° 20.253, el legislador no precisaba cuándo podía

⁴⁸ Dentro de este mismo cuerpo legal (Código Procesal Penal), existe otra disposición que establece facultades de actuación autónoma de la policía: el artículo 90, que señala que en los casos de muerte en la vía pública, la orden de levantamiento del cadáver puede ser dada por el jefe de la correspondiente unidad policial, personalmente o por medio de un funcionario de su dependencia, debiendo dejar registro de lo obrado.

realizarse esta diligencia. Sólo indicaba que ello tenía lugar “en casos fundados”, mencionando algunos ejemplos. Tras la modificación hecha por dicha ley, los casos de procedencia del control de identidad se encuentran determinados. Conforme a su actual regulación, esta diligencia puede tener lugar en los casos fundados en que, según las circunstancias, los funcionarios policiales estimaren que exista algún indicio de que la persona controlada: *i*) primero, hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta; *ii*) segundo, se dispusiere a cometerlo; *iii*) tercero, pudiese suministrar información útil para la indagación de un crimen, simple delito o falta o; *iv*) cuarto, cuando la persona se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad⁴⁹; *v*) quinto, también cuando los funcionarios policiales tengan algún antecedente que les permita inferir que la persona controlada tiene alguna orden de detención pendiente⁵⁰.

Con anterioridad a la Ley N° 20.253, el texto de la disposición, en su parte pertinente, era el siguiente: “*Los funcionarios policiales (...) deberán, además, (...) solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio...*”. Después de la modificación efectuada por dicha ley, los funcionarios policiales debían solicitar la identificación de cualquier persona “*en los casos fundados, en que, según las circunstancias, estimaren que existen indicios*” de que ella se encontraba en alguno de los mencionados supuestos de procedencia. De ello podía colegirse que para que procediera el control de identidad, ya no bastaba con la presencia de solo un indicio, sino que se necesitaban dos o más, conforme a la estimación que de ello hiciera la policía⁵¹. Tras la modificación hecha por la Ley N° 20.931, el texto ha vuelto a exigir la presencia de solo un indicio.

En todo caso, la procedencia del control de identidad no depende de la mera apreciación subjetiva del funcionario policial que estime que exista el requerido indicio, sino de que se trate de casos fundados. Por mucho que su evaluación quede entregada a la policía, la ley exige que se trate de casos fundados, lo que quiere decir que debe tratarse de hechos

⁴⁹ Esta hipótesis fue incorporada por la Ley N° 20.253.

⁵⁰ Este último supuesto fue incorporado por la Ley N° 20.931.

⁵¹ Cfr. SALAS ASTRAIN, Jaime, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2015), p. 193. En el mismo sentido, OTERO LATHROP, Miguel, *La policía frente al Código Procesal Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008), p. 63. La Corte Suprema sugirió que era exigible esta pluralidad de indicios en su sentencia de 19 de febrero de 2013, dictada en causa rol N° 181-2013, en tanto que lo reconoció expresamente en sus sentencias de 4 de abril de 2016, dictada en causa rol N° 8149-2016, y de 31 de marzo de 2016, dictada en causa rol N° 14.275-2016.

objetivos verificables, tal como lo ha venido señalando reiteradamente la Corte Suprema en fallos recientes⁵². Incluso, durante la tramitación parlamentaria de la citada Ley N° 20.253, se dejó constancia de que se aprobaba la redacción, pero en el entendido de que se hacía sobre la base de la “existencia de indicios objetivos que permitieran la posibilidad de debatir acerca de su concurrencia”⁵³. El propio Ministerio Público ha señalado, en instrucciones generales dirigidas a la Policía de Investigaciones de Chile y a Carabineros de Chile, que el “*personal policial deberá ceñirse a ciertos parámetros o antecedentes objetivos al momento de practicar un control de identidad, tales como las circunstancias, accidentes, actitudes o conductas que, en el caso concreto, rodean al sujeto sometido a control. No puede aceptarse un criterio totalmente subjetivo de parte de las policías*”⁵⁴. Y esta verificación debe realizarse *ex ante*, no *ex post* en función de lo que eventualmente se le encuentre a la persona controlada si se le registra⁵⁵.

Por otra parte, la referencia a las faltas, que se incluyó mediante la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, con la consiguiente posibilidad de “retener” mientras se controla su identidad a quien intenta cometer una de ellas o se dispone a cometerla, supone una contradicción con la decisión político-criminal de no castigar estos delitos con penas privativas de libertad y de sancionarlos solo cuando están consumados (arts. 9° y 494 a 497 del Código Penal, en adelante, CP)⁵⁶.

El procedimiento debe practicarse en el lugar en que la persona se encuentra y debe realizarse por medio de documentos expedidos por la autoridad pública, tales como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. Para ello, el funcionario deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos documentos. Pero si esto no fuere suficien-

⁵² En este sentido, pueden verse, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema, de 25 de abril de 2016, dictada en causa rol N° 17.552-2016; de 26 de abril de 2016, dictada en causa rol N° 17.554-2016, y de 16 de mayo de 2016, dictada en causa rol N° 19.990-2016.

⁵³ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Ley 20.253. Agenda corta antidelincuencia* (Santiago, Legis, 2008), p. 94 (el destacado es mío).

⁵⁴ NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis dogmático y compendio* (Santiago, Librotecnia, 2017), p. 120.

⁵⁵ BLANCO SUAÉZ, Rafael *et alii*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago, Lexis Nexis, 2005), p. 55, n. 50; RABI GONZÁLEZ, Roberto, *¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 13(2010), p. 350; ROMERO MUZA, Rubén, *Control de identidad y detención. Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2007), p. 74.

⁵⁶ HORVITZ LENNON, María Inés, *Derecho*, cit. (n. 5), I, p. 599.

te, para concluir con este procedimiento, se permite a la policía utilizar medios tecnológicos.

La previsión legal del uso de medios tecnológicos tiene por finalidad evitar el traslado de la persona controlada a una unidad policial, cuando sea posible su identificación mediante el empleo de aquéllos. Por eso, sería contrario a derecho que la policía la trasladara sin haber hecho uso de medios tecnológicos, si su empleo hubiera sido posible y permitido su identificación.

Se debe conducir a la persona controlada a la unidad policial más cercana, cuando haya sido imposible acreditar la identidad, o cuando ésta se niegue; en dicha unidad puede acreditarse la identidad por cualquier forma. Se permite incluso tomar huellas digitales, caso en el cual, una vez lograda la identificación, deberán ser destruidas.

Durante este procedimiento, sin necesidad de un nuevo indicio, la policía está facultada para registrar las vestimentas, equipajes y vehículo de la persona cuya identidad se controla. Además, puede cotejar la existencia de órdenes de detención pendientes que pudieren afectarle.

Puede apreciarse una diferencia entre el cotejo de la existencia de órdenes de detención pendientes que se realiza en el lugar en que la persona controlada se encuentra y el que se verifica en la unidad policial a la que es trasladada: en el primer caso tal cotejo tiene carácter facultativo (art. 85 inc. 4° CPP), en tanto que en el segundo es obligatorio, ya que, según la ley, debe ser efectuado antes de que el sujeto sea dejado en libertad (art. 85 inc. 5° CPP)⁵⁷.

Si la persona controlada se niega a acreditar su identidad o proporciona una falsa, la policía puede detenerla por comisión flagrante de la falta del artículo 496 N° 5 CP (art. 85 incs. 6° y 7° CPP). Repárese en que, según la literalidad del precepto, uno de los supuestos de procedencia de esta detención consiste en que “existan indicios de que [la persona sujeta al control de identidad] ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa”. Esto supone una incoherencia sistemática, porque a diferencia de las hipótesis de delito flagrante, en las cuales la policía puede detener solo una vez constatados sus presupuestos (art. 130 CPP), en este caso basta con la existencia de indicios a juicio de la policía. Afortunadamente, ésta debe informar, de inmediato, de tal detención al fiscal (y no dentro de las doce horas siguientes, como ordena en general, para la detención por delito flagrante, el artículo 131 inciso segundo CPP),

⁵⁷ OTERO LATHROP, Miguel, cit. (n. 51), p. 66.

por lo que éste puede rápidamente dejarla sin efecto si hubo un error del aprehensor⁵⁸.

Este procedimiento solo puede realizarse dentro de ocho horas. En este punto, la regulación también ha sufrido sucesivas modificaciones. Inicialmente no podía durar más de cuatro horas. Más tarde se amplió el plazo a seis horas. El plazo máximo actual fue solicitado, durante la tramitación parlamentaria de la Ley N° 20.253, por Carabineros de Chile, en atención a dificultades técnicas del Servicio de Registro Civil e Identificación. Como se comprenderá, esta consideración resulta criticable, ya que se obliga a las personas a pagar los costos del mal funcionamiento de un servicio público, permitiendo mayores restricciones en su libertad ambulatoria⁵⁹.

En cualquier caso, se trata solo de un plazo de duración máxima. Por lo tanto, el control de identidad debe terminar si antes de su vencimiento se alcanza su objetivo (se acredita la identidad de la persona controlada) o éste se frustra (se configura un supuesto de procedencia de la detención).

La privación de libertad momentánea por control de identidad no se transforma automáticamente en detención, ya que ésta tiene sus propios supuestos de procedencia (flagrancia delictiva y orden judicial). Sin embargo, puede eventualmente llegar a convertirse en detención. Por ejemplo, si una vez efectuado el cotejo la policía se percató de que efectivamente la persona registra una orden de detención pendiente. Lo mismo sucedería si al registrarse las vestimentas de la persona, su equipaje o vehículo se le encontraran objetos cuya tenencia sea delictiva.

El control de identidad que se ejecuta sin respetar los supuestos o las formalidades que la ley prevé, constituye una afectación de garantías fundamentales, lo cual es controlable a través de distintas vías procesales, como, por ejemplo, el amparo especial ante el juez de garantía, que contempla el artículo 95 CPP, y la acción constitucional de amparo, que establece el artículo 21 CPR, entre otros mecanismos de protección. Además, el registro que en tales circunstancias se hubiera realizado debería ser considerado antijurídico, por lo que la flagrancia delictiva eventualmente detectada nunca debería haberse percibido, la detención a que hubiera dado lugar debería ser declarada ilegal y, muy probablemente, la evidencia constituirá prueba ilícita.

Durante la práctica de un control de identidad no resulta procedente realizar diligencias investigativas ni otras actuaciones que apunten a fines distintos de la identificación de la persona controlada, como, por ejemplo,

⁵⁸ SALAS ASTRAIN, Jaime, cit. (n. 51), pp. 190-191.

⁵⁹ RETTIG ESPINOZA, Mauricio, *Comentarios de cierre*, en *Extensión – Defensoría Penal Pública* 3 (2010), Seminario “Agenda corta antidelinuencia”, p. 51.

tomar declaración a esta última, exhibirla a la eventual víctima, etc. Este procedimiento sólo busca determinar frente a qué persona se está, por lo que son ilegales las diligencias o actuaciones policiales que se orientan a un objetivo diferente. Una interpretación distinta no podría ser aceptada, porque pugnaría con el artículo 83 CPR, el cual entrega al Ministerio Público, en forma exclusiva, la dirección de la investigación de los hechos delictivos; si se permitiera a la policía investigar en estas hipótesis, tal labor de indagación sería realizada en forma autónoma, sin la supervisión de un fiscal⁶⁰. La policía no puede ejercer en forma autónoma más facultades que las que expresamente le concede la ley. Por lo demás, así ha sido señalado por una relativamente reciente línea jurisprudencial de tribunales superiores, la que en forma explícita se ha inclinado por no permitir en el control de identidad la realización de diligencias que vayan más allá de la individualización de la persona controlada⁶¹.

En otro orden de ideas, existe un ámbito territorial en el que, durante un determinado tiempo, puede realizarse un control de identidad sin que se verifique ninguno de los supuestos de procedencia previstos en el artículo 85 CPP: el de los recintos deportivos y sus inmediaciones. Según el artículo 21 de la Ley N° 19.327, sobre derechos y deberes en espectáculos de fútbol profesional, de 31 de agosto de 1994, *“el personal de Carabineros de Chile podrá efectuar controles de identidad preventivos, con las facultades contempladas en el artículo 85 del Código Procesal Penal, en los recintos deportivos o sus inmediaciones, desde una hora antes de que se abran las puertas del establecimiento, durante la realización de un espectáculo de fútbol profesional y hasta tres horas después de su término”*.

Por otra parte, la Ley N° 20.931, en su artículo 12, establece lo que se ha denominado “control de identidad preventivo”, entregando a los funcionarios de Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile, *“en cumplimiento de las funciones de resguardo del orden y la seguridad pública”*, la facultad de *“verificar la identidad de cualquier persona mayor de 18 años en vías públicas, en otros lugares públicos y en lugares privados de acceso al público, por cualquier medio de identificación”*, procedimiento que *“deberá limitarse al tiempo estrictamente necesario para los fines antes señalados”* y que no *“podrá extenderse más allá de una hora”*. *“En caso de duda respecto de si la persona es mayor o menor de 18 años, se entenderá siempre que es menor de edad”*. Cuando *“no fuere posible verificar la identidad de la persona en el mismo lugar en que se encontrare, el funcionario policial deberá poner término*

⁶⁰ Así, MENESES PACHECO, Claudio, cit. (n. 44), p. 20.

⁶¹ En este sentido, véase, entre otras, las sentencias de la Corte Suprema, de 19 de octubre de 2010, dictada en causa rol N° 6305-2010, y de la Corte de Apelaciones de Concepción, de 22 de octubre de 2010, dictada en causa rol N° 497-2010.

de manera inmediata al procedimiento". "Si la persona se negare a acreditar su identidad, ocultare su verdadera identidad o proporcionare una identidad falsa, se sancionará según lo dispuesto en el número 5 del artículo 496 del Código Penal en relación con el artículo 134 del Código Procesal Penal". Si la persona controlada tiene alguna orden de detención pendiente, "la policía procederá a su detención". Al realizar este procedimiento, la policía debe "exhibir su placa y señalar su nombre, grado y dotación, respetando siempre la igualdad de trato y la no discriminación arbitraria", constituyendo una "falta administrativa ejercer las atribuciones señaladas en este artículo de manera abusiva o aplicando un trato denigrante a la persona" controlada. La policía debe "elaborar un procedimiento estandarizado de reclamo" para casos de ejercicio abusivo o denigratorio de esta facultad e informar trimestralmente al Ministerio del Interior y Seguridad Pública sobre la aplicación práctica de la misma.

Esta norma ha sido muy criticada, entre otras razones, por el riesgo de arbitrariedad en la selección de quienes son "escogidos" para ser sometidos a este control. A mi juicio, el denunciado peligro de aplicación discriminatoria de este "control de identidad preventivo" existe y se debe a que la norma no satisface una exigencia constitucional de cualquier privación o restricción de libertad. Según el artículo 19 N° 7 letra b) CPR, "*nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes*". Con este mínimo requisito de legitimidad de toda privación o restricción de libertad se pretende que sea la ley, como declaración de voluntad soberana, la que establezca, por un lado, los supuestos (casos) que habilitan para privar o restringir la libertad de una persona, y por otro, el modo (forma) en que ello puede tener lugar. De esta manera, se asegura que la afectación de un derecho fundamental tan importante como la libertad personal, sólo pueda tener lugar en las hipótesis que precise el órgano dotado de legitimidad democrática, y se minimiza el peligro de arbitrariedad, impidiendo que sea el aplicador de la normativa quien configure los supuestos de procedencia y las modalidades de las privaciones o restricciones de tal derecho.

El cumplimiento de esta exigencia constitucional es fácilmente constatable en las distintas medidas coercitivas que en un proceso penal puede adoptarse contra el imputado. Por ejemplo, para detenerlo, se necesita que se le sorprenda en delito flagrante (arts. 129 y 130 CPP), o bien, que se estime que si se le citara su comparecencia podría verse demorada o dificultada, o que no haya concurrido injustificadamente a una audiencia después de haber sido legalmente citado, entre otros supuestos de procedencia (casos; art. 127 CPP), debiendo en la segunda hipótesis dictarse una orden judicial y, en cualquier caso, ser puesto a disposición de la

autoridad judicial en un plazo máximo de veinticuatro horas (forma; art. 131 CPP). Lo mismo sucede con la prisión preventiva, para la cual se requiere que existan antecedentes del delito y de la participación que se atribuye al imputado, y de un peligro para el éxito de la investigación o para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o de un peligro de fuga (casos; art. 140 CPP), debiendo la medida ordenarse por resolución judicial fundada en tales antecedentes y ejecutarse en lugares separados de los destinados a los condenados (forma; art. 150 CPP). Otro tanto ocurre con el control de identidad del artículo 85 CPP; para su procedencia se requiere que se trate de casos fundados en que haya algún indicio de que una persona ha cometido o intentado cometer o se dispone a cometer un delito, o de que puede suministrar información útil para la indagación de un delito, o que alguien se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad, o que haya algún antecedente de que una persona tiene una orden de detención pendiente (casos), debiendo las policías solicitar la identificación de dichas personas, pudiendo, entre otras cosas, registrar sus vestimentas, equipajes o vehículos, trasladarlas a la unidad policial más cercana si no se ha podido acreditar su identidad y tomarles allí huellas digitales, sin que el procedimiento pueda durar más de ocho horas (forma).

Pues bien, nada de esto se observa en la norma que establece el nuevo “control de identidad preventivo”. Lo único que ésta hace es regular la forma en que puede restringirse la libertad de las personas mayores de edad sujetas a control (exigiendo la acreditación de su identidad por un plazo máximo de una hora), omitiendo toda referencia a los casos en que ello resulta procedente. Como ya lo dije, se ha criticado la disposición por la arbitrariedad con que puede ser aplicada, pero el verdadero problema que explica tal aprensión es previo: no establece hipótesis alguna, por lo cual es inconstitucional.

Más allá de los problemas de constitucionalidad que presenta la facultad de actuación autónoma de las policías examinada en este número, en particular el “control de identidad preventivo”, lo cierto es que, al igual que la relativa a la detención en hipótesis de flagrancia, se trata de una facultad especialmente sensible, cuya ampliación trae inevitablemente aparejado un incremento sustancial en el riesgo de vulneración de derechos fundamentales⁶². En este sentido, en relación con el control de identidad

⁶² Lo reconoce RAMOS PÉREZ, César, *Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del Código Procesal Penal*, en FUENTES MAUREIRA, Claudio (coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011), p. 581, al señalar, a propósito de las sucesivas reformas efectuadas al artículo 85 CPP, que “[e]sta verdadera ‘expansión’ del proce-

del artículo 85 CPP, las sucesivas adiciones de nuevos supuestos de procedencia, los repetidos aumentos de las facultades policiales durante la aplicación de este procedimiento y las reiteradas extensiones de su tiempo máximo de duración permiten conjeturar que ese riesgo está por alcanzar (o ya ha alcanzado) un nivel intolerable, dada la inminencia (o la actualidad) de una injerencia estatal en los derechos fundamentales excesiva o desproporcionada.

8. *Entrar en lugar cerrado y registrarlo*

Para determinar los requisitos de procedencia de esta diligencia por parte de la policía, es necesario distinguir según se trate de un lugar de libre acceso público o de un lugar cerrado:

Primero, si se trata de un lugar de libre acceso público: no hay restricción para practicar la diligencia (art. 204 CPP). Si, además, se encontrare abierto durante la noche, tampoco hay restricción en cuanto al horario en que la diligencia puede tener lugar (art. 207 CPP).

Segundo, si se trata de un lugar cerrado: la diligencia debe practicarse en el tiempo que media entre las seis y las veintidós horas, salvo en casos urgentes en los que su ejecución no admitiere demora (art. 207 CPP). Con todo, hay que distinguir nuevamente: i) primero, si se cuenta con el consentimiento del propietario o encargado del lugar, se podrá entrar en el mismo y proceder al registro, debiendo entregársele un certificado que acredite la realización de la diligencia, con individualización de los funcionarios que la practicaron y la persona que lo ordenó (art. 205 inc. 1º CPP); ii) segundo, si no se cuenta con el consentimiento del propietario o encargado, solo se puede practicar la diligencia previa autorización judicial que el fiscal deberá solicitar. La policía, mientras tanto, deberá evitar que el imputado se fugue del lugar (art. 205 inc. final CPP). La resolución judicial que autoriza la entrada y registro deberá notificarse al dueño o encargado del lugar, invitándolo a presenciar el acto, a menos que el juez autorice la omisión de estos trámites por ser de temer que pudieren frustrar el éxito de la diligencia (art. 212 CPP); acto seguido, se procederá a la entrada y registro. Si se opusiere resistencia al ingreso o nadie respondiere los llamados, se podrá emplear fuerza pública (art. 214 CPP).

Excepcionalmente, la policía puede entrar en un lugar cerrado y registrarlo, aun cuando no haya consentimiento del propietario o encargado

dimiento de control de identidad no resulta inocua para los derechos fundamentales”. También IRARRÁZABAL GONZÁLEZ, Paz, *Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*, en *Política Criminal* (2015), 19, p. 262.

del lugar y sin autorización u orden judicial, cuando llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se estuviere cometiendo un delito, o cuando existiere algún indicio de que se está procediendo a destruir objetos o documentos que puedan haber servido o haber estado destinados a la comisión de un delito o provinieran de él (art. 206 inc. 1º CPP)⁶³. Terminado este procedimiento, deberá darse aviso al fiscal de forma inmediata y levantarse un acta de la diligencia que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes; una copia de dicha acta se entregará al dueño o encargado del lugar (art. 206 inc. 2º CPP).

La formulación del último de los supuestos de procedencia de entrada y registro en lugar cerrado, sin consentimiento del propietario o encargado del lugar y sin autorización u orden judicial, que se acaba de señalar (indicio de destrucción de objetos o documentos), guarda similitud con lo previsto en los artículos 83 letra c) párrafo segundo y 187 inciso primero CPP, en los que se alude al deber de la policía de recoger, identificar y conservar bajo sello objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase, (1) que parecieren haber servido (o haber estado destinados) a la comisión del hecho investigado, (2) o los que de él provinieren (sus efectos), (3) o los que pudieren servir (ser utilizados) como medios de prueba. Sin embargo, la confrontación del artículo 206 inciso primero CPP con las recién citadas disposiciones demuestra que hay ciertas especies que, estando mencionadas en estas últimas, no lo están en aquél: los objetos o documentos que podrían ser usados como medios de prueba. Esta constatación obliga a sostener que cuando exista algún indicio de que en el interior de un lugar cerrado se está procediendo a la destrucción de objetos o documentos que, sin haber servido o haber estado destinados a la comisión del delito, ni provenir de éste, podrían ser utilizados como medios de prueba, la entrada y registro sin autorización u orden judicial y sin consentimiento del propietario o encargado, contemplada en el artículo 206 CPP, no resulta procedente.

En los casos de abigeato, la policía puede ingresar a los predios cuando haya indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho delito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos (art. 206 inc. 3º CPP).

La facultad autónoma de la policía para, en ciertos casos, ingresar en lugares cerrados y registrarlos, examinada en este número, supone una injerencia estatal en la privacidad de las personas o en la inviolabilidad de su hogar, por lo que es evidente que la ampliación de su radio de acción

⁶³ Este último supuesto fue incorporado por la Ley N° 20.931.

importa un aumento en el riesgo de afectación de derechos fundamentales. Sin embargo, no parece que el incremento que su ámbito de aplicación ha experimentado desde su formulación original haya alcanzado un nivel intolerable, ya que las hipótesis de ingreso y registro a un lugar cerrado sin autorización u orden judicial (y sin consentimiento del propietario o encargado del lugar), únicos casos de actuaciones verdaderamente autónomas en esta materia, siguen siendo muy excepcionales; en general, es el juez quien debe autorizar la diligencia, previa evaluación de su idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

9. *Incautar objetos y documentos*

Para determinar cómo se lleva adelante esta diligencia por la policía, se debe distinguir según si los objetos o documentos se encuentran en poder del imputado o de un tercero:

Primero, si los objetos o documentos se encuentran en poder del imputado: puede ocurrir que quiera entregarlos voluntariamente, caso en el cual se procede sin más. Si se niega a entregarlos o si el requerimiento de su entrega voluntaria puede poner en peligro el éxito de la investigación, la incautación sólo puede hacerse previa orden judicial (art. 217 inc. 1º CPP). Hacen excepción a la regla antedicha los casos de delito flagrante y de objetos o documentos que se encontraren en el sitio del suceso, pues en ellos la incautación cabe en forma inmediata, sin previa orden ni autorización judicial (arts. 83 letra b) y 187 inc. 2º CPP).

Segundo, si los objetos o documentos se encuentran en poder de un tercero: puede entregarlos voluntariamente. En caso contrario, se le puede apercibir para que los entregue, del mismo modo como puede apercibirse a un testigo para que declare ante el Ministerio Público, es decir, mediante arresto o multa (art. 217 inc. 2º CPP).

Según lo que prevé el artículo 215 CPP, tratándose de objetos o documentos encontrados en una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado ordenada judicialmente, que permitan sospechar la existencia de un delito distinto del que es objeto del proceso en el que se emitió la orden, podrán ser incautados por la policía, debiendo ésta dar aviso inmediato al fiscal, quien los conservará⁶⁴. Se trata de una disposición de muy dudosa

⁶⁴ Esta disposición fue modificada por la Ley N° 20.931. Su texto anterior a la reforma era el siguiente: “*Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado. Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado, podrán proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos serán conservados por el fiscal*”.

constitucionalidad, a la luz de lo previsto en el tercer inciso del artículo 83 CPR, conforme con el cual “las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”.

De todas maneras, fuera del reducido ámbito de aplicación de esta última disposición legal (“hallazgo casual” en el contexto de una entrada y registro en lugar cerrado ordenada judicialmente), otra incautación de especies encontradas en diligencias de entrada y registro (por ejemplo, en el contexto del artículo 206 CPP), en general, solo es procedente previa autorización judicial, de conformidad con lo establecido en el citado artículo 83 inciso tercero CPR y en los artículos 9° y 217 CPP⁶⁵.

En todo caso, existe un listado de objetos y documentos que no se pueden incautar, cuales son los siguientes: *i*) primero, las comunicaciones entre el imputado y quienes pueden abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o secreto; *ii*) segundo, las notas tomadas por las personas recién nombradas sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extienda la facultad de abstenerse de declarar y; *iii*) tercero, otros objetos o documentos a los cuales se extienda naturalmente la facultad de abstenerse de declarar (por ejemplo, resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado; art. 220 inc. 1° CPP).

Estas limitaciones solo rigen si las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encuentran en poder de las personas a quienes la ley les reconoce la facultad de no prestar declaración (art. 220 inc. 2° CPP).

Por último, existe la obligación de levantar un inventario y custodiar debidamente los objetos y documentos que se incauten (art. 221 CPP).

La incautación de objetos y documentos que, en ciertos casos, la policía puede autónomamente efectuar, según la facultad examinada en este número, comporta una afectación del derecho de propiedad que su titular ejerce sobre ellos, razón por la cual una ampliación de su ámbito de aplicación supone un correlativo incremento del riesgo de afectación de derechos fundamentales. No obstante, el aumento que ese riesgo ha experimentado con las modificaciones hechas al diseño legal original no permite aún sobrepasar el umbral de lo tolerable, ya que, en estricto rigor, excepción hecha del “hallazgo casual”, los únicos casos de incautación verdaderamente autónoma son los que se verifican en las hipótesis de delito flagrante y de objetos o documentos que se encuentran en el sitio del suceso, situaciones que ya he examinado más arriba, por lo que a lo

⁶⁵ En el mismo sentido, CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda Ley*, cit. (n. 22), p. 108.

dicho me remito. Y en cuanto al “hallazgo casual”, si bien es cierto que se ha eliminado la exigencia legal de autorización judicial para la incautación, con independencia de sus problemas de constitucionalidad, no parece que ello torne en irremediablemente desproporcionada la diligencia, toda vez que, a mi juicio, si la especie incautada es ofrecida por el fiscal como prueba de cargo en su acusación, en la audiencia de preparación del juicio oral el juez de garantía podría igualmente excluirla si estimara que su incorporación no satisface las exigencias de la proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso.

10. *Interrogar al imputado*

La policía solo puede interrogar autónomamente al imputado, es decir, sin orden o autorización del fiscal, cuando el defensor está presente. Si éste no se encuentra presente en el interrogatorio, las preguntas solo pueden dirigirse a constatar la identidad del sujeto (art. 91 inc. 1° CPP).

Si a pesar de no estar presente el defensor, el imputado desea declarar, puede hacerlo ante el fiscal. Y si esto no es posible, puede igualmente hacerlo ante la policía, previa autorización del fiscal (art. 91 inc. 2° CPP). En la práctica, esto último se conoce como “declaración ante la policía por delegación del fiscal”, a la cual cierta jurisprudencia ha otorgado el mismo valor que a las declaraciones hechas ante el fiscal, para efectos de la confrontación que en el contexto del juicio oral permite el artículo 332 CPP⁶⁶. Con independencia de que bien podría cuestionarse la corrección de esta última interpretación, lo relevante es que la eventual declaración autoincriminatoria del imputado prestada ante la policía, sin la presencia del defensor o, estando ausente éste, sin la autorización previa del fiscal, no debería ser considerada para efectos de fundar una condena⁶⁷.

Es evidente que la exigencia general de que esté presente el defensor para que la policía pueda interrogar autónomamente al imputado, busca proteger a este último de eventuales abusos que conduzcan a su involuntaria autoincriminación⁶⁸. Por algo en el Derecho comparado ha sido objeto de especial interés el limitar los interrogatorios policiales en ausencia del defensor⁶⁹. Una eventual ampliación del radio de acción de esta facultad

⁶⁶ En este sentido, entre otras sentencias, véase la de la Corte Suprema, de 14 de agosto de 2013, dictada en causa rol N° 4363-2013.

⁶⁷ Así, entre otras sentencias, véase la de la Corte Suprema, de 23 de diciembre de 2009, en causa rol N° 6934-2009.

⁶⁸ Lo sugiere AGUILAR ARANELA, Cristian, *Manual*, cit. (n.1), I, pp. 148-149.

⁶⁹ Este interés experimentó una notable proyección a raíz del caso Miranda versus Arizona, conocido por la Corte Suprema norteamericana en 1966. Véase PIZZI, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadou-*

autónoma de la policía, cuya regulación en el Código Procesal Penal conserva su formato original, supondría un correlativo aumento del riesgo de afectación de derechos fundamentales. Su actual estatuto normativo parece mantener ese riesgo dentro de lo tolerable, al asignar a los interrogatorios autónomos de la policía un carácter excepcional. Sería, en todo caso, deseable que la ley dispusiera que para que tenga lugar un interrogatorio policial al imputado en ausencia de su defensor, se realizaran previamente diligencias destinadas a comunicar a este último el hecho de que el imputado desea declarar, de un modo similar a la comunicación al defensor que el fiscal que ordena poner a un detenido a disposición del juez debe efectuar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 131 inciso tercero CPP.

IV. CONCLUSIÓN

El examen hasta aquí efectuado demuestra que, a pesar de que la decisión recogida en el texto original del CPP fue la de permitir en forma muy restrictiva el ejercicio de facultades autónomas de la policía, varias modificaciones legales posteriores han aumentado paulatinamente su ámbito de aplicación, incrementando el riesgo de vulneración de derechos fundamentales.

Sin embargo, no resulta posible formular un juicio crítico único para todas las facultades de actuación autónoma de la policía. Algunas conservan su diseño original, por lo que a su respecto el riesgo de afectación de derechos fundamentales no ha aumentado. Es esto lo que sucede, por ejemplo, con las facultades de prestar auxilio a la víctima, de recibir denuncias y de interrogar al imputado. Otras han visto efectivamente ensanchado su radio de acción, pero tal ampliación no ha supuesto un incremento de dicho riesgo que sobrepase el umbral de lo tolerable. Verbigracia, es esto lo que ha sucedido con las facultades de resguardar el sitio del suceso, de entrar en lugar cerrado y registrarlo, y de incautar objetos y documentos, con independencia de los problemas de constitucionalidad que cada una de ellas presenta. Y otras han experimentado varias ampliaciones que las han llevado, en algunos casos, a acercarse peligrosamente al mencionado límite y, en otros, a sobrepasarlo. Ejemplos paradigmáticos de estas últimas facultades autónomas de la policía son la de detener sin orden judicial y la de practicar un control de identidad. La adición de nuevos supuestos de procedencia de ambas facultades, la creación del denominado “control de

nidense (traducción de Carlos Fidalgo Gallardo, Madrid, Tecnos, 2004), pp. 81-82. Este caso constituye, probablemente, la sentencia más conocida del máximo tribunal estadounidense. Lo reconoce ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El derecho a no incriminarse* (Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 2015), p. 49.

identidad preventivo” y, en específica relación con el control de identidad del artículo 85 CPP, los reiterados aumentos de las atribuciones policiales durante su práctica y las repetidas extensiones de su tiempo máximo de duración permiten atribuir a la intervención estatal un carácter derechamente lesivo de derechos fundamentales por vulnerar la proporcionalidad en sentido amplio o prohibición de exceso.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Medidas cautelares personales y reales en el proceso penal* (Santiago, Librotecnia, 2014).
- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Penas sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de la Ley N° 18.216 (Ley 20.603)* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2013).
- AGUILAR ARANELA, Cristian, *Manual de Derecho Procesal Penal Oral* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2004), I.
- AMBOS, Kai, *Control de la policía por el fiscal versus dominio policial de la instrucción*, en EL MISMO, *Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal. Aspectos del Derecho alemán y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- BERRÍOS DÍAZ, Gonzalo, *El examen de discernimiento en el nuevo proceso penal*, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia* 2-3 (2002).
- BINDER, Alberto M., *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Ad Hoc, 2014), II.
- BLANCO SUAÉZ, Rafael *et alii*, *Litigación estratégica en el nuevo proceso penal* (Santiago, Lexis Nexis, 2005).
- CAROCCA PÉREZ, Álex, *Manual el nuevo sistema procesal penal chileno* (4ª edición, Santiago, Legal Publishing, 2008).
- CASTRO JOFRÉ, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal* (Santiago, Libromar, 2017).
- CERDA SAN MARTÍN, Mónica, *Medidas cautelares y medios de coerción en el subsistema penal especializado para adolescentes. Distinción, utilización y controles jurídicos*, en *Revista de la Justicia Penal* 2 (2008).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Segunda Ley de Agenda Corta Antidelincuencia. Comentarios desde la práctica jurisdiccional* (Santiago, Librotecnia, 2016).
- CERDA SAN MARTÍN, Rodrigo, *Manual del sistema de justicia penal* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2010), I.
- CHAHUÁN SARRÁS, Sabas, *Manual del nuevo procedimiento penal* (7ª edición, Santiago, Abeledo Perrot – Legal Publishing – Thomson Reuters, 2012).
- CISTERNA PINO, Adolfo, *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal* (Santiago, Librotecnia, 2004).
- DUCE JULIO, Mauricio / RIEGO RAMÍREZ, Cristián, *Proceso Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007).
- DURÁN FUICA, Rodrigo, *Medidas cautelares personales en el proceso penal* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2011).
- FALCONE SALAS, Diego, *Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno*, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 38 (2012).
- GÓMEZ COLOMER, Juan-Luis *et alii*, *Introducción al proceso penal federal de los Estados Unidos de Norteamérica* (Valencia, Tirant lo Blanch, 2013).

- HORVITZ LENNON, María Inés, en HORVITZ LENNON, María Inés – López Masle, Julián, *Derecho Procesal Penal Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002), I.
- HORVITZ LENNON, María Inés, *Relaciones Policía – Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y propuestas*, en VV.AA., *Seminario Los desafíos en las relaciones Policía – Ministerio Público* (Santiago, Centro de Desarrollo Jurídico Judicial, 1999).
- IRARRÁZABAL GONZÁLEZ, Paz, *Igualdad en las calles en Chile: el caso del control de identidad*, en *Política Criminal* 19 (2015).
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal* (Buenos Aires, Editores del Puerto, 2013), II.
- MATURANA MIQUEL, Cristián – MONTERO LÓPEZ, Raúl, *Derecho Procesal Penal* (3ª edición, Santiago, Librotecnia, 2017), I.
- MENESES PACHECO, Claudio, *Control de identidad y detención en caso de flagrancia*, en *Extensión – Defensoría Penal Pública* 3 (2010), Seminario “Agenda corta antidelincuencia”.
- NAVARRO DOLMESTCH, Roberto, *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público. Análisis dogmático y compendio* (Santiago, Librotecnia, 2017).
- NÚÑEZ OJEDA, Raúl, *Código Procesal Penal* (Santiago, Legal Publishing – Thomson Reuters, 2014).
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, Guillermo, *El derecho a no inculparse* (Madrid, Civitas – Thomson Reuters, 2015).
- OTERO LATHROP, Miguel, *La policía frente al Código Procesal Penal* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008).
- PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo, *Ley 20.253. Agenda corta antidelincuencia* (Santiago, Legis, 2008).
- PIZZI, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense* (traducción de Carlos Fidalgo Gallardo, Madrid, Tecnos, 2004).
- RABI GONZÁLEZ, Roberto, *¿Qué rol y justificación tiene el control de identidad de una persona en nuestro sistema procesal penal considerando el actual texto del artículo 85 del Código Procesal Penal?*, en *Revista de Estudios de la Justicia* 13 (2010).
- RAMOS PÉREZ, César, *Control de identidad. Bases para una aplicación diferenciada del artículo 85 del Código Procesal Penal*, en FUENTES MAUREIRA, Claudio (coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio, *Comentarios de cierre*, en *Extensión – Defensoría Penal Pública* 3 (2010), Seminario “Agenda corta antidelincuencia”.
- ROMERO MUZA, Rubén, *Control de identidad y detención. Doctrina y Jurisprudencia* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2007).
- ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal* (traducción de la 25ª edición alemana de Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, revisada por Julio Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000).
- SALAS ASTRAIN, Jaime, *Problemas del proceso penal. Investigación, etapa intermedia y procedimientos especiales* (2ª edición, Santiago, Librotecnia, 2015).
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Sergio, *Para entender la agenda corta antidelincuencia. Ley 20.931* (Santiago, Editorial Metropolitana, 2016).
- TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, *Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005).
- VITAR CÁCERES, Jorge, *La detención por flagrancia y la modificación de la Ley 20.253*, en FUENTES MAUREIRA, Claudio (coord.), *Diez años de la reforma procesal penal en Chile* (Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, 2011).