



Minuta sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código Procesal Penal con el fin de Reforzar la Protección de las Víctimas, Mejorar la Función que Desempeña el Ministerio Público y Fortalecer la Acción Policial y la Operatividad del Sistema de Justicia Penal, o Proyecto de Ley de “Reforma a la Reforma Procesal Penal”¹ Boletín N° 8810-07

Minuta aprobada por el Consejo del Instituto Nacional de Derechos Humanos el 12 de agosto de 2013 – Sesión 167

I. Aproximación al proyecto de ley: objetivos y contenidos

De acuerdo al Mensaje del Presidente de la República, las modificaciones legales que se anuncian en el presente proyecto tienen distintos propósitos. Por un lado, apuntan a clarificar el sentido de ciertas normas cuya aplicación ha sido variable y con ello evitar interpretaciones disímiles en el futuro. Por el otro, se busca también perfeccionar algunas disposiciones para facilitar el funcionamiento del sistema de justicia penal en general.

El proyecto analizado se fundamenta a partir del trabajo de la Comisión Asesora Presidencial², que en conjunto con la cartera de Justicia identificaron los principales problemas del sistema procesal penal. Como resultado del trabajo de la comisión, se elaboró el “Informe para el perfeccionamiento del Sistema de Justicia Penal” (8 de Noviembre 2008) el cual fue puesto en conocimiento y a disposición de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal³. Ambas comisiones procedieron en conjunto a analizar las propuestas en una mesa de trabajo creada al efecto. La síntesis del trabajo del Ministerio de Justicia y de ambas comisiones se encuadró principalmente en tres áreas: a) coordinación entre los actores del sistema penal; b) capacitación y formación de los mismos, y c) modificaciones legislativas.

¹ Proyecto de ley ingresado con fecha 4 de marzo de 2013 al Senado, encontrándose en primer trámite constitucional.

² La referida Comisión estuvo integrada por el Honorable Senador Alberto Espina; el Honorable Diputado Edmundo Eluchans; el profesor José Francisco García, Coordinador de Políticas Públicas del Instituto Libertad y Desarrollo; doña Javiera Blanco, Directora de la Fundación Paz Ciudadana; los profesores Juan Domingo Acosta, Cristián Maturana Miquel y Raúl Tavorari Oliveros; los profesores Julián López Masle y Jorge Bofill Genzsch, ambos Consejeros del Colegio de Abogados, junto al Ministro de Justicia, la Subsecretaria de Justicia -actual Ministra- y el equipo técnico de dicha Secretaría de Estado.

³ Comisión Permanente de Coordinación del Sistema de Justicia Penal, creada por la Ley N° 20.534, conformada por el Presidente de la Corte Suprema, el Fiscal Nacional del Ministerio Público, el Defensor Nacional de la Defensoría Penal Pública, el General Director de Carabineros, el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile, el Presidente del Colegio de Abogados, el Ministro de Justicia y el Subsecretario de Justicia.

Por su parte, para el análisis y estudio de las propuestas, el presente proyecto clasificó las modificaciones en cuatro ejes, con sus respectivos contenidos:

- i) Medidas para aumentar la protección y participación de las víctimas.**
 - a. Aumento del control de la víctima y querellante respecto de las actuaciones del Ministerio Público.
 - b. Fortalecimiento del control administrativo del Ministerio Público.
 - c. Inclusión expresa del patrimonio de la víctima como objeto de protección.

- ii) Medidas para mejorar la persecución penal que realiza el Ministerio Público.**
 - a. Ampliación del catálogo de las medidas cautelares personales.
 - b. Ampliación de la competencia del juez de garantía para conocer del control de detención.

- iii) Medidas para fortalecer el trabajo policial.**
 - a. Orden de entrada y registro.
 - b. Establecimiento de estándares legales para el reconocimiento de imputados.

- iv) Medidas para mejorar el perfeccionamiento del sistema en su conjunto.**
 - a. Ampliación de las causales para apelar del auto de apertura.
 - b. Inclusión del manejo bajo sustancias psicotrópicas en revisión del Fiscal Regional.

Finalmente, la iniciativa legal consta de cinco artículos. En el primero, se introducen modificaciones al Código Procesal Penal; en el segundo, se modifica la Ley 19.640 (LOC Ministerio Público); en el tercero, se incorpora un nuevo artículo 172 en el Código Orgánico de Tribunales; a través del cuarto se establece la obligación de emitir por ciertas instituciones un diagnóstico de la gestión institucional y una propuesta conjunta de metas e indicadores comunes; por último, el quinto establece la obligación de un plan anual de capacitación interinstitucional por parte de la Comisión Permanente de Coordinación del Sistema Penal.

II. Aspectos positivos del proyecto

El proyecto en referencia contiene aspectos valorables y positivos que conviene destacar. Entre ellos, sobresalen las medidas tendientes a aumentar la protección y participación de las víctimas en el proceso penal. Efectivamente, las medidas que se contemplan en el proyecto a favor de las víctimas se encuentran en plena concordancia con el tratamiento de

interviniente que le asigna la ley⁴. Asimismo, la consideración anterior sintoniza con lo preceptuado por los tratados internacionales de derechos humanos en lo concerniente al acceso a la justicia de todas las partes de un proceso. En el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos se contemplan las garantías judiciales, respecto de las cuales la Corte IDH ha configurado el derecho de acceso a la justicia, entendiendo que “*las garantías consagradas en este artículo sólo pueden desenvolver su fin protector si antes se garantiza, en igualdad de condiciones, el acceso de las personas a los tribunales o cualquier otro órganos que ejerza jurisdicción*”⁵.

En este eje de protección de los derechos de las víctimas, se proponen mayores estándares en las exigencias al Ministerio Público tanto para el archivo provisional como para la decisión de no perseverar en el procedimiento. Positiva también resulta la propuesta que faculta a la víctima para reclamar administrativamente ante la autoridad del Ministerio Público, en los casos en que el fiscal arbitrariamente no formalice una investigación.

También entre el conjunto de medidas en favor de las víctimas, se establece la inclusión expresa del patrimonio de la víctima como objeto de protección. Al efecto, se propone el deber del juez de adoptar medidas de protección patrimonial a favor de la víctima en cualquier etapa del procedimiento, incluso con anterioridad a la formalización.

Un segundo tipo de modificaciones valorables desde la perspectiva del INDH es la propuesta de enmienda del artículo 155 del CPP, que contempla la incorporación de una nueva medida cautelar personal. En este caso, se propone aumentar el catálogo de medidas con las que cuenta el/la juez/a para estos casos, consagrando la retención de licencia de conducir como una más de ellas. Esta iniciativa se corresponde con el sentido y naturaleza de este tipo de cautelares, que son siempre instrumentales y subordinadas al éxito de la investigación, entregando con ello al juez/a la posibilidad de aplicar medidas más oportunas y proporcionadas a la clase de delitos que se trate. Con ello, se podrá aplicar medidas de menor intensidad a delitos de menor gravedad.

Lo anterior es concordante con lo preceptuado por la Jurisprudencia de la Corte IDH, la cual afirma que las medidas cautelares que limitan o restringen el derecho a la libertad personal deben ser siempre excepcionales y proporcionales a la naturaleza y magnitud de la infracción imputada. Por lo tanto, cualquier medida que se establezca debe ser la menos lesiva según las circunstancias y, en todo caso, se debe reservar la aplicación de las más intensas (prisión preventiva) a aquellos casos graves en que así sea necesario y proporcionado⁶.

⁴ Artículo 12.- *Intervinientes*. Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

⁵ Corte IDH. Caso Cantos vs. Argentina. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2002. Serie C N° 97, párr. 50.

⁶ Corte IDH. Caso Instituto de Reeducción del Menor. Sentencia de 2 de Septiembre de 2004. Serie C N° 112.

Por último, con la propuesta de agregar un nuevo artículo 196 bis se regula por primera vez la diligencia investigativa de reconocimiento presencial o fotográfico del/a imputado/a. Para lo anterior, se consagran una serie de condiciones tendientes a asegurar que no se induzca indebidamente a la víctima o testigo al reconocimiento de una persona determinada.

Esta cuestión ha sido fuente de numerosos errores en la práctica, cuyas consecuencias en muchos casos han implicado la afectación de derechos fundamentales puesto que implica que personas que no han tenido responsabilidad penal en un hecho ilícito han terminado en prisión preventiva o con largas condenas a penas privativas de libertad. Por lo tanto, el establecimiento de estándares legales para el reconocimiento de imputados/as viene en contribuir a mayor certeza y garantía en este tipo de diligencias.

Entre las reglas que se pretenden incorporar destacan aquellas que exigen mayor rigurosidad en la descripción de los/as sospechosos/as, en la constancia de los registros, así como también la prohibición de participar en el procedimiento de reconocimiento a los/as mismos/as funcionarios/as policiales que realizaron los registros. Por último, en cuanto a los reconocimientos fotográficos se precisa expresamente la forma en qué deben confeccionar los set, la ubicación del imputado/a en cada una de ellas, entre otras.

Por lo tanto, la propuesta de incorporar nuevas y mejores medidas a los reconocimientos policiales viene sin duda a dotar de mayores garantías a quienes se le aplique este tipo de diligencias investigativas, fortaleciendo el debido proceso legal en el sentido sugerido por el DIDH, toda vez que se refuerza el derecho de toda persona a ser juzgada con las debidas garantías, por un tribunal independiente en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra⁷.

III. Aspectos de preocupación: disposiciones del proyecto que merecen especial atención desde la perspectiva del cumplimiento de los estándares del derecho a la libertad personal y del debido proceso

El artículo primero del proyecto se ocupa de las modificaciones al Código Procesal Penal. La mayoría de las propuestas son de carácter orgánico en relación al procedimiento penal propiamente tal, las que sin duda mejoran aspectos relacionados con la competencia civil de los/las jueces/juezas en el procedimiento, el acceso a registros por parte de terceros y la ampliación de competencia de los/las jueces/juezas de garantía para efectos de controles de detención, entre otras.

III.1. Primer aspecto de preocupación: la propuesta de modificación del artículo 89 del CPP

En primer lugar preocupa la propuesta de modificación del artículo 89 del Código Procesal Penal⁸, en cuanto -en lo que dice relación con el examen de vestimentas, equipaje o

⁷ Corte IDH. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C N° 30. Párrafo 74.

⁸ Artículo 89.- *Examen de vestimentas, equipaje o vehículos. Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación.*

vehículos- se propone facultar a las policías para proceder al examen del equipaje o del vehículo que portare y condujere el/la detenido/a, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación. Asimismo, se propone que respecto de sus vestimentas el examen podrá practicarse por “razones de seguridad”.

Esta modificación es muy poco aconsejable puesto que otorga una facultad discrecional a la policía sin establecer un criterio o control de la misma, además de emplear una terminología equívoca cuyo sentido literal posible es muy amplio, utilizando una expresión ambigua y confusa, ajenas en todo caso a la gramática empleada por el mismo Código, la Constitución Política de la República (CPR) y los tratados internacionales de derechos humanos que existen sobre la materia.

La modificación comentada se encuentra en estricta relación -y posible afectación- con el derecho a la libertad personal. Particularmente alude a las circunstancias y estatuto jurídico sobre los aspectos que inciden en cualquier detención. En seguida se analizará esta propuesta de modificación legal, abordando primero los estándares internacionales sobre la materia para luego analizar la modificación propiamente tal.

III.1.1 La protección del derecho a la libertad personal en los estándares consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El derecho a la libertad personal constituye un eje fundamental en la protección de los derechos civiles y políticos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En efecto, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)⁹ lo consagra expresamente al afirmar que todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales.¹⁰ Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)¹¹, dispone en cuanto al derecho a la libertad personal, en su artículo 1° que toda persona tiene

⁹ Promulgado por Decreto N° 778 (Diario Oficial de 29 de abril de 1989).

¹⁰ Artículo 9 PIDCP “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a las seguridades personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta. 2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella. 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. 4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal. 5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”.

¹¹ Promulgada por Decreto N° 873 (Diario Oficial de 5 de enero de 1991).

derecho a la libertad y seguridad personal y que las causas que la limiten deben estar fijadas de antemano por la Constitución y las leyes¹².

En ambos casos, el derecho protegido alude a la libertad en sentido amplio¹³, de manera que cualquier privación o restricción de la libertad personal entendida como libertad ambulatoria o de residencia se encontrará dentro del ámbito de protección del derecho. Efectivamente, por ejemplo, el artículo 9 del PIDCP ha sido interpretado por el Comité de Derechos Humanos en el sentido que la disposición es proteger toda privación o restricción de libertad, ya sea como consecuencia de un delito o de otras razones, como por ejemplo las enfermedades mentales, la vagancia, la toxicomanía, las finalidades docentes, el control de inmigración entre otras¹⁴.

Asimismo, la posibilidad de restricción del derecho a la libertad personal exige la concurrencia de distintos requisitos. En primer lugar, cualquier privación de la libertad física tiene como primer requisito su legalidad. Lo anterior implica la existencia de normas legales que regulen en cada Estado, desde las causales que justifican la afectación hasta el procedimiento para llevarlo a cabo. Al respecto, la Corte IDH ha señalado, en relación al artículo 7 de la CADH, que este tiene una doble dimensión, una formal y otra material, declarando que *“el aspecto material significa que nadie puede verse privado de libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley”* y en cuanto al aspecto formal *“se refiere a que esta privación sólo puede llevarse a cabo con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma”*¹⁵.

El segundo requisito para la restricción de este derecho, dice relación a que, junto a la legalidad, es necesaria la exigencia de ausencia de arbitrariedad, la cual debe estar presente tanto en el aspecto material como formal antes referido, es decir, tanto en la normativa

¹² Artículo 1 CADH *“1.Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constitucionales Políticas de los Estados partes o por las leyes dictados conforme a ellas. 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ellas. 5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. 6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona. 7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.”*

¹³ MEDINA, Cecilia, *“La Convención Americana: Teoría y Jurisprudencia”*, Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile, Santiago, 2003, pág. 211 y siguientes.

¹⁴ MEDINA, *ob. cit.*, pág. 212.

¹⁵ Caso Gangaram Panday, de 4 de diciembre de 1991, párr. 47; caso Bámaca Velásquez, párr. 139, 22 de Febrero de 2002; caso Duran y Ugarte, párr. 85,16 de Agosto de 2000, entre otros.

como en la práctica de los funcionarios que la aplican. El Comité de Derechos Humanos, en el caso Van Alphen c. Holanda, estimó que *“la detención que sigue a un arresto legal debe ser razonable y necesario en todas las circunstancias, condición que no se daba en el caso, por lo cual declaró que Holanda había violado el artículo 9 del Pacto Internacional”*¹⁶.

En el sistema interamericano, por su parte, existe una tercera limitación en cuanto a que sólo se permiten restricciones *“necesarias en una sociedad democrática”*. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento. Sin embargo, su aplicación como un límite a las restricciones de cada uno de los derechos de la Convención se puede deducir del contexto mismo de la Convención, especialmente a la luz de su objeto y propósito¹⁷.

La jurisprudencia de la Corte IDH, ha recogido claramente este último requisito y cita expresamente la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, afirmando en el caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, que *“(…) el término arbitrario no es sinónimo de ilegal y (...) denota un concepto amplio. Una detención acorde con la ley puede ser arbitraria. Según el Comité la detención es arbitraria cuando a) se efectúa por motivos o conforme a procedimientos distintos a los prescritos por la ley; b) confirme a una ley cuya finalidad fundamental sea incompatible con el respeto del derecho del individuo a la libertad y seguridad”*¹⁸.

Reafirmando lo anterior, también la Corte IDH ha sostenido que *“una detención es arbitraria e ilegal cuando es practicada al margen de los motivos y formalidades que establece la ley, cuando se ejecuta sin observar las normas exigidas por la ley y cuando se ha incurrido en desviación de las facultades de detención, es decir, cuando se practica para fines distintos a los previstos y requeridos por la ley”*¹⁹.

En cuanto a las finalidades por las cuales se puede proceder a limitar el derecho a la libertad personal, cualquiera sea la forma que adopte dicha limitación -arresto, detención, prisión preventiva-, tanto la jurisprudencia de la CIDH como la del Comité de Derechos, reconocen que la prevención de la fuga, la prevención de la alteración de pruebas y la prevención de la reincidencia como fines legítimos de la detención²⁰.

Por lo tanto, la detención como afectación al derecho de la libertad personal es admisible sólo en cuanto cumpla estrictamente con los requisitos para ello definidos. De nuestro ordenamiento interno, se puede desprender que los presupuestos definidos para ellos son a) la legalidad; b) su finalidad y c) la proporcionalidad²¹.

¹⁶ CDH, caso Van Alphen c. Holanda, N° 305/1988.

¹⁷ MEDINA, *ob. cit.*, pág. 267.

¹⁸ CIDH, caso Lizardo Cabrera c. R. Dominicana, párr. 68., de fecha 19 de Febrero de 1998.

¹⁹ CIDH, caso Castillo Pezo c. Perú, párr. 102, de fecha 30 de Mayo de 1999.

²⁰ CIDH, caso Giménez c. Argentina, párr. 84, de fecha 1 de Marzo de 1996.

²¹ FALCONE SALAS, Diego, “Concepto y Sistematización de la Detención Ilegal en el Proceso Penal Chileno”, Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 2012, N° XXXVIII, Primer Semestre, Párr. 433-495.

En efecto, en primer lugar y en el mismo sentido de los estándares internacionales, el artículo 19 N°7 CPR dispone en su letra b) que “*nadie puede ser privado de libertad ni esta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las Leyes*”. En cuanto a la finalidad, la cual se identifica con los fines del procedimiento, en la carta fundamental se afirma en el N°7 e) del mismo artículo “*que la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla*”; lo anterior se complementa con la letra c) de la norma en referencia que agrega que “*sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delitos flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las 24 horas siguientes*”.

En lo que concierne a la proporcionalidad, en cuanto a la relación existente entre una medida de la autoridad y la finalidad perseguida por la misma, se ha entendido que se encuentra integrada fundamentalmente por tres aspectos: *a. la idoneidad*, que dice relación que el medio empleado sea apto o apropiado para el acto; *b. la necesidad*, consistente en que el medio empleado sea, dentro de otros igualmente eficaces, el menos gravoso; *c. la proporcionalidad en sentido estricto*, que busca establecer, en concreto, si el grado en que se afecta un derecho fundamental se encuentra justificado por el fin perseguido²².

De esta manera, resumiendo, la detención -como forma de restringir el derecho a la libertad personal- se encuentra expresamente regulada tanto en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como en el ordenamiento jurídico interno. Lo anterior implica la existencia de normas legales tanto de las causas por las que procede, como en la forma del procedimiento en que se realizan. Según lo visto, toda detención sólo es admisible en cuanto cumpla con los presupuestos de legalidad, finalidad y proporcionalidad.

III.1.2. La propuesta de modificación del artículo 89 del CPP

En el caso de la modificación propuesta al referido artículo, la iniciativa cuestionada, es decir, la procedencia del registro de vestimentas y vehículos de los detenidos por “*razones de seguridad*”, no se encuentra dentro de las finalidades permitidas antes vistas para la justificar la restricción del derecho a la libertad personal.

Efectivamente, tal como se señaló, cualquier afectación que incida en la detención o en sus circunstancias debe estar siempre justificada y subordinada a los fines del procedimiento, hecho que no ocurre con la finalidad que incorpora la modificación, es decir, las “*razones de seguridad*”, expresión que carece de cualquier propósito previamente establecido, como lo son aquellos funcionales a la investigación, a la protección de la víctima o de la sociedad, en los términos de la exigencia constitucional y en los estándares internacionales mencionados. En efecto, tal como lo señala la Corte IDH, las finalidades por las cuales procede la restricción del derecho, además de estar contenidas en la ley, deben ser compatibles con los derechos consagrados en la CADH, en cuanto al reconocimiento de los

²² FALCONE, *ob. cit.*, pág. 435.

finés legítimos para estos efectos ya que cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria²³.

Asimismo, la redacción de esta propuesta es contraria al sentido de la naturaleza de las medidas cautelares personales. En efecto, ellas por definición son de carácter excepcional, lo cual implica que su aplicación e interpretación deben ser siempre en forma restrictiva, puesto que deriva en la afectación de un derecho²⁴. Lo anterior se complica en el caso de la expresión que se ha escogido, dado que “*las razones de seguridad*” constituyen una expresión desconocida en el sistema procesal penal, cuyo sentido y alcance se dificulta entorpeciendo la labor de los jueces y facilitando facultades discrecionales que pueden devengar en abusos y arbitrariedades²⁵.

En el actual artículo 89, la cuestión no presenta dificultades, ya que se faculta el registro del detenido, *siempre y sólo cuando* existieren indicios que permitieren estimar que el detenido oculta objetos importantes para la investigación. En este supuesto, la finalidad de la medida intrusiva en contra del detenido es absolutamente legítima por cuanto ella está identificada con los fines de la investigación, cuestión que resulta imprescindible toda vez que, atendida la excepcionalidad de la medida, ella estará siempre subordinada instrumentalmente a ello. Lo anterior además es concordante con lo preceptuado en la letra e) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución, el cual dispone que “*la libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para la investigación o para la seguridad del ofendido o de la sociedad*”²⁶.

III.1.3 Indicación formulada durante la discusión en general del proyecto en relación a la propuesta de modificación del artículo 89 del CPP²⁷

²³ Corte IDH Caso Chaparro Alvarez y Lapo Iñiguez. Sentencia de 21 de Noviembre de 2007. Serie C N° 170.

²⁴ Ver Supra cita 6, Corte IDH. Caso Instituto de Reeducación del Menor. Sentencia de 2 de Septiembre de 2004. Serie C N° 112.

²⁵ Reafirma lo sostenido anteriormente, sobre los cuestionamientos a la modificación del artículo 89, el informe al proyecto de la Corte Suprema, la cual afirma que su existencia es contraria al sentido de las medidas intrusivas que contempla el procedimiento penal actual, puesto que todas ellas están enfocadas al servicio de la investigación, y en el caso comentado, no se advierte dicha funcionalidad. Asimismo, el Máximo Tribunal²⁵ agrega que “*las razones de seguridad carecen de sentido jurídico procesal*”, refiriendo también lo peligroso de agregar una facultad que “*puede ser usada de manera permanente y arbitraria, puesto que siempre se justificaría por una razón que apreciaría discrecionalmente la policía*” (Oficio N°36-2013, que informa proyecto de ley 5-2013).

²⁶ En el artículo 140 del Código procesal penal, el legislador, a propósito de los requisitos para la procedencia de la prisión preventiva, se entrega una conceptualización respecto de cuándo se debe entender que existe peligro para la sociedad o la víctima “se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena.

²⁷ Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley. Boletín 8810-07 de fecha 21/06/2013.

Entre las indicaciones formuladas al proyecto en su discusión en general, en relación a la propuesta de reforma del artículo 89 del CPP, el H. Senador Horvath, propuso reemplazarlo por el siguiente texto:

“Artículo 89.- Examen de vestimentas, equipajes o vehículos. Se podrá practicar el examen del equipaje que portare o del vehículo que condujere el detenido, cuando existieren indicios graves de que oculta en ellos objetos importantes para la investigación de un delito. Asimismo, podrá practicarse dicho examen respecto de sus vestimentas, cuando existan **indicios serios de que existe un peligro concreto e inminente para la seguridad de la comunidad**”²⁸.

Como se puede apreciar, la referida indicación modifica la inicial propuesta más arriba analizada, la cual permitía el referido examen de vestimentas aludiendo a “razones de seguridad”. Sin embargo, la indicación referida no cumple con los requisitos antes analizados²⁹. En efecto, como ya se dijo, siempre y en todo caso cualquier afectación que incida en la detención o en sus circunstancias debe estar siempre justificada y subordinada a los fines del procedimiento.

Por otra parte, la nueva redacción que se propone con la mencionada indicación establece una hipótesis legal excesivamente amplia, dando lugar a la creación de una facultad discrecional entregada a los funcionarios policiales, que podría prestarse a usos no adecuados.

Distinto, es el caso de la situación prevista en la letra c) del artículo 140 del CPP, el cual establece los requisitos de procedencia de la prisión preventiva. Aquí se da cuenta que en determinados casos y reuniendo los demás requisitos legales, es legítimo imponerla cuando la libertad del imputado constituya un peligro para la sociedad³⁰. No obstante, los criterios para determinar en forma clara y precisa en qué caso se debe entender que la libertad de

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Ver Supra, III.1 y II.1.2 (páginas 5 y ss.)

³⁰ Artículo 140 letra c) “*que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes. Se entenderá especialmente que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente. Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla. Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley” (lo destacado es nuestro).*

una persona es un peligro para la sociedad, se encuentran rigurosamente establecidos. Lo anterior no ocurre en el caso de la indicación.

III.2. Segundo aspecto de preocupación: la propuesta de reforma del artículo 277 del CPP

También despierta reparos y constituye el segundo punto de preocupación del proyecto, la propuesta de reforma del artículo 277 del CPP. Mediante esta se permite al Ministerio Público apelar de la resolución de exclusión de prueba decretada por el juez de Garantía para todos los casos contemplados en el artículo 276. La cuestión sobre este punto radica fundamentalmente, y más allá de la extensión de los casos por lo que el Ministerio Público puede apelar, en la imposibilidad de los demás intervinientes de ejercer este mismo derecho, distinción que, como se afirmará, es injustificada. Es más coherente con los estándares internacionales, constitucionales y legales que informan el debido proceso en materia penal, que exista igualdad de armas y que todas las partes involucradas puedan apelar de las resoluciones señaladas.

III.2.1. Estándares internacionales sobre acceso a la justicia en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 10 dispone “*Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.*” La citada norma suele afirmarse como el punto de partida de la protección internacional del debido proceso, que junto con el derecho a un recurso, tutela todos los demás derechos de una persona que enfrenta un proceso en su contra.

El derecho al debido proceso debe gozarse por todos, sin discriminación. El principio de igualdad entonces, subyace a éste, como a cualquier otro derecho humano de la CADH y se debe reflejar en el principio de contradicción³¹. Lo anterior implica que en un determinado proceso, el tribunal debe comportarse de manera similar frente a todas las partes del mismo y en que todas las partes deben tener los mismos derechos.

Por otra parte, en un escenario de igualdad para todas las partes del proceso, es también primordial el principio de contradicción, el cual consiste en “*la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias*”³². La Comisión Europea, en el caso Kaufman c. Bélgica, sostuvo que “*quienquiera que sea parte en tales procedimientos, deberá tener una oportunidad razonable de presentar su caso a la Corte en condiciones que no lo coloquen en una desventaja substancial frente a su oponente*”³³. Como se puede apreciar, el principio contradictorio de la igualdad procesal, es de fundamental importancia. El artículo 14 del PIDCP establece que “*todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia*”. En el caso Morael, el Comité de

³¹ MEDINA, *ob. cit.*, pág. 266

³² HORVITZ-LOPEZ, María Inés, “*Lecciones de Derecho Penal*”, 2010, Tomo I, pág. 349.

³³ Sentencia de la Corte Europea en Kaufman v Belgium N° 10938/84, 50 DR 98 at 115 (1986).

Derechos Humanos hizo hincapié en que el requisito de igualdad de armas y el respeto del juicio contradictorio, “*son elementos intrínsecos del debido proceso, aplicables a todo proceso judicial*”³⁴.

III.2.2 La modificación legal propuesta al artículo 277 del CPP

Actualmente, el artículo 277 inciso segundo³⁵ del CPP sólo permite al Ministerio Público apelar de la resolución del Juez de Garantía que, en la audiencia de preparación de juicio oral, excluye prueba. No obstante lo anterior, de las hipótesis que regula el artículo 276 que permiten al juez excluir prueba, la referida facultad sólo procede respecto de aquella contenida en el inciso tercero de este último artículo, es decir, cuando se excluyen aquellas pruebas provenientes de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales³⁶.

En tal sentido, si bien existe una desigualdad que desfavorece a los demás intervinientes del proceso penal³⁷, la comentada excepción descansa en que la obtención de prueba con inobservancia de garantías realizada por la policía u otros agentes del Estado, sólo podría

³⁴ Comité de Derechos Humanos, caso *Moraël c. Francia*, párr. 9.3

³⁵ Artículo 277.- *Auto de apertura del juicio oral.* Al término de la audiencia, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral. Esta resolución deberá indicar: a) El tribunal competente para conocer el juicio oral; b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas; c) La demanda civil; d) Los hechos que se diere por acreditados, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 275; e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior, y f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos. El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible del recurso de apelación, cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales. Si se excluyeren, por resolución firme, pruebas de cargo que el Ministerio Público considere esenciales para sustentar su acusación en el juicio oral respectivo, el fiscal podrá solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa ante el juez competente, el quela decretará en audiencia convocada al efecto.

³⁶ Artículo 276.- *Exclusión de pruebas para el juicio oral.* El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios. Si estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseara acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal. Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral.

³⁷ Artículo 12.- *Intervinientes.* Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.

(en principio) agravar al Ministerio Público. Lo anterior es altamente cuestionable, puesto que la víctima o el querellante -igualmente intervinientes al tenor del artículo 12 CPP- también pueden verse perjudicados con alguno de los supuestos del inciso tercero referido.

Ahora bien, con la nueva propuesta se acentúa aún más dicha vulneración de la igualdad en el ejercicio de los derechos. La modificación dispone que se elimine el inciso segundo del artículo 277 la expresión “*de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente*”. En síntesis, la propuesta permite ahora al Ministerio Público apelar de la exclusión de prueba en todas las hipótesis del artículo 276 y privando de este derecho a los demás intervinientes, sin razón o justificación legítima alguna.

Sobre el actual artículo 277 se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (TC) a propósito de la presentación de una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la referida norma, el cual ha señalado “*de lo anterior nítidamente se desprende que fue el propio constituyente el que reflexivamente otorgó acción penal pública a la víctima para actuar en tal carácter en el proceso penal, y que ello implica que la ley está impedida de discriminar sus derechos esenciales*”³⁸. En el mismo fallo, el TC argumentando a favor de la igualdad en el ejercicio de los derechos agrega “*de todo lo considerado queda claro que el debido proceso penal debe ajustarse a lo dispuesto en el número 3º del artículo 19 de la Constitución, en expresa armonía con su numeral 26º, es decir, lograr la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, lo que naturalmente se ve violentado cuando un derecho procesal básico es otorgado por la ley a sólo uno de los dos agraviados por una resolución judicial, excluyendo al otro de la posibilidad de reclamar*”³⁹.

Consecuencia de lo afirmado, en relación a la disposición del artículo 277, en cuanto sólo concede apelación al Ministerio Público, el TC resolvió en la sentencia recién citada que la diferenciación no se encuentra justificada razonablemente, toda vez que a los demás intervinientes también le asisten derechos constitucionales⁴⁰. Finalmente, para el Constitucional, la disposición contenida en el inciso segundo del artículo 277 del Código Procesal Penal en cuanto “*sólo le otorga la apelación al Ministerio Público por exclusión de prueba importa en el caso concreto una discriminación carente de razonabilidad o justificación constitucional*”⁴¹.

³⁸ Sentencia del TC, Rol 1535-2010, considerando Vigésimo Sexto.

³⁹ *Ibíd.* Considerando Trigésimo Octavo.

⁴⁰ *Ibíd.* “*que no parece justificada razonablemente la discriminación que contiene la norma en relación al querellante particular, desde el momento que, como ya se ha explicado, a él también le asisten derechos constitucionales en cuanto a ejercitar la acción, como lo señala el artículo 83 de la Carta Fundamental, pudiendo éste verse afectado de manera sustancial como consecuencia de la exclusión de una prueba. Así las cosas, existiendo dos sujetos activos de un mismo proceso penal sólo a uno de ellos se le ha facultado para apelar respecto de una resolución que le priva de un medio de prueba, lo que tampoco parece adecuado al fin que se persigue por el legislador. Más aún si, como en el caso de autos, se trata de una misma testimonial, cuya exclusión queda entregada a la revisión del tribunal superior jerárquico sólo en el evento que el Ministerio Público –actuando con entera discrecionalidad decida o no apelar*” (Considerando Trigésimo Octavo).

⁴¹ *Ibíd.* Considerando Trigésimo Noveno.

En el mismo sentido el TC⁴², ejerciendo sus facultades de control de constitucionalidad, señaló en cuanto al artículo 132 bis del CPP⁴³ que faculta al fiscal o al abogado asistente de fiscal para apelar de la resolución que declara la ilegalidad de una detención, “*que ello no obsta para que los demás intervinientes en el proceso penal puedan ejercer el mismo derecho*”, agregando que sostener lo contrario implicaría una pugna con lo preceptuado en el artículo 19, N°3°, incisos primero y segundo, de la Constitución Política “*puesto que no se daría igual protección en el ejercicio de sus derechos, en la situación descrita en la norma, a todos quienes intervienen en el proceso antes mencionado*”.

Por lo tanto, la modificación analizada atenta directamente contra la igualdad en el ejercicio de los derechos y el debido proceso, constituyendo una violación manifiesta del artículo 19 N° 3 de la Constitución y de diversas normas de tratados internacionales de derechos humanos. Se trata de una distinción que no obedece a ningún criterio legítimo o permitido para ello, y sólo menoscaba aún más la situación de desigualdad de armas entre los intervinientes que ya patenta el actual artículo.

Por último, nos parece importante también, a propósito de lo señalado recientemente, aunque si bien no forma parte del proyecto de ley analizado, la cuestión relativa a la aplicación del artículo 186 del CPP. En efecto, el mencionado artículo, dispone que “*cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente podrá pedir al juez de garantía que ordene fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación*”. La cuestión aquí ha radicado en la interpretación que debe hacerse de la citada norma, en el sentido de considerar que si la expresión “cualquier persona” se refiere a cualquiera de los intervinientes en el proceso penal o solo a cualquier persona que pueda revestir la calidad de imputado. Lo anterior ha suscitado que algunos jueces/juezas de garantía excluyan de esta facultad a la víctima y al querellante, siguiendo la segunda de las interpretaciones mencionadas.

En relación a esta norma, en cuanto al genuino sentido y alcance del artículo 186 del CPP, el TC ha señalado que “efectivamente, existe la posibilidad de que el juez de garantía aplique el artículo 186 del Código Procesal Penal, impugnado en este proceso constitucional, para acceder a la pretensión de la parte querellante fijando un plazo al fiscal para que formalice la investigación”⁴⁴.

En la misma sentencia, se agrega ““Los “afectados” de una investigación pueden ser no sólo el posible futuro imputado sino que también terceros que reclaman por una investigación que debería formalizarse o porque las diligencias que requieran de autorización judicial (Art. 9) pueden vulnerar derechos constitucionales del imputado o de un tercero no obstante que la investigación no está formalizada”⁴⁵.

⁴² Sentencia TC Rol 1001-07, de 29 de Enero de 2008, Considerando Vigésimo.

⁴³ Artículo agregado por el artículo 2° de la Ley 20.253, de 14 de Marzo de 2008.

⁴⁴ Sentencia TC, Rol 1484-09, de 5 de octubre de 2010, Considerando Noveno.

⁴⁵ *Ibíd.* Considerando Décimo Quinto.

Confirma también todo lo anterior, lo razonado también por el TC en otra sentencia⁴⁶, en cuanto refiere que el inciso segundo del artículo 83 de la Ley Suprema prescribe que: “*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal*”, no sólo está situando a aquellos sujetos en un plano de igualdad con el Ministerio Público, en lo que respecta al ejercicio de la acción penal pública, sino que, en esencia, consagra el ejercicio de la referida acción como un verdadero derecho, que debe ser respetado y promovido por todos los órganos del Estado, en obediencia a lo mandado por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental”⁴⁷.

III.2.3 Indicaciones formulada durante la discusión en general del proyecto en relación a la propuesta de modificación del artículo 277 del CPP

En las indicaciones generales al proyecto 2 de ellas se refieren⁴⁸ a la propuesta original de modificar el artículo 277. Ambas indicaciones se encuentran en el sentido de lo que hemos advertido como punto de preocupación, al conceder un derecho solo al Ministerio Público en desmedro de los demás intervinientes. Tanto la Senadora Alvear como el Senador Horvath, presentaron sus indicaciones en el sentido de conceder el derecho de apelar de la exclusión de prueba a todos los intervinientes. El INDH valora dichas indicaciones y comparte las razones que las sustentan.

III.3. Tercer aspecto de preocupación: indicación formulada durante la discusión en general del proyecto en relación a la letra c) del artículo 140 del CPP

Constituye también fuente de preocupación de este Instituto, en relación a las indicaciones en general realizadas al proyecto, la indicación hecha por el Senador Espina por medio de la cual propone agregar un nuevo criterio para entender que la libertad de un imputado constituye un peligro para la sociedad.

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

Al respecto, el INDH estima que de aprobarse la citada indicación podría verse afectada la presunción de inocencia que ampara a todo/a ciudadano/a frente a cualquier imputación de

⁴⁶ Sentencia TC, Rol 1380-2010, Considerando Decimo Cuarto.

⁴⁷ *Ibid.* Considerando Séptimo

⁴⁸ “Del Honorable Senador señor Horvath, para sustituirlo por el que se señala a continuación: Reemplazase el inciso segundo del artículo 277 por el siguiente: “**El auto de apertura del juicio oral sólo será susceptible de recurso de apelación interpuesto por aquel interviniente que haya sufrido agravio producto de la exclusión de pruebas decretada por el Tribunal de Garantía, el cual será concedido en ambos efectos.**””.

De la Honorable Senadora señora Alvear, para reemplazarlo por el siguiente:“(27) **Elimínense, en el inciso segundo del artículo 277, las expresiones “, cuando lo interpusiere el ministerio público”, y “de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente.”**”(Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley. Boletín 8810-2013)

carácter penal. Por otra parte, la indicación comentada atribuye funciones y efectos a la formalización de la investigación penal no contemplados en la ley. La formalización es un acto de comunicación por medio del cual el Ministerio Público comunica a una persona determinada que actualmente se sigue una investigación en su contra. La formalización entonces no atribuye ni determina responsabilidad penal alguna, por lo que mal puede, atribuírsele consecuencias de esta naturaleza.

III.3.1. Estándares sobre el derecho a la presunción de inocencia en el Derecho Internacional de los derechos Humanos y en la Constitución Política de la República

El derecho a la presunción de inocencia está expresado en múltiples instrumentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En el artículo 8 de la CADH, se garantiza a toda persona inculpada de un delito el derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Lo anterior implica que la persona sea tratada como inocente hasta que no exista una sentencia judicial que afirme su responsabilidad en determinado delito.

La Corte IDH ha señalado al respecto que el derecho a la presunción de inocencia, tal cual se desprende del artículo 8.2 de la CADH, impone la obligación al Estado de no condenar informalmente a una persona o emitir juicio ante la sociedad mientras no se acredite, conforme a la ley, la responsabilidad penal de aquella⁴⁹.

Por otra parte, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha ido más allá al sostener que no sólo el juez de la causa debe cumplir con garantizar este derecho, sino que también todos los órganos del Estado, afirmando que “la presunción de inocencia implica el derecho a ser tratado en conformidad con este principio. Por lo tanto, todas las autoridades públicas tienen la obligación de no prejuzgar el resultado de un proceso”⁵⁰.

En nuestra Constitución este derecho aparece formulado de una manera distinta, pues no se consagra la presunción de inocencia pero el artículo 19 N° 3 de la CPR señala que no se podrá presumir de derecho la responsabilidad penal. Para el Tribunal Constitucional (TC) esta prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye una concreción de la dignidad humana, consagrada en el art. 1° CPR y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 CPR⁵¹.

III.3.2. La indicación al artículo 140 letra c) del CPP atenta contra el derecho a la presunción de inocencia

La indicación que se hizo al proyecto en general que incide en la propuesta de agregar, al inciso final de la letra c) del artículo 140, un nuevo criterio para afirmar en qué circunstancia se deberá entender que la libertad de una persona constituye un peligro para la sociedad, vulnera los estándares antes señalados. En efecto, se trata de atribuir a la

⁴⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Tibi. Sentencia de 7 septiembre de 2004. Serie C N°114, párrafo 182.

⁵⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación General 13 (1984).

⁵¹ Sentencia del TC Rol 825-07, de fecha 6 de marzo de 2008, considerando 24.

formalización de la investigación efectos y consecuencia que le son ajenas a su naturaleza procesal, significando una vulneración al derecho a la presunción de inocencia por cuanto la formalización es solo una garantía procesal y, en ningún caso, atribuye responsabilidad penal en los términos que propone la indicación, esto es, servir de base para justificar la prisión preventiva de una persona. Lo anterior implica que una persona imputada, por el solo hecho de que en un procedimiento determinado, se le comunicó que se le estaba investigando, luego podría ser dejada en prisión preventiva a propósito de otra investigación en su contra. Afirmar lo anterior implica presumir la responsabilidad penal de aquella persona en un hecho respecto del cual no se ha establecido legalmente ninguna regla de imputación legítima, puesto que, como se ha señalado, la formalización sólo es un acto de comunicación.

IV. El control de los medios de comunicación en relación a las investigaciones penales

Si bien no forma parte del proyecto de ley, al INDH le parece oportuno plantear en el contexto de la reforma al Código Procesal Penal, algunas consideraciones respecto a las situaciones de abuso que se producen respecto a la labor de los medios de comunicación en determinadas investigaciones penales, especialmente en lo que alude a determinadas actuaciones de las policías. No obstante que sobre el particular existe una normativa que lo regula, es también muy cierto que los controles que se establecen no resultan eficaces.

Como se sabe, en lo que respecta a la publicidad del proceso penal, se establece la regla fundamental contenida en el artículo 92 del CPP, denominado “*Prohibición de informar*”, el cual prescribe que “*los funcionarios policiales no podrán informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos, ni de otras personas que se encontraren o pudieren resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible*”.

Complementa lo anterior lo dispuesto en el artículo 182 del mismo texto legal que dispone el secreto de las actuaciones de la investigación. Así, se consagra expresamente que las actuaciones de la investigación realizadas por el Ministerio Público o la Policía serán secretos para los terceros ajenos al procedimiento.

Por otra parte, en lo que refiera a otras fuentes legales que establecen restricciones sobre el punto, conviene hacer presente lo mencionado en la ley 19.733 (sobre libertad de opinión e información) la cual prescribe:

“Artículo 1º.- La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, constituyen un derecho fundamental de todas las personas. Su ejercicio incluye no ser perseguido ni discriminado a causa de las propias opiniones, buscar y recibir informaciones, y difundirlas por cualquier medio, **sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan, en conformidad a la ley.**”

Asimismo, en el Párrafo 3° del referido cuerpo legal se regulan los delitos cometidos a través de un medio de comunicación social⁵². También la citada ley contempla una regla en caso de menores de edad, señalando que se prohíbe toda divulgación por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de los referidos menores de edad que tengan alguna participación delictual.

A nuestro parecer, la cuestión radica en hacer efectiva estas responsabilidades cuando corresponda y la adopción de mecanismos eficaces de control, para así dar cumplimiento a la regulación mencionada en los casos de abuso del derecho a informar por parte de los medios de comunicación.

Por su parte, en lo que refiere a las conductas abusivas sobre esta materia por parte de las policías, la cuestión no es diferente a la de los medios de prensa. Efectivamente, también respecto de los primeros, sus respectivas leyes orgánicas (Ley 18.961 Orgánica de Carabineros y DL N° 2460 de 1979 en el caso de la PDI) si bien les confieren el derecho de dar a conocer actividades que les son propias, ellas deben sujetarse a la ley y en todo caso ser respetuosas de los derechos fundamentales de los afectados.

V. Conclusiones

1. En primer lugar cabe señalar que el proyecto contiene propuestas valorables y positivas, especialmente en lo que dice relación con reforzar la protección de los derechos de las víctimas en el proceso penal y establecer mecanismos de control de las facultades del Ministerio Público que inciden en los derechos de las mismas.
2. No obstante lo anterior, existen al menos dos propuestas de enmienda del proyecto original que deben ser analizadas rigurosamente, puesto que implican limitaciones a derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales que contienen disposiciones sobre la materia.
3. La primera modificación que despierta preocupación y merece reparos es la propuesta de modificación del artículo 89 del CPP. La medida pretende entregar la facultad a las policías de poder proceder al registro de las vestimentas de los detenidos por “razones de seguridad”. Lo anterior es directamente contrario a los estándares internacionales y legales que regulan la afectación al derecho a la

⁵² Complementando lo anterior, el artículo 32 de la Ley 19.733 establece: “La difusión de noticias o informaciones emanadas de juicios, procesos o gestiones judiciales pendiente o afinado, no podrá invocarse como eximente o atenuante de responsabilidad civil o penal, cuando dicha difusión, por sí misma, sea constitutiva de los delitos de calumnia, injuria o ultraje público a las buenas costumbres”.

En cuanto a las sanciones por estos delitos cometidos a través de cualquier medio de comunicación social, ellas están establecidas en el artículo 29 de la Ley 19.733.

libertad personal, especialmente porque establece una finalidad no contemplada en los referidos estándares.

4. El segundo aspecto de preocupación lo configura la modificación al artículo 277 del CPP, pues la propuesta pretende autorizar el derecho del Ministerio Público de apelar de todos los casos que permiten al Juez de Garantía excluir pruebas en la audiencia de preparación del juicio oral, y no concediendo el mismo derecho a los demás intervinientes. La distinción anterior es directamente contraria a los estándares internacionales y legales sobre la materia y contradice injustificadamente el derecho a la igualdad en el acceso a la justicia.
5. Por último, el tercer aspecto de preocupación lo constituye la indicación de agregar al artículo 140 del CPP un nuevo criterio para justificar la prisión preventiva a partir de la formalización, el cual es abiertamente atentatorio al derecho a la presunción de inocencia y podría implicar una afectación a la prohibición constitucional de presumir de derecho la responsabilidad penal.