



MARIA INES HORVITZ

Directora del Centro de Investigaciones Jurídicas,
Escuela de Derecho Universidad de Chile



CRISTIAN RIEGO

Director de la Comisión que redactó el Proyecto de Nuevo Código
Procesal Penal. Profesor de Derecho Procesal Penal, Facultad de
Derecho Universidad Diego Portales.

Reformas al Nuevo Código Procesal Penal

EL 30 DE ENERO DE 2002 SE PUBLICA LA PRIMERA LEY QUE REFORMA EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL, LA LEY 19.789. LAS MODIFICACIONES HAN GENERADO UN FUERTE DEBATE ACADÉMICO CON RELACIÓN A LA PERTINENCIA O NO DE ÉSTAS Y CIERTAMENTE SOBRE SU CONTENIDO. CON EL OBJETIVO DE CONOCER DISTINTOS PUNTOS DE VISTA EN EL TEMA CRISTIÁN RIEGO Y MARÍA INÉS HORVITZ -DESTACADOS ACADÉMICOS- CONVERSAN CON APUNTES DE DERECHO SOBRE ESTA TEMPRANA REFORMA. *Entrevista Contrapunto por Ema Infante, Alumna 5to Año, Facultad de Derecho UDP*



¿Por qué se hizo esta reforma? ¿Era necesaria?

MARÍA INÉS HORVITZ: Yo no tuve absolutamente ninguna participación en la génesis de esta reforma. Yo fui sorprendida como muchas personas respecto de la misma por la excepcional rapidez en su tramitación y publicación, y luego de haber tenido conocimiento de su contenido, mi principal reacción fue de malestar. Primero, porque consideraba que era tremendamente precipitada por el hecho de que, hasta ese momento, no había una evaluación seria sobre el funcionamiento de la reforma; por otro lado, porque era muy parcial al referirse básicamente al tema de las facultades policiales y, en tercer lugar, porque se trataba de darle mayores poderes a la policía en un contexto que no era propiamente el de la persecución penal sino el de sus funciones preventivas. Creo que la ampliación de facultades en el ámbito preventivo - y esto referido básicamente a Carabineros, que es el organismo policial que en Chile reúne funciones tanto preventivas como represivas - tiende a producir una difuminación de los límites entre ambas funciones y eso es nefasto para el debido respeto de los derechos del ciudadano. ¿Por qué? Porque, como decía, las facultades preventivas de la policía se dan en un contexto de ausencia total de control, tanto previo como ex post facto, es decir, no hay instrucciones de los fiscales -Carabineros actúa autónomamente en este ámbito- y tampoco hay un control posterior de carácter jurisdiccional, porque no estamos ante funciones de carácter represivo o de investigación de delitos. En consecuencia, ampliar esta facultad de carácter preventiva que ya está incluida en el Código en forma anómala, reitero, tiende a producir una falta de claridad y precisión en cuanto a la delimitación entre unas y otras, y traslada la lógica preventiva al ámbito represivo, que supuestamente debería ser más controlado porque se trata de un área donde existe un importante peligro de perturbación de derechos fundamentales. Y a mí me parece que, existiendo un informe previo de evaluación efectuado por un equipo de personas designadas por el Ministerio de Justicia, en que se señala expresamente que no ha habido un aumento significativo de las denuncias de delitos en las regiones IV y IX, y no habiendo ningún tipo de criterio objetivo que permitiera justificar, desde alguna perspectiva, el incremento de facultades policiales me parece que estamos ante una reforma sin fundamento legítimo, únicamente basada en percepciones de inseguridad de la población respecto al presunto aumento de delitos de gravedad mediana o leve que estaría produciendo alarma pública. Pero, como digo, ella no es razón suficiente para adoptar una decisión como esta, esto es, promover la primera importante re-

forma del nuevo sistema de enjuiciamiento penal, que pareciera estar dirigida únicamente a dar satisfacción a las constantes demandas policiales por mayores poderes en este ámbito, rompiendo con importantes principios del Código Procesal Penal que, en mi opinión, era muy importante consolidar.

CRISTIÁN RIEGO: Bueno, se hizo para responder a un problema que se detectó que estaba generando un gran revuelo en torno a la reforma y una gran deslegitimación de la reforma, especialmente en sectores populares en las regiones piloto. Tenía que ver con la retracción de la policía en cuanto a resolver algunos problemas de convivencia menores diría yo, de baja gravedad, pero que en muchos casos afectaba mucho la convivencia local, principalmente en los sectores populares. Se detectó con el estudio que nosotros hicimos, visitamos lugares y conversamos con mucha gente, que había, por una parte, una mala comprensión de la policía, de las reglas que los regulaban en el nuevo código, y por otra parte, había una interpretación bastante restrictiva de esas mismas reglas por parte de los jueces de garantía y de los fiscales. Si bien esto se podría haber arreglado sin una reforma legal si jueces y fiscales hubiesen cambiado sus criterios y la policía hubiese tenido una mayor capacitación. Como estas cosas eran difíciles de conseguir, en un corto plazo, se prefirió hacer una reforma legal que aclarara estos puntos, dando así una señal en el sentido de que la policía tenía claras facultades para intervenir en una serie de situaciones que eran las que más preocupaban al público en esas áreas. Ante la posibilidad de tener personas que, si bien se encontraban cometiendo delitos menores dadas las características de la situación en que se encontraban, la no existencia de facultades de detener, que era un poco el criterio interpretativo que se sostenía, generaba una falta de respuesta, en situaciones en las cuales parecía razonable que se pudiera llevar a la persona a detención porque eran situaciones bastante extremas digamos. Por ejemplo, las personas que desarrollan actividad de hurto en tiendas de manera profesional.



¿Hay alguna forma en que se podrían haber solucionado los problemas y por lo tanto haber evitado esta reforma?

MARÍA INÉS HORVITZ: Hay previstos una serie de mecanismos dentro del Código que podrían perfectamente haber servido para evitar algunos de los problemas que probablemente estuvieron en la mira de los autores de este proyecto. Hay una preocupación muy importante por la situación de

los delitos flagrantes, o sea, qué hacer con aquellos sujetos que tienen actitudes sospechosas pero que *ex ante* es difícil apreciar o valorar el presupuesto fáctico que autoriza la detención en dichas hipótesis. Sin embargo, creo que la solución correcta es producir estándares mínimos para proceder a una detención en los supuestos previstos en el artículo 130 CPP. Vale decir, que no basta una simple sospecha subjetiva o una mera intuición, no referible a ninguna pauta objetiva comprobable. Incluso más, el propio artículo 85 CPP exige que el control de identidad se practique únicamente en "casos fundados", lo que significa que fuera de las hipótesis que plantea la ley el control es inválido. Pero lo que resulta inaceptable es legitimar un procedimiento ilegal a su inicio por lo que resulte de él,¹ lo que ocurrirá cada vez que la policía pretenda obtener evidencia de cargo respecto de sujetos sospechosos a través del procedimiento de control de identidad y registro de sus vestimentas, equipaje o vehículo, como expresamente se autoriza a partir de la vigencia de la ley que venimos comentando. En un caso que nos tocó conocer del Juzgado de Vicuña,² un sujeto a quien se le practicó un control de identidad fue detenido por habersele hallado entre sus vestimentas papeles de marihuana y pasta base de cocaína. El Ministerio Público argumentó que el control de identidad se verificó porque el imputado había sido visto por la policía tocando la puerta de un inmueble vigilado por un delito de robo, presumiéndose que éste podía aportar antecedentes e información a la investigación que estaba llevando a cabo. El defensor argumentó que si lo que buscaba la policía era empadronar, bastaba con el control de su identidad, verificar sus datos y citarlo como testigo. El fiscal, recurriendo a las normas introducidas por la Ley 19.789, respondió que el artículo 85 CPP expresamente señala que la policía puede revisar las vestimentas de la persona que controla. El tribunal declaró legal el control de identidad como, asimismo, legal la detención "por encontrarse — como aparentemente se hizo — droga en su poder, verificándose una hipótesis de flagrancia". Como se aprecia, un procedimiento previsto exclusivamente para determinar la identidad ha servido de base para legitimar una detención que, se afirma luego, ha sido por delito flagrante. En consecuencia, lo que a mi juicio pervierte todo el sistema es el famoso control de identidad, un mecanismo que fue introducido al Código a instancias de dos senadores que pertenecieron a Carabineros y cuya preocupación principal fue la eliminación de la detención por sospecha, vigente hasta mediados de la década del noventa, institución que era claramente inconstitucional pues atentaba en contra de lo planteado por la Constitución y por tratados internacionales de derechos humanos en relación a las hipótesis en que es legítima la detención de una persona, y que se fundaba en atribuirle malos designios a una persona sobre la base de características externas de la misma, como su forma de vestir, su apariencia, sus actitudes, esto es, era manifestación de un derecho penal de autor, inadmisibles en un Estado de Derecho. Con su eliminación surge la siguiente inquietud, ¿qué hacemos contra un sujeto que no podemos decir que está realizando un delito flagrante pero que de acuerdo a la imagen policial es un típico personaje que va a cometer un delito o lo ha cometido y está ocultándolo, etc. Entonces, se introduce esta norma que es de carácter básicamente preventivo en el nuevo Código Procesal Penal, que significa estrictamente identificarla para ciertos fines, y que sólo permite su detención en una hipótesis muy circunscrita. Antes de la Ley 19.789 se le podía detener hasta por cuatro horas en un recinto policial para poder identificarla; con su promulgación dicho lapso se amplía, sin justificación alguna, a seis horas. Pues bien, mi opinión es que la configuración actual del control de identidad responde a la lógica de la detención por sospecha: la idea es tener, de alguna manera, un mecanismo que permita controlar a una persona que parece sospechosa, lo que se reafirma con la

posibilidad de registrar las vestimentas, equipaje y vehículo del controlado, una facultad cuya amplitud no puede justificarse desde una perspectiva estrictamente defensiva. De lo que se trató, en definitiva, fue darle mayores facultades a la policía en un ámbito claramente ilegítimo, que no está planteado ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos.

CRISTIÁN RIEGO: Bueno sí, ya lo dije de alguna manera. Sí, si el ministerio público hubiese tenido una línea argumentativa consistente y clara para ampliar las facultades policiales en estas materias, si los policías tuvieran una formación jurídica más o menos importante en este tema y se sintieran seguros en el conocimiento de la norma y, finalmente, si los jueces de garantía hubiesen desarrollado una administración más flexible, más de acuerdo a articular las necesidades del trabajo policial con las garantías, no hubiese sido necesaria la reforma. La verdad es que todo eso se da en un mundo ideal y en la práctica eso no se estaba dando. Se estaba generando una deslegitimación muy alta del sistema.



¿Son las demandas de la policía por mayores facultades o facultades más amplias, debido a los problemas, legítimas o ilegítimas?

MARÍA INÉS HORVITZ: Eso ya te lo respondí antes. Y no sólo por las razones que allí te señalaba. A mí me preocupa seriamente esta reforma que parece cumplir todas las profecías antiliberales que se plantean en una sociedad que se siente constantemente amenazada por la violencia y la inseguridad. Como decía, no sólo confunde peligrosamente el ámbito de acción estrictamente preventivo de la policía con sus funciones represivas, reinstalando así un derecho penal paralelo que esperábamos haber abolido, sino que además amplía la detención a ciertas faltas, quebrando el principio de proporcionalidad de las medidas cautelares personales. En efecto, en base a este presunto incremento de la inseguridad ciudadana se extiende la detención a un ámbito en el que tradicionalmente — incluso en el proceso penal inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1906 — había estado proscrito, esto es, al de las faltas. Es más, la reforma contradice de modo flagrante la reciente decisión político-criminal de excluir la pena privativa del ámbito de las faltas (Ley 19.501, de 15 de Mayo de 1997), recurriendo a fórmulas "policiales" o "procesales" que no son vistas ni percibidas como "penales". El problema es que con todo esto entramos en lo que se denomina una "lógica eficientista": se trata de desarmar o burlar los límites que en un Estado de Derecho se han ido construyendo en orden a limitar el poder estatal para el esclarecimiento y condena de hechos punibles. Como sabemos, así como la justicia se encuentra, respecto de la seguridad jurídica, en una contraposición de principio, lo mismo ocurre con la formalidad de la justicia y la eficiencia del derecho penal y del proceso penal. Como dice Hassemer, el estado de derecho vive de la contraposición entre formalidad de la justicia y eficiencia, y la conformidad al estado de derecho debe controlar y frenar al Estado fuerte, idealmente, debe poder quebrarlo en caso de conflicto.³ Un punto de vista que comprenda dentro del concepto de eficiencia al afectado por el *ius puniendi* estatal y se pregunte qué efectos tienen determinadas medidas penales sobre la conciencia de la población llegaría a la conclusión de que sólo el derecho penal y procesal conforme al estado de derecho resultan eficientes a largo plazo, constituyéndose en un signo de la respectiva cultura jurídica. Sólo un proceso penal de principios firmes puede mantener la confianza y el respeto de la población y de los agentes del estado.

¹ Ya en 1927 la Corte Suprema de Estados Unidos sentó este principio en "Byars v. United States", 273 US 28 (1927).

² Contra Hernán Enrique Salas Salas, audiencia de control de la detención efectuada el 9 de mayo de 2002.

³ Hassemer (W) "Lineamientos de un proceso penal en el estado de derecho" en el mismo crítica al derecho penal de hoy, trad. Patricia Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 80.

CRISTIÁN RIEGO: Creo que probablemente hay de ambas cosas. Gran parte de la demanda de la policía en contra de la reforma o por mayores facultades tiene que ver con que ellos sienten que han perdido capacidad de operar de una manera bastante amplia, como la tenían antes con muy poco control. Probablemente eso también permitía ciertos abusos, entonces, claro que hay una cierta demanda que puede ser ilegítima en el sentido de que a nadie le gusta que lo controlen. Y esa es una demanda que yo no justificaría. A mi me parece bien que la policía esté sometida a un régimen de control hoy día y creo que es un gran éxito de la reforma. Pero hay un aspecto que también era legítimo, como en algunos casos se estaban produciendo restricciones producto de las normas del código, sobre todo en el tema del control, en que fiscales, jueces de garantía y defensores estaban dejando a la policía con algunas facultades que sí eran necesarias. Entonces, hay de ambos compuestos.



¿Estas facultades se pueden considerar de policía o procesales?

MARÍA INÉS HORVITZ: Con esta pregunta supongo que lo que se quiere saber es si las nuevas facultades que confiere la reforma producida con la Ley 19.789 son "policiales" o "procesales". Como expliqué denantes, estas facultades, aunque no todas las que se plantean con la reforma, se refieren al ámbito preventivo pero que en definitiva afectan a la investigación de delitos. ¿Por qué? Porque a través del control de identidad se está tratando de allegar evidencia que va a servir de fundamento para la investigación de delitos concretos en contra de personas determinadas. Evidentemente si a esta persona, a la cual no se le está imputando ningún delito y a quien se le hace un control de identidad, y que con ocasión del mismo se le encuentra alguna evidencia que permite atribuirle uno significa que, por esta vía, se está burlando toda la constelación de mecanismos jurídicos que contempla la legislación tendiente asegurar los derechos de las personas en este ámbito. En primer lugar, se infringe el principio de legalidad que, tratándose de la detención, sólo admite la flagrancia y la orden judicial previa. En segundo lugar, refuerza una lógica contraria a la que subyace en la regla de exclusión probatoria, esto es, tiende a dar validez a toda la evidencia obtenida con inobservancia de las garantías vinculadas al debido proceso.

CRISTIÁN RIEGO: Yo creo que hay una mezcla de cosas. Efectivamente creo que hay alguna de estas facultades que no tienen que ver con el proceso penal estrictamente sino con la necesidad que la policía tiene de poder controlar el orden, especialmente en los sectores populares que suelen ser más conflictivos en su convivencia o, si tu quieres, en esos conflictos que afectan más la convivencia porque son personas más vulnerables. Hay cuestiones que no son propiamente procesales sino que tienen que ver con esa función y que a lo mejor, idealmente, podrían regularse de una manera separada. Hay otras que son procesales como las que tendrían que ver, por ejemplo, con la garantía de comparecencia. Cuando se decía "mire: los delitos menores usted no detenga sino cite" está asumiendo que la citación es un método que garantiza la comparecencia. El problema era, y que pasa, si no garantiza la comparecencia en un caso concreto, entonces en ese caso en mi opinión, la manera de resolver la cuestión era diciendo: "en ese caso garantice la comparecencia por medio de la detención". En esta segunda situación es un problema procesal.



¿Es efectivamente más difícil que se cometan arbitrariedades en las actuaciones policiales debido a que estas son calificadas con posterioridad?

MARÍA INÉS HORVITZ: Cuando se aplica la lógica de la función preventiva a la de investigación de los delitos lo que hay es que no existe un control de la actuación policial. En el ámbito preventivo, la policía actúa en forma autónoma porque, por la naturaleza de dicha función, no cabe plantear controles previos ni

posteriores. En consecuencia, si tu aplicas esa misma lógica al ámbito de la investigación de los delitos, tampoco existe control o este es de carácter meramente formal. El control de las actuaciones policiales, ya sea por el juez o los fiscales, desincentiva las arbitrariedades y promueve que la policía actúe con apego a la ley. Pero ello depende de que el control sea energético, sin tolerancia hacia los abusos.

CRISTIÁN RIEGO: Si yo creo que eso es un gran logro de la reforma creo que la audiencia que se realiza a las veinticuatro horas de producida la detención y la necesidad de relatar lo ocurrido en la detención por parte del fiscal y la eventual intervención del defensor genera un escenario de control muy interesante, muy eficaz. Las nuevas facultades que dio la reforma, la ley 19.789, se van a ejercer dentro de este escenario. Por lo tanto, yo creo que las posibilidades de abuso no son tan intensas. Siempre hay posibilidades de abuso. Probablemente siempre que se otorgan facultades a la policía hay algún riesgo de que esas facultades sean abusivas pero también cuando se crea una policía existe el riesgo que la policía sea abusiva. Lo interesante es hasta que punto podemos controlarla, pero la policía tiene una función muy necesaria y demandada por el público.



¿Sería esta discusión igual si se refiriera al antiguo proceso penal?

MARÍA INÉS HORVITZ: En el antiguo proceso penal existía la famosa detención por sospecha, regulada expresamente en el artículo 260 del Código de Procedimiento Penal. La falta de control policial es, de alguna manera, más compatible con el antiguo sistema porque en él existe un predominio de la lógica inquisitiva, en la cual cualquier medio de obtención de la evidencia es eficaz y no aparece, *prima facie*, como ilegítimo. Es más, la propia Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, en un trabajo empírico realizado por la profesora María Angélica Jiménez, estableció claramente que los jueces del crimen de Santiago toleran la tortura policial para obtener la confesión de los imputados aduciendo que es la única forma de dotar de eficacia a la investigación criminal. La tolerancia o mantenimiento de facultades policiales amplias no es más que la manifestación de un elemento central del sistema inquisitivo: el establecimiento de la verdad a cualquier costa, incluso a través de la tortura del imputado. Esto cambia completamente en un sistema acusatorio. Un sistema acusatorio se basa en que las garantías del debido proceso constituyen el núcleo central del procedimiento. No se puede establecer la verdad a cualquier precio: el estado tiene límites para la averiguación de la misma, verdad que sigue constituyendo el *ethos* de la decisión jurisdiccional. Por lo tanto, el estado no solamente tiene toda la carga de la prueba y el deber de establecer la responsabilidad del imputado más allá de un cierto estándar sino que además debe hacerlo con prueba obtenida sin violación de derechos fundamentales. Y en esta tarea juega un papel fundamental la policía y todos aquellos quienes tienen a su cargo la misión de evitar los abusos policiales.

CRISTIÁN RIEGO: No, no sería igual. Mientras estuvimos en el antiguo proceso penal siempre fui partidario de recortar las facultades de la policía que me parecían excesivas. En realidad lo que uno observaba era que durante diez años se venían recortando las facultades de la policía, sin embargo, las cosas no cambiaron sustancialmente y fue así porque daba lo mismo lo que dijera la ley dado que no existía un escenario de control. El policía hacía su trabajo y entregaba el producto de su trabajo al juez del crimen y en el juzgado del crimen no existían condiciones efectivas para controlarlo. El juez del crimen no tenía esa posibilidad real porque el estaba interesado en obtener la colaboración de la policía, además estaba la intervención de los actuarios y el hecho de que los procedimientos fueran secretos. Todo esto ha cambiado y me parece a mi que hay nuevos escenarios y de mejor calidad. ■