



**UNIVERSIDAD
ALBERTO HURTADO**

Facultad de Derecho

**Análisis procesal de la detención en caso de flagrancia y alcances
derivados (inciso final artículo 129 Código Procesal Penal)**

**Tesina para optar al Título Profesional de Licenciado en Ciencias
Jurídicas y Sociales**

**Por
Esteban García Miquel**

Profesor Guía: Gonzalo García Palominos

Santiago - Mayo de 2014.

INDICE

Resumen _____ 4

Introducción _____ 5-12

Capítulo I _____ 13-21

Análisis de la situación de Flagrancia en términos generales y tipología de aquellos delitos en los cuales se acepta o no la detención en la situación de flagrancia, según el CPP.

Capítulo II _____ 22-27

Consistencia del ingreso policial a un lugar cerrado Inmueble y en contraposición, el ingreso policial a través de una autorización judicial previa (Art. 9 CPP)

Capítulo III _____ 28-36

Análisis de los supuestos de flagrancia (artículo 130 CPP) en relación con la situación expresada en el inciso final del artículo 129 CPP del ingreso a un inmueble cerrado.

Capítulo IV _____ 37-50

Situaciones Problemáticas

1. La situación del inciso primero del artículo 206 CPP, como diligencia en la etapa de investigación del Procedimiento Penal.
2. Situación del inciso segundo del artículo 187 CPP, con respecto a la incautación de especies.

3. La situación del artículo 215 del Código Procesal Penal

Capítulo V _____ 51- 59

Legislación comparada, en lo que respecta a la regulación de esta constelación de la detención en caso de flagrancia

- Legislación Española

Capítulo VI _____ 60-65

Análisis de Jurisprudencia Nacional que pone en discusión el realizar otras diligencias por parte de la Policía, aparte de ingresar

1. Excelentísima Corte Suprema, Rol de ingreso N° 3670-06, de 20/9/2006
2. Juzgado de Garantía de Rancagua, RIT N°9452-2008 RUC N°0800896532-4
3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, RIT N° 1766-2007 RUC N° 0700505246-1
4. Tribunal Oral en lo penal de Viña del Mar, RUC N° 0500295028-8, de 24/01/2007

Conclusiones _____ 66-69

Bibliografía _____ 70-71

Análisis procesal de la detención en caso de flagrancia y alcances derivados (inciso final artículo 129 Código Procesal Penal)

Esteban García Miquel

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende analizar la situación tipificada en el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal, en virtud de poder precisarla a través de un desarrollo que me permita llegar a una serie de conclusiones en lo que se refiere a la actuación autónoma de la Policía de ingresar a un inmueble cerrado y detener al individuo que ingresó en ese lugar, tras haber cometido un ilícito penal en caso de flagrancia.

La situación señalada adquiere relevancia cuando a través de las diligencias investigativas, en virtud de las cuales se busca los medios de prueba que acrediten el hecho delictual y los individuos que participaron en su creación, aparecen supuestos tipificados en la reglamentación señalada, donde se presenta la flagrancia, para saber si es posible que los funcionarios policiales al ingresar al inmueble donde se está cometiendo o se cometió el ilícito penal, aparte de detenerlo, gozan, también, de la potestad de realizar otras diligencias enfocadas en la investigación del hecho delictual en cuestión. Es decir, mi propósito consiste en catalogar si otras actuaciones distintas, ya sea antes o durante la investigación cuando se practica la detención, están revestidas de legalidad o no.

Palabras claves: Detención, Flagrancia, Inmueble Cerrado, Actuación Autónoma, Diligencia Investigativa

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo, mi interés va a consistir en el desarrollo del precepto tipificado en el inciso final del artículo 129 del Código Procesal Penal (CPP). El cual se caracteriza porque el legislador, siendo que el artículo se titula: *Detención en caso de flagrancia*, expresa una situación eventual en la cual la policía se encuentra facultada para practicar la respectiva, precisamente, porque anteriormente se cometió un delito en caso de flagrancia. Sin embargo, la problemática que me interesa analizar, aparte de hacer un análisis pormenorizado de la comisión de ilícitos penales en caso de flagrancia, es comprobar si aquellas diligencias que realiza la policía, junto con ingresar y detener al inmueble cerrado en que se encuentra el individuo, que se encontraba en actual persecución por parte de la Policía tras haber cometido un hecho delictual en caso de flagrancia, para saber si gozan o no de ilegalidad.

El inciso final del artículo 129 del CPP, titulado, como se dijo anteriormente, *Detención en caso de flagrancia*, señala lo siguiente: “*En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención*”. Es decir, la detención es en caso de flagrancia, en virtud de que el artículo en su totalidad desarrolla la necesidad de detener cuando un individuo comete un ilícito penal en situación de flagrancia, donde a los particulares se les faculta también para detener, solo que los policías están obligados a detener en este supuesto en especial. La letra b) del artículo 83 CPP, titulado: *Actuaciones sin orden previa*, obliga al cuerpo policial a detener en este tipo de situaciones, según lo que señala este artículo: *Corresponderá a los funcionarios de Carabineros de Chile, y a la Policía de Investigaciones de Chile (PDI) realizar las siguientes actuaciones, sin necesidad de recibir previamente instrucciones particulares de los fiscales: b) Practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley.*

La Constitución Política de la República en el inciso primero de la letra c) del numeral séptimo del artículo 19, señala lo siguiente: “*La Constitución asegura a todas las personas: N°7 El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con*

el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes". Por lo tanto, consagra la detención en caso de flagrancia por parte de la Policía, sin necesidad de orden de funcionario público expresamente facultado por la ley, es decir, sin necesidad de autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía competente. Según los juristas Maturana Miquel y López Montero, en su obra: *Derecho Procesal Penal Tomo*, acertadamente señalan: "*tanto la detención civil, como la policial, en caso de flagrancia, representan excepciones a la regla de que toda detención debe ser precedida por una orden judicial*"¹. Por su parte Jorge Vitar considera esta detención, señalada en este artículo de la Constitución Política de la República, en caso de flagrancia es simplemente una excepción, ya que, en palabras suyas: *constituye una excepción al principio que limita la afectación de la libertad individual de una persona al pronunciamiento de un tribunal competente*².

Volviendo al precepto del inciso final del artículo 129 CPP, señala esta situación en el evento que el individuo, al ser advertido por la Policía tras haber cometido o haber estado cometiendo el delito, huya del sitio del suceso y los funcionarios policiales empiecen a perseguirlo, como estándar necesario para que se pueda practicar la detención. En el evento que este individuo ingrese a un inmueble cerrado, la Policía se encuentra facultada para ingresar y detenerlo, aunque viole el hogar de un tercero ajeno, porque requiere practicar la detención.

Se requiere señalar, que gran parte de este tipo de detenciones, se realiza en la etapa previa al inicio del procedimiento, ya que toda detención es una medida cautelar personal para evitar que quede impune la conducta que realizó, donde una vez detenido será llevado al Juzgado de Garantía competente para que se le practique la audiencia de control de detención. Sin embargo, otras detenciones, también en situación de flagrancia, se van a realizar durante la etapa de investigación, una vez que el Juzgado de Garantía, haya formalizado la investigación, sin tener al individuo, conocido ahora como imputado, para lograr su respectiva detención, ya que se presume, que en calidad de autor o cómplice, realizó un delito investigado y, también, obtener los medios de prueba que acrediten su culpabilidad o

¹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 522.

² VITAR CÁCERES, JORGE: *La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253*, 2008, Santiago, pp. http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

inocencia, por medio de los fiscales que pertenecen al Ministerio Público. En el mismo sentido, los juristas chilenos Maturana Miquel y Montero López, en su obra: *en su obra citada arriba*, señalan que: *los objetivos de la investigación que se llevará a cabo es consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes*³. Eso sí, con el objeto de precisar, está detención en situación de flagrancia, va a proceder en virtud de que el individuo investigado, cometa un nuevo ilícito penal en situación de flagrancia.

Las actuaciones que realiza la Policía, es decir, Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones, que sean de carácter autónomo, significa que no requieren orden previa dada por los fiscales y se encuentran prescritas en la ley como actividades obligatorias, las cuales también son conocidas como actuaciones policiales de oficio, según los juristas Maturana Miquel y López Montero en la obra citada anteriormente⁴. Ambos cuerpos, que componen las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, son dependientes del Ministerio Público, y gran parte de sus funciones están dedicadas a la investigación de la comisión de un delito, ya que son auxiliares de los fiscales en sus actividades investigativas. La señalada dependencia se manifiesta en virtud del artículo 87 CPP, ya que el Ministerio Público, a través de instrucciones generales, regulará la forma en que la policía cumplirá sus funciones señaladas en el artículo 83 CPP(Actuaciones de la policía sin orden previa) y artículo 85 CPP(control de identidad) y, por otra parte, todas las actuaciones autónomas que realicen los funcionarios policiales, deberán serle informadas inmediatamente, en virtud del artículo 84 CPP, y a través de la forma y los medios más expeditos, como señala el artículo 81 CPP. En virtud de lo anterior, se advierte que la Policía, obviamente, tiene

Por otra parte, la relación de la Policía con los fiscales, se materializa en virtud de que los primeros son auxiliares de estos, como fue anteriormente señalado, en todo lo relacionado con la investigación de los partícipes y de los medios de prueba que acrediten la comisión de un delito, en virtud de que los fiscales son quienes dirigen la investigación. El inciso primero del artículo 180 CPP, corrobora lo anterior de la siguiente manera: *los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideran*

³ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo II*, 2012, Santiago, pp. 652.

⁴ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 241.

conducentes al esclarecimiento de los hechos. En el mismo sentido, es necesario señalar que la investigación de los fiscales comenzará en las veinticuatro horas siguientes a la toma de conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública, según el inciso segundo del artículo 180 CPP. Sin embargo, todas aquellas diligencias que durante la investigación priven, restrinjan o perturben el ejercicio de alguno de los derechos que la Constitución asegura al imputado o un tercero, requerirá de autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía competente, la cual fue solicitada por el Fiscal que dirige la respectiva investigación, según el inciso segundo del artículo 83 de la Constitución Política de la República (CPR).

Los funcionarios policiales (Carabineros de Chile y la Policía de Investigaciones) son auxiliares de los fiscales y dependen del Ministerio Público. Sin embargo, considerando la doctrina de Maturana Miquel y Montero López en la obra citada anteriormente, existen actuaciones investigativas que no se van a realizar en virtud de las instrucciones específicas impartidas por este órgano autónomo. En el inciso primero del artículo 180 del CPP, se visualiza que las actividades investigativas pueden ser encomendadas por los fiscales a los funcionarios policiales. En el mismo sentido, en el inciso primero del artículo cuarto de la ley orgánica constitucional de carabineros (Ley N° 18.961) señala lo siguiente: “...colaborará con los fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos cuando así lo dispongan, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales...”, y el artículo cuarto de la ley orgánica constitucional de la PDI (Decreto Ley N° 2460) de 1979, señala lo siguiente: “La misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales”⁵. Es decir, los preceptos señalados reconocen que los funcionarios policiales en lo que respecta a la investigación, dependen netamente de las ordenes que les impartan los fiscales a cargo de ella. Sin embargo, según el artículo 12 CPP, la Policía no es un sujeto procesal interviniente dentro del procedimiento penal, aunque, como señala María Inés Horvitz Lennon y Julián López Masle en su obra: *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*,

⁵ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 248.

*“tiene el carácter de auxiliar o de órgano colaborados en las tareas de investigación criminal, no cabe duda de que su función es central en la fase de investigación...”*⁶

Necesito hacer la siguiente observación a mis lectores, en virtud de que la regulación de la Policía que desarrollaré en el presente trabajo, solamente va a estar abocada al tratamiento legal que le da la reglamentación del CPP y no a sus legislaciones orgánicas.

El precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, tipifica una circunstancia especial para que los funcionarios policiales, igualmente, procedan con la detención porque el individuo perseguido cometió un ilícito penal en situación de flagrancia. Sin embargo, el legislador no se dio el trabajo de dar una definición de delito flagrante, y solo se limita a señalar en el artículo posterior, aquellos supuestos de flagrancia donde procede esta medida cautelar personal. Veremos en el capítulo V, como los legisladores españoles, dan una definición de lo que significa un delito flagrante y cuando se presenta esta situación de flagrancia para que proceda la detención.

Considero que es necesario señalar el fundamento u objetivo de la detención en caso de flagrancia. Según Jorge Vitar Cáceres, el fundamento, en palabras suyas: *radica en el favorecimiento de la persecución e investigación de un delito con proyecciones exitosas, por lo que el ordenamiento permite a los policías y a cualquier particular sustituir a la autoridad jurisdiccional y les habilita en determinados supuestos para privar de la libertad a una persona*⁷. Se puede comentar, en lo que respecta a la opinión de Vitar Cáceres, que me resulta bastante acertado lo que opina, ya que la flagrancia es una situación netamente fáctica, en virtud de la cual la participación del individuo en la comisión queda acreditada en mayor medida, que aquellas detenciones practicadas con posterioridad a la realización del hecho delictual, lo cual justifica que se le den más facultades a los funcionarios policiales para el existo de la práctica de esta medida cautelar personal. Sin embargo, considero que queda más completa si le agregamos la apreciación que le dan los juristas Cristián Riego y Mauricio Duce, quienes señalan, en su obra: *Proceso Penal*, lo siguiente: *“el objetivo de la detención en caso de flagrancia es el de asegurar a quien aparece como sospechoso*

⁶ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIAN: *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo I*, 2002, Santiago, pp. 173.

⁷ VITAR CÁCERES, JORGE: *La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253*, Santiago, pp. http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

*del hecho, identificarlo y ponerlo a disposición del Ministerio Público para que éste resuelva acerca de si va a formular cargos o no en su contra*⁸

Desde la reforma procesal penal, a nivel nacional desde el año 2005, la detención en situación de flagrancia ha sufrido dos reformas importantes: la primera en el año 2005, a través de la ley N° 20.074. que significó sustituir el inciso final por el actual inciso cuarto y el inciso quinto final, que consiste precisamente en el precepto que constituye el análisis del presente trabajo, e introducir la hipótesis e) de situación de flagrancia del artículo 130 CPP. La segunda reforma del 2008 (Ley N° 20.253) , solo tuvo trascendencia en el artículo 130 CPP en virtud de que se introdujo un nuevo inciso final con el objeto de precisar la expresión: “*tiempo inmediato*”, a las que se refiere la hipótesis d) y e) de este artículo, como hipótesis de flagrancia.

El precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, autoriza una detención, tras haberse cometido un ilícito penal en situación de flagrancia. Sin embargo, se requiere distinguir que la detención, como medida cautelar personal, no es lo mismo que el arresto. Según los juristas Maturana Miquel y López Montero, en su obra citada, señalan la consistencia del arresto de la siguiente manera: *el arresto, a diferencia de la detención, sólo tiene como finalidad permitir coercitivamente que una persona dé cumplimiento a una obligación propia dentro del proceso y no tiene por finalidad cautelar o asegurar la eficiencia de éste en relación con el ejercicio de la pretensión punitiva que debe hacer efectiva en el futuro con motivo de la dictación de la sentencia definitiva*⁹. Los mismos juristas hacen una clasificación de la detención correcta, en virtud de que existe una detención policial y una detención civil o en caso de flagrancia¹⁰. Consideran que la segunda es facultativa, en virtud de que el inciso primero del artículo 129 CPP otorga la facultad de detener en caso de flagrancia a cualquier persona, de la siguiente manera: “*cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima*”. En cambio la policial, tipificada en los artículos 83, 85 y 129, todos del CPP, en palabras de los juristas: “*...la policía se encuentra obligada a detener en todas las hipótesis de flagrancia, sin necesidad de orden judicial previa, ni instrucción*

⁸ RIEGO, CRISTIAN y DUCE, MAURICIO: *Proceso Penal*, 2007, Santiago, pp. 162

⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 512.

¹⁰ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 512.

*particular de fiscal (artículo 83 b)*¹¹. Por lo tanto, nuestro interés, tomando en consideración la doctrina señalada, se centrará en la Detención Policial.

En esta ocasión, en lo que respecta en qué lugar va a proceder la detención, mi interés se va a centrar en los inmuebles cerrados, lo cual significa que la detención realizada por la Policía procederá en lugares cerrados, ya sea en edificio o casa, que revistan el carácter de bien inmueble, en virtud del cual el consentimiento del encargado o dueño del inmueble cerrado será irrelevante para que se pueda practicar esta medida cautelar personal llamada detención.

Finalmente, es necesario comentar que el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, en virtud de que la policía ingresa en un inmueble cerrado, tomando en consideración lo que señalé arriba, sin el consentimiento del dueño o encargado del lugar cerrado a donde ingresó el individuo que cometió el ilícito penal en situación de flagrancia, quien se encontraba siendo perseguido por los funcionarios policiales, significa una violación a los derechos fundamentales consagrados en el numeral quinto del artículo 19 de la CPR (inviolabilidad del hogar) y en el numeral séptimo letra c) inciso primero (libertad personal), ya que las fuerzas de orden y seguridad pública ingresan y detienen sin la autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía competente, la cual tendría que haber sido solicitada por el fiscal a cargo de la investigación.

En virtud de lo anterior, el jurista Osvaldo Garrido Muñoz, en su monografía: *“Flagrancia en la comisión de un delito”*, señala que siendo ambas garantías fundamentales de rango constitucional, es decir, la libertad personal y la inviolabilidad del hogar, todo allanamiento, que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) significa acción y efecto de allanar, lo cual significa: *“entrar en casa ajena contra la voluntad de su dueño”*¹², que en palabras de este jurista: *afecta vías de hecho, sin orden judicial previa, en los casos en que la disposición legal comentada lo requiere, exigencia necesaria e indispensable para poder socorrer a la víctima y a testigos, y con ello no puede haber colisión de derechos, ya que la vida y la integridad física de las personas como bien*

¹¹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, 2012, Santiago, pp. 522.

¹² ESPAÑA: Diccionario de la Real Academia de la lengua española, 2001, Madrid, pp. <http://lema.rae.es/drae/?val=allanar>

*jurídico están por sobre la libertad personal y la inviolabilidad del hogar*¹³. Sin embargo el abogado Jorge Vitar Cáceres, considera que la afectación a la libertad personal, por medio de la detención en caso de flagrancia.

El desarrollo de la presente Tesina, tendrá como primer objetivo precisar la situación de flagrancia tipificada en el inciso final del artículo 129 CPP. En virtud de eso, en el primer capítulo, se analizará en términos generales lo que consiste la flagrancia y precisar en qué tipo de delitos procede la detención en caso de flagrancia. En segundo lugar, trataré la consistencia del ingreso policial a un lugar cerrado en contraposición a aquellos ingresos policiales que se requiere autorización judicial previa, como señala el artículo 9 del CPP. El tercer capítulo, se abocara al desarrollo de los cinco supuestos del artículo 130 CPP, con el objeto de saber en qué hipótesis se puede aterrizar el precepto desarrollado del inciso final del 129 CPP. La segunda parte y final del trabajo, buscará llegar a conclusiones concretas. El capítulo cuarto, tendrá como único propósito el análisis de tres situaciones problemáticas que tienen cierta relación con la hipótesis del presente trabajo, considerando obviamente la flagrancia, y con el claro objetivo de llegar a una respuesta de las preguntas planteadas en cada situación. En el capítulo quinto, veremos la legislación comparada de España, para poder hacer una especie de comparación entre nuestra legislación y la reglamentación penal de este país ibérico, considerando lo que desarrollamos anteriormente. El último capítulo se abocará al análisis de Jurisprudencia Nacional, que ha puesto en discusión no solamente el precepto penal precisado, sino también las situaciones problemáticas que serán desarrolladas en el capítulo cuarto. Y finalmente, expresaré las conclusiones necesarias para dar término a este trabajo de Investigación

¹³ GARRIDO MUÑOZ, OSVALDO: *Flagrancia en la comisión de un delito*, 2010, Santiago, pp. <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>.

I Análisis de la situación de Flagrancia en términos generales y tipología de aquellos delitos en los cuales se acepta o no la detención en la situación de flagrancia, según el CPP.

La determinación de la ilegalidad de aquellas diligencias distintas a ingresar y detener al individuo que ha ingresado a un inmueble cerrado tras haber realizado un ilícito penal en caso de flagrancia, requiere un análisis previo de lo que significa la Flagrancia en términos generales. También se requiere señalar aquellos delitos, según el CPP, en virtud de los cuales es necesaria la detención o no cuando su comisión ha sido en caso de Flagrancia.

Se requiere recordar que el artículo 125 CPP se caracteriza, en lo que respecta al tema de la detención en caso de Flagrancia, por ser el precepto primario, denominado: Procedencia de la detención, en lo que respecta al capítulo de la detención. Dicho artículo consagra de por sí, la detención en caso de flagrancia sin necesidad de orden de funcionario público expresamente facultado por la ley¹⁴, es decir, la actuación autónoma de los funcionarios policiales en situaciones donde se presenta la Flagrancia, regulada en los artículos 129 y 130 del CPP. El artículo en análisis, en lo que respecta a la detención en caso de flagrancia, se encuentra consagrado en la Constitución Política de la República en el artículo 19 N° 7 letra c), en su segunda parte del inciso primero, como una excepción a la detención realizada a través de orden previa, siendo legalmente esta la regla general, como señala la primera parte del primer inciso del precepto constitucional tratado¹⁵, lo cual fue señalado en la Introducción de este trabajo.

El jurista Osvaldo Garrido en su monografía: “Flagrancia en la comisión de un delito”, del año 2010, da un concepto de la Flagrancia de acuerdo a la regulación que existe en el Código Procesal Penal, tomando en consideración la principal hipótesis de flagrancia, la cual se encuentra establecida en la letra a) del artículo 130 CPP¹⁶. En el comentario del autor,

¹⁴ Art. 125 CPP. Procedencia de la detención. Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por ley y después que dicha orden le fuera intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendido en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad que correspondiere.

¹⁵ Artículo 19 CPR. La Constitución asegura a todas las personas: 7° El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. En consecuencia: c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.

¹⁶ Artículo 130 CPP. Situación de Flagrancia: Se entenderá que se encuentra en situación de Flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

referente al capítulo I de su trabajo, señala lo siguiente: *concluimos que la flagrancia es aquella que se produce en los momentos que el sujeto lleva a cabo la comisión del punible, no importando el desarrollo del iter criminis u omitiendo su actuar intencionalmente, encontrándose en posición de garante con respecto a la víctima, y que es observado sensorialmente, habilitando su detención por las personas que autoriza la ley, sin mandato judicial previo y para el sólo efecto de su entrega a la autoridad pública*¹⁷.

Por su parte, y en el mismo sentido, el abogado Jorge Vitar Cáceres define la detención por flagrancia de una manera funcional en su obra: “La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253”, tomando en consideración lo que significa flagrancia en su sentido común, que deriva del verbo flagrar, cuyo significado es arder o resplandecer como fuego o llama según la Real Academia de la Lengua Española (RAE)¹⁸. Y de igual manera que Osvaldo Garrido Muñoz, considera la situación de flagrancia tipificada en la letra a) del artículo 130 CPP, para expresar que significa la detención por flagrancia de la siguiente manera: *aquella detención que se produce en los momentos en que un sujeto lleva a cabo la comisión del delito*¹⁹.

Independiente de las innumerables definiciones que puedan existir de la flagrancia, la cual en este tema tiene que estar necesariamente asociada a la detención para dar un concepto de ella, se requiere para que se nos presente una situación de flagrancia unas determinadas condiciones, conocidos por Jorge Vitar como exigencias o requisitos, indicados en su obra citada anteriormente.

El jurista Vitar considera la exigencia de la ostensibilidad, como parte de la esencia misma de toda situación de Flagrancia, ya que el concepto según la RAE viene del concepto ostensible, que significa *claro, manifiesto, visible*²⁰. Por lo tanto todo delito que sea visible, que se muestre claro en su comisión, es decir, que se manifieste la realización misma del delito es, en consecuencia, flagrante. Tomando en consideración los conceptos de Flagrancia que mencione anteriormente, es necesario concluir que la ostensibilidad es una exigencia de la flagrancia que siempre debe estar presente en una situación para catalogarla como tal.

¹⁷ <http://flagranciaendelito.blogspot.com>

¹⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=flagare>

¹⁹ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

²⁰ <http://lema.rae.es/drae/?val=ostensibleecho>

Sin embargo, Jorge Vitar sabiendo que lo ostensible es algo que puede suceder de inmediato, niega que la inmediatez temporal de toda comisión de un delito en caso de flagrancia, como lo expresan las situaciones a) y b) del artículo 130 CPP²¹, pueda ser un elemento que esté siempre presente cuando el ilícito penal se caracterice por ser flagrante, y, por lo tanto, ostensible. En palabras de Vitar, la inmediatez temporal consiste, en lo que respecta a la detención, como la *aprehensión que se produce en un tiempo inmediato en relación con la ocurrencia del delito*²². Su rechazo radica en el hecho de que, en palabras suyas, *es perfectamente posible que la ostensibilidad exista con prescindencia absoluta de la inmediatez*²³. Esta deducción se puede explicar fácilmente en aquellos delitos, cuya detención del imputado puede realizarse tiempo después de la comisión del ilícito penal, lo cual puede ser manifiesto, es decir, ostensible, aunque haya transcurrido la circunstancia de tiempo y no existe la inmediatez temporal requerida. Tomando en consideración las otras situaciones de flagrancia tipificadas por el legislador en las letras c), d) y e) del 130 CPP²⁴, con su simple lectura, la requerida inmediatez temporal no se señala ni se exige, a diferencia de las hipótesis a) y b) del 130 CPP, para que se pueda detener por ser una comisión por flagrancia. El abogado citado, considera elemental el rol del juez en lo que respecta a una apreciación de que se presente o no la ostensibilidad de la comisión del delito en situación de flagrancia, donde en cada caso que se le presente considerará el elemento temporal como una circunstancia de hecho fundamental para dicha apreciación, pero no como un elemento condicionante como si hubiese una relación de dependencia entre el requisito señalado y la circunstancia de inmediatez temporal²⁵.

Un segundo requisito que siempre, al igual que la ostensibilidad, debe estar presente en una situación de flagrancia es la presencia física del

²¹ Artículo 130 CPP. Situación de Flagrancia: Se entenderá que se encuentra en situación de Flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito; b) El que acabare de cometerlo;

²² http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

²³ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

²⁴ Artículo 130 CPP. Situación de Flagrancia: Se entenderá que se encuentra en situación de Flagrancia: c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice; d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de 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, y

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

²⁵ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

detenido para que se pueda realizar la correspondiente detención. Esta exigencia se requiere en cualquiera de las hipótesis que señala el artículo 130 CPP, independiente de las diferencias que pueda existir entre las situaciones descritas en las letras a) y b) y las letras c), d) y e), las cuales se explicarán de manera más amplia en el capítulo III. En palabras del abogado Jorge Vitar, esta exigencia es conocida como vinculación fáctica o denominado por otros como inmediatez personal²⁶, para diferenciarla de la inmediatez temporal explicada anteriormente.

A continuación se requiere distinguir aquellos ilícitos penales cuya comisión en caso de flagrancia determina su obligatoria detención. La necesidad de realizar esta diferenciación radica en el propósito de poder circunscribir, en la mayor medida dentro de lo posible, la detención en situación flagrancia, en virtud de poder realizar un análisis ad hoc de la situación tipificada en el inciso final del artículo 129 CPP, en lo que respecta a aquellas diligencias efectuadas por la Policía que gozan o no de ilegalidad, aparte de ingresar y detener al individuo.

El legislador ha determinado aquellos hechos delictuales cometidos en caso de flagrancia, en virtud de los cuales procede la detención o la citación a la presencia del fiscal. En el primer caso, todos los crímenes y simples delitos que tipifica el Código Penal que son realizados en situación de flagrancia, se autoriza tanto por agentes policiales como por personas particulares la detención del individuo que participó en su comisión. Por regla general, en lo que respecta a la realización de faltas flagrantes, la ley no autoriza la detención, excepto las que señala el inciso cuarto del artículo 134 CPP, las cuales se encuentran tipificadas en el numeral 4º, 5º y 19º del artículo 494 CP. Sin embargo en el numeral 19, se requiere precisar aquellos que el legislador no autoriza su detención, los cuales son: artículo 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496 N° 5 y 26, que se encuentran tipificados en el CP²⁷.

²⁶http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

²⁷ Artículo 134 CPP.- Citación, registro y detención en casos de flagrancia. Quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de señalados en el artículo 124, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.

La policía podrá registrar las vestimentas, equipaje o el vehículo de la persona que será citada. Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación.

No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26.

En todos los casos señalados en el inciso anterior, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte.

Esta situación excepcional de que se autorice la detención y no se permita la citación, se debe a que el legislador, según los juristas Mauricio Duce y Cristián Riego, en su obra *Proceso Penal*, tras la reforma que sufrió el artículo 134 con la ley N° 19.789 en el año 2002, según sus palabras: *buscó autorizar la detención por faltas en algunas hipótesis en las que la completa exclusión de esta posibilidad podía derivar en la total impunidad de situaciones de cierta relevancia social o cuando de otra manera no hubiera sido posible para la policía el adecuado manejo de situaciones, tales como la necesidad de interrumpir la comisión del ilícito o los casos en que la citación no constituye un mecanismo eficaz para garantizar la comparecencia del imputado al procedimiento judicial*²⁸.

En la segunda situación, en la cual el legislador considera que aquellos ilícitos penales se admite la citación a la presencia del fiscal, el legislador, según el inciso primero del artículo 134 CPP, hace referencia a lo que tipifica el artículo 124 CPP. Este precepto procesal en su primer inciso explica el fundamento que justifica esta medida de citar al individuo que participó en la comisión del hecho delictual en caso de flagrancia y no de detenerlo, el cual señala que son faltas o delitos que la ley no sanciona con penas privativas y restrictivas de libertad, y en virtud de eso no aplicara la detención ya que es una medida cautelar personal que afecta la libertad personal del individuo. Sin embargo en el segundo inciso se menciona la situación excepcional, la cual ya fue comentada al tratar aquellos ilícitos penales, considerando que son faltas, en los cuales, igualmente, procede la detención al ser realizados in fraganti²⁹. El hecho de que el legislador exija una medida como la citación en presencia del fiscal, que se caracteriza por no ser ni restrictiva ni privativa como la detención, radica en la necesidad de que esos ilícitos penales, siendo que no son del calibre de los crímenes o simples delitos que tipifica el legislador en el CP, de igual manera no pueden quedar impunes frente a la sociedad. Los juristas citados en el párrafo anterior, con respecto a su misma obra, explican la razón de esta restricción de que se aplique la citación, la cual considero bastante acertada para entender los fundamentos del

El procedimiento indicado en el inciso primero podrá ser utilizado asimismo cuando, tratándose de un simple delito y no siendo posible conducir al imputado inmediatamente ante el juez, el funcionario a cargo del recinto policial considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia.

²⁸ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIAN: *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2007, Santiago, pag. 164;

²⁹ Artículo 124 CPP. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33

legislador de determinar lo anteriormente señalado, de la siguiente manera: *la razón de esta restricción dice relación con la desproporción que significa adoptar una medida de privación de libertad con el objeto de procurar la comparecencia de una persona a un proceso que en ningún caso puede dar lugar a una sanción de ese nivel de intensidad*³⁰. Entonces, los agentes policiales en las situaciones señaladas en este párrafo, deberán citar al individuo a la presencia del fiscal, cuando la comisión del hecho delictual se realice en caso de flagrancia, una vez que hayan interrumpido o hayan atrapado al que participó en el ilícito penal.

La problemática de determinar aquellos hechos delictuales que en caso de flagrancia procede la detención, que conforman la normativa penal de nuestro ordenamiento jurídico, no se encuentra resuelta con el análisis anterior, en virtud de que la regulación de la acción penal en el CPP radica, en gran parte de su normativa, en determinar aquellos delitos, con respecto a los cuales el aparato jurisdiccional actuará dependiendo de la importancia de lo que significa la comisión de un delito en particular. De esta manera, se podrá entender de mejor manera el porqué de ciertos delitos procede la detención o, en contraposición, la citación a la presencia del fiscal cuando la comisión sea en situación de flagrancia.

La acción penal, según el legislador en el artículo 53 CPP³¹, se clasifica en pública y privada. La primera se caracteriza por el hecho de que el Ministerio Público de oficio o determinadas personas que el CPP señale, son los encargados de perseguir la comisión del delito. En cambio, la acción penal privada solo podrá ser ejercida por la víctima del delito. En el mismo sentido, la acción penal pública, para determinados delitos requiere una instancia previa particular, que según el legislador en el artículo 54 CPP³²,

³⁰ DUCE, MAURICIO y RIEGO, CRISTIAN: *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Edición 2007, Santiago, pags. 163-164;

³¹ Artículo 53 CPP.- Clasificación de la acción penal. La acción penal es pública o privada.

La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el ministerio público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.

La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima.

Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima.

³² Artículo 54 CPP.- Delitos de acción pública previa instancia particular. En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al ministerio público o a la policía.

Tales delitos son:

a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal;

b) La violación de domicilio;

c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;

exige que la víctima del hecho delictual, en virtud de que de oficio actúe el Ministerio Público, denuncie previamente el ilícito penal a la justicia, al ministerio público o a la policía.

El jurista Adolfo Cisterna Pino, en su obra: “La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal Doctrina y Jurisprudencia”, del año 2004, realiza un análisis bastante exhaustivo de lo que significa la regulación de la flagrancia a nivel del Derecho Procesal Penal. A pesar de que sea una doctrina que se encuentra bastante desactualizada, considerando que no ha realizado una nueva edición tras las reformas que sufrió el análisis de la flagrancia en el CPP con la ley 20.074 y 20.253, en lo que respecta a los artículos señalados anteriormente, que junto con el 55 del CPP³³, son preceptos que tratan de la clasificación de los delitos que se tramitan a través de la acción penal, no han sufrido ninguna reforma hasta el día de hoy, lo cual nos permite considerar su análisis personal.

El jurista citado hace referencia al legislador, en lo que respecta a que la ley no distingue en la detención en caso de flagrancia si el ilícito penal es de acción penal pública o privada³⁴. Tomando en consideración que, a su vez, la ley no enumera los delitos en los que procede la acción penal pública, a diferencia de los de acción penal privada y acción penal pública previa instancia particular, se podría considerar que todos los demás no enumerados y los cometidos contra menores de edad, procede la detención en caso de flagrancia, en virtud de que el Ministerio Público, con respecto a estos hechos delictuales, actúa de oficio, sin necesidad previa de que el

d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;

e) Los previstos en la ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;

f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y

g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa.

A falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.

Cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el ministerio público podrá proceder de oficio.

Iniciado el procedimiento, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

³³ Artículo 55 CPP.- Delitos de acción privada. No podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos:

a) La calumnia y la injuria;

b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal;

c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y

d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

³⁴ CISTERNA PINO, ADOLFO: *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal Doctrina y Jurisprudencia*, año 2004, Editorial Librotecnia, Santiago, pag. 37;

ofendido lo haya denunciado a la justicia, al Ministerio Público o la Policía. Por otra parte, el legislador en el artículo 129 CPP en su inciso tercero, enumera los delitos de Violación y semejantes, tipificados en el 361 a 366 quáter del CP, como de aquellos cuya persecución requiere instancia particular previa, lo cual significa que también en estos ilícitos penales también procede la detención en caso de flagrancia, por ser un precepto que pertenece al artículo que tipifica la detención en caso de flagrancia, en concordancia con la letra g) del artículo 54 del CPP.

El abogado Cisterna Pino, en el párrafo anterior, señala lo mismo, en lo que respecta a los preceptos penales que nos permiten advertir aquellos delitos, que en situación de flagrancia procede la detención. Y, por otra parte, utiliza la herramienta de la interpretación armónica de varios artículos del CPP, para justificar su afirmación, tomando el siguiente ejemplo: *el art. 56 incisos 2º y 3º³⁵ que dan efecto extintivo a la renuncia de la acción penal efectuado por el ofendido, tratándose de los delitos de acción privada y de los de acción pública previa instancia particular (exceptuados los señalados en el art. 129 inciso 3º³⁶ y aquellos cometidos contra menores de edad)³⁷. Y, a continuación de lo señalado, llega a la siguiente deducción: esta norma que permite renunciar a la acción penal con efecto extintivo, es lógicamente contraria a la posibilidad de detener en situación de flagrancia, dado que si la ley no reconoce a estos delitos la entidad suficiente como para asumir la*

³⁵ Art. 56 CPP: Renuncia de la acción penal. La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

Pero se extinguen por esa renuncia la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delitos.

Si el delito es de aquellos que no pueden ser perseguidos sin previa instancia particular, la renuncia de la víctima a denunciarlo extinguirá la acción penal, salvo que se tratare de delito perpetrado contra menores de edad.

Esta renuncia no la podrá realizar el ministerio público.

³⁶ Art. 129 CPP: Detención en caso de flagrancia. Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al ministerio público o a la autoridad judicial más próxima.

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren in fraganti en la comisión de un delito.

No obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quáter del Código Penal.

La policía deberá, asimismo, detener al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena, al que se fugare estando detenido, al que tuviere orden de detención pendiente, a quien fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que se le hubieren impuesto, 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 y al que violare la condición del artículo 238, letra b), que le hubiere sido impuesta para la protección de otras personas.

En los casos de que trata este artículo, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención.

³⁷CISTERNA PINO, ADOLFO: *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal Doctrina y Jurisprudencia*, año 2004, Editorial Librotecnia, Santiago, pag. 37;

*persecución penal hasta las últimas consecuencias (a falta de interesado particular), entonces con menos razón está interesado en reprimir su perpetración con una excepcional forma de detención que no requiere orden judicial*³⁸. Es decir, Cisterna Pino logra a través del axioma: quien no puede lo menos no puede lo más, llegar a una conclusión muy lógica, en virtud de la importancia que reviste la situación de flagrancia, que con respecto a determinados hechos delictuales cabe la detención, y, en los restantes, la citación a la presencia del fiscal, como medida cautelar personal, tipificada en los artículos 123 y 124 CPP.

³⁸ CISTERNA PINO, ADOLFO: *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal Doctrina y Jurisprudencia*, año 2004, Editorial Librotecnia, Santiago, pag. 37;

II Consistencia del ingreso policial a un lugar cerrado Inmueble y en contraposición, el ingreso policial a través de una autorización judicial previa (Art. 9 CPP)

El inciso final del artículo 129 CPP autoriza a los funcionarios policiales a ingresar a aquellos inmuebles cerrados, cuando un individuo hubiese cometido un hecho delictual en situación de flagrancia y la policía se encontrare en su actual persecución para realizar la detención. Es decir, estos funcionarios gozan de autonomía, como fue señalado y explicado en la Introducción, para ingresar y detener en estas situaciones y, por lo tanto, no requieren autorización judicial previa, a modo de regla general, para que realicen cualquier diligencia que esté relacionada con el procedimiento penal.

Tomando en consideración que este precepto del inciso final del artículo 129 CPP significa el tema central de mi investigación, se requiere, a continuación, indicar aquellas situaciones en las cuales procede. La explicación de su señalamiento en este capítulo, radica en el hecho de la necesidad de circunscribirlo en lo que se refiere a la actividad autónoma de los funcionarios policiales, en lo que respecta a las diversas diligencias que realizan en su rol de Fuerzas de Orden y Seguridad Pública. Las situaciones en que se practica esta detención donde existe un allanamiento de morada, según el jurista Osvaldo Garrido Muñoz en su monografía: “Flagrancia en el comisión de un delito”³⁹, son:

1. Se esté en persecución del individuo que se hubiese sorprendido en flagrancia en la comisión de un punible. Situación principal, que el legislador la indica en el inciso final del 129 CPP.
2. Casos en que la víctima solicita el auxilio a la Policía, encontrándose al interior o fuera del inmueble.
3. Situaciones en que para dar protección a los testigos que soliciten auxilio se requiera violentar la esfera de resguardo, a través del allanamiento

Es necesario recalcar, que las situaciones señaladas son aquellas relacionadas con el inciso final del 129 CPP, que para interés de este acápite es en virtud de que la Policía no requiere orden previa dada por el Fiscal, en

³⁹ <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>

su ámbito de autonomía del cual goza, ni autorización judicial dada por el Juez de Garantía, por ser hechos delictuales cometidos en caso de flagrancia. Sin embargo, sabiendo que su facultad consiste en ingresar y detener al individuo que se encuentra en el inmueble, lo anterior no obsta a que la Policía pueda detener a otros sujetos que se encuentren en el mismo lugar cometiendo otros ilícitos penales en flagrancia, que se caracterizan porque materialmente son delictuales, como, por ejemplo, el portar armas sin la respectiva autorización, que exige la ley 17.798 (Control de armas) para el porte y tenencia de armas. La idea de haber señalado lo anterior, es para limitar el análisis a tratar durante el desarrollo, por el simple hecho de que nos referimos a situaciones donde la actuación de la Policía no requiere orden previa del Fiscal ni autorización judicial dada por el Juez de Garantía, para el solo efecto de solamente ingresar y detener al individuo que se encuentre en el inmueble cerrado, en el caso que se haya o esté cometiendo un ilícito penal en caso de flagrancia⁴⁰.

La actividad autónoma de la Policía se caracteriza porque se contrapone a la necesidad de orden judicial previa dada por el Fiscal o requerir autorización judicial previa de un órgano jurisdiccional, para que proceda la detención. El artículo 9 del CPP⁴¹, titulado: “Autorización judicial previa”, regula la exigencia señalada, la cual se encuentra consagrada en la Constitución Política de la República (CPR) en el inciso tercero de su artículo 83⁴². Las razones de su consagración a nivel constitucional se deducen fácilmente, ya que para que el legislador la pueda exigir a nivel legal requiere que previamente se consagre a nivel constitucional, en virtud de que la actuación policial de detener a un individuo significa una privación de la garantía fundamental de la libertad personal consagrada en el numeral

⁴⁰ En el Capítulo VI, se analizará un caso de Jurisprudencia donde se pone en cuestión la detención por hechos, que gozan de materialidad delictual dentro de un inmueble cerrado.

⁴¹ Artículo 9 CPP.- Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.

⁴² Artículo 83 CPR: El Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, 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. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite dichas órdenes y no podrá calificar su fundamento, oportunidad, justicia o legalidad, salvo requerir la exhibición de la autorización judicial previa, en su caso.

séptimo del artículo 19 de la CPR, y para que se revista de legalidad la violación señalada se requiere previamente una autorización judicial, solicitada por el fiscal y otorgada por el Juez de Garantía respectivo. Es decir, la exigencia de una autorización judicial previa, dada por el Juez de Garantía, es la regla general, que en palabras de Cristián Maturana Miquel y Raúl Montero López en su obra: “*Derecho Procesal Penal Tomo II*”, para realizar cualquier diligencia que importe privar, restringir o perturbar al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución les asegura (artículo 9º)⁴³.

Se requiere, a continuación, realizar una serie de precisiones necesarias para distinguir, con respecto a las actuaciones que realiza la Policía, cuando requiere autorización judicial previa o cuando es autónoma, en virtud de seguir circunscribiendo de manera más acertada la situación que trata el inciso final del artículo 129 del CPP.

En lo que respecta a la autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía, se requiere precisar el término de “diversos lugares”, ya que dependiendo del tipo de lugar a donde ingrese la Policía, como diligencia encomendada por el Fiscal con el objeto de encontrar al individuo que cometió el ilícito penal en caso de flagrancia, el precepto procesal penal que lo regula es distinto. El análisis de aquellos artículos que lo regulan, se encuentra fuera del objetivo propuesto en este trabajo de investigación. No obstante, se analizará, en este capítulo y en el cuarto acápite, algunas situaciones que tienen cierta relación con lo señalado en el párrafo y que requieren ser precisadas.

Los motivos de urgencia son razones que el legislador las considera de importancia vital, lo cual se ha traducido en regular ciertas situaciones, en las cuales la exigencia de la necesidad de una orden judicial previa se ha acoplado, en virtud de que se logren objetivos propuestos dentro del Proceso Penal. Fácilmente, se puede advertir en el inciso tercero del artículo 9 CPP, por medio de la expresión: *casos urgentes*, donde se permite la solicitud de la autorización judicial previa del Fiscal y la entrega del Juez de Garantía, a través del cualquier medio idóneo, en virtud de que se logre el éxito de la diligencia solicitada a la Policía. Otra situación importante, en lo que respecta a la diligencia del registro de cualquier lugar para comprobar si el individuo

⁴³ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN Y MONTERO LÒPEZ, JULIAN: *Derecho Procesal Penal Tomo II*, Año 2012, Edición AbeledoPerrot, Santiago, pag. 668;

que cometió el ilícito penal en caso de flagrancia se encuentra en ese lugar y que tiene relación con lo señalado de la orden judicial previa, es la del artículo 207 CPP⁴⁴, titulado “*Horario para el registro*”, ya que acepta el registro de cualquier lugar en un horario distinto del tiempo que media entre las seis y las veintidós horas en aquellos casos considerados urgentes donde el éxito de esta diligencia no admitiera demora. En este caso, se requiere orden judicial previa, siendo una situación extraordinaria de la que se plantea en un comienzo el precepto señalado, donde se exige que señale expresamente el motivo de la urgencia. Es necesario señalar, que en varios casos los motivos de urgencia no se van expresar literalmente, como es la situación regulada del artículo 213 CPP⁴⁵, donde se expresa la facultad autónoma del Fiscal para encomendar la diligencia a los funcionarios policiales de tomar las medidas de vigilancia que estime convenientes, en virtud de evitar la fuga del imputado. Los motivos de urgencia se deducen del hecho de que dicha facultad la puede ejercer antes de que el Juez de Garantía dicte la orden judicial previa de entrada y registro, regulada en el artículo 208 CPP.

Sin embargo, también los motivos de urgencia, en virtud de una necesidad de urgencia, valga la redundancia, van a justificar, en contraposición, cuando se presente una situación de flagrancia, la actuación autónoma de la Policía, e incluso de los particulares, como señala el comentado artículo 129 CPP, y en consecuencia no se va a requerir una autorización judicial previa. Cuando se analizó en el capítulo I los elementos que condicionaban la existencia de la flagrancia para que procediera la respectiva detención, se citó al jurista Jorge Vitar Cáceres, en virtud de que rechazaba, en términos suyos, la inmediatez temporal como requisito o exigencia para que se presente una situación de flagrancia. En su obra: “La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253”, considera que es necesario delegar el poder estatal en manos de cuerpos policiales en aquellos casos en que no es posible conseguir una autorización judicial previa del Juez de Garantía respectivo, porque la flagrancia es algo que, principalmente, se caracteriza por ser algo ostensible, que no es dependiente

⁴⁴ Artículo 207 CPP. Horario para el registro. El registro deberá hacerse en el tiempo que media entre las seis y las veintidós horas; pero podrá verificarse fuera de estas horas en lugares de libre acceso público y que se encontraren abiertos durante la noche. Asimismo, procederá en casos urgentes, cuando su ejecución no admitiere demora. En este último evento, la resolución que autorizare la entrada y el registro deberá señalar expresamente el motivo de la urgencia.

⁴⁵ Artículo 213 CPP. Medidas de vigilancia. Aun antes de que el juez de garantía dictare la orden de entrada y registro de que trata el artículo 208, el fiscal podrá disponer las medidas de vigilancia que estimare convenientes para evitar la fuga del imputado o la sustracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia.

de la inmediatez temporal de haberse cometido el hecho delictual, en virtud del cual procede la inmediata detención del individuo. Lo anterior lo fundamenta, en aquellas hipótesis descritas en la letra c), d) y e) del artículo 130 CPP, donde no se exige inmediatez temporal de la situación de flagrancia, ya que lo que *arde o quema* (ostensible), en palabras suyas, es *la sindicación del delincuente o la existencia de vestigios en su persona, que permitan vincular intelectualmente, más que temporalmente, al sujeto con el delito*⁴⁶.

Es necesario señalar que todas aquellas diligencias que le encomienda el Fiscal a la Policía, sea con o sin autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía respectivo, son medidas intrusivas en la actividad policial en lo que respecta a la investigación. Según los juristas Mauricio Duce J. y Cristián Riego R., estas actuaciones *suponen afectar algún ámbito de privacidad de las personas que la ley protege, como son, por ejemplo, el domicilio, las comunicaciones privadas, el cuerpo y los vestidos de las personas, su correspondencia y otras*⁴⁷.

Volviendo a citar a Jorge Vitar Cáceres, en su obra: “La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253”, logra llegar a una conclusión bastante acertada, en lo que respecta al límite que existe entre la necesidad de solicitar una autorización judicial previa y la actuación autónoma de la Policía para detener a un individuo que ha cometido un ilícito penal en caso de flagrancia. El abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, a través del análisis de los requisitos que componen la situación de flagrancia, analizado en el capítulo I, señala lo siguiente: *A nuestro juicio, es precisamente la ausencia de vinculación fáctica, la que fija conceptualmente el límite máximo de la flagrancia, a partir de la cual debe necesariamente recurrirse a la autorización judicial para proceder a la detención del sujeto*⁴⁸. Recordando que la vinculación fáctica, según Jorge Vitar, es la presencia física del detenido, independiente de cualquiera de las hipótesis que señala el artículo 130 CPP, es lógico que si no está presente físicamente el individuo que cometió el hecho delictual, es difícil, por no decir imposible, considerar que estamos en una situación de flagrancia. En consecuencia, cualquier otra diligencia que se encomiende a los funcionarios policiales de

⁴⁶ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

⁴⁷ DUCE J., MAURICIO y RIEGO R., CRISTIÁN: *Proceso Penal*, Año 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pag. 172;

⁴⁸ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

detener al individuo, al encontrarse indicios que nos permitan concluir la persona que realizó el ilícito penal, requerirá necesariamente una autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía al haber sido solicitada por el Fiscal.

Para dar conclusión final a este capítulo, se requiere señalar la diferencia entre la actuación autónoma de la Policía, la actuación de la Policía por orden dada por el Fiscal en su facultad autónoma, y la actuación de la Policía por orden dada por el Fiscal en virtud de que solicitó al Juez de Garantía autorización judicial previa. La primera se encuentran tipificada en el artículo 83 del CPP, que para interés de nuestro trabajo nos dedicaremos a la que se encuentra en la letra b), que señala lo siguiente: *Practicar la detención en los caso de flagrancia, conforme a la ley*, y en el artículo 85 CPP, en lo que respecta al Control de Identidad. Por otra parte, la segunda son aquellas diligencias que realiza la Policía por orden dada por el fiscal que dirige la investigación, y que pertenece a sus facultades autónomas como funcionario del Ministerio Público. Y la tercera, son también diligencias encomendadas a la Policía por orden dada por el Fiscal, quien tuvo que solicitar al Juez de Garantía autorización judicial previa para poder exigírsela a los funcionarios policiales.

El problema que presenta lo anterior, es saber la diferencia de la segunda de la tercera. Sin embargo, en virtud del artículo 9 CPP, toda aquella diligencia realizada por el fiscal directamente o por los funcionarios policiales que privare, restringiere o perturbare el ejercicio de los derechos que la CPR asegura al imputado o a un tercero, requerirá autorización judicial previa del Juez de Garantía respectivo, solicitada por el fiscal que dirige la investigación. Y en el mismo sentido, las facultades autónomas del Fiscal, están dirigidas, como señala Cristián Maturana Miquel y Raúl López Montero en su obra *Derecho Procesal Penal Tomo II, a consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes del mismo*⁴⁹, siempre y cuando no prive, restrinja ni perturbe el ejercicio de los derechos garantizados en la CPR al imputado o a un tercero.

⁴⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN Y MONTERO LOPEZ, RAUL: *Derecho Procesal Penal Tomo II*, 2012, Santiago, pág. 654;

III Análisis de los supuestos de flagrancia (artículo 130 CPP) en relación con la situación expresada en el inciso final del artículo 129 CPP del ingreso a un inmueble cerrado.

El inciso final del artículo 129 CPP expresa una situación que se caracteriza por ser aquellos casos donde el individuo cometió un ilícito penal in fraganti, sin especificar de qué manera se presentó la flagrancia. Considerando que mi deseo en esta investigación jurídica apunta al análisis de aquellas actuaciones distintas de ingresar y detener realizadas por la Policía, cuando se encuentra el individuo dentro de un inmueble cerrado, mi objetivo a continuación consiste en determinar cuáles de aquellas hipótesis que señala el artículo 130 CPP se encuadran en la situación del inciso final del 129 CPP.

Aunque el legislador exprese al comienzo del precepto final del artículo 129 CPP: *En los casos que trata este artículo*, fácilmente se puede advertir que los incisos que lo conforman se encuentran obligatoriamente relacionadas con el artículo que expresa aquellas hipótesis, que en virtud de ciertas circunstancias considera la comisión de un ilícito penal como en situación de flagrancia. El artículo 130 CPP, al cual me estoy refiriendo, tipifica 5 situaciones de flagrancia. El jurista Jorge Vitar Cáceres, en su obra: “La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253”, se ha dado el trabajo de distinguirlas de distinta manera. La primera clasificación que enuncia, es en virtud de los conceptos enunciados arriba de lo que significa la flagrancia, específicamente señalados en el Capítulo primero. Si consideramos el concepto funcional enunciado por el jurista citado, la única hipótesis que calza perfecta con la definición es la que se encuentra expresada en la letra a). En lo que respecta a las demás situaciones tipificadas desde la letra b) a la letra e), Vitar Cáceres señala lo siguiente: *quedan fuera del concepto doctrinario de flagrancia, y configuran más propiamente lo que se han denominado supuestos legales de flagrancia o flagrancia en sentido amplio*⁵⁰. Es decir, el abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, como señala a continuación de lo citado, considera la hipótesis de la letra a) del artículo 130 CPP como un *concepto de naturaleza estricta*⁵¹, lo cual significa que apunta a la esencia de cómo se

⁵⁰ http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

⁵¹ Ibid;

manifiesta la comisión de un ilícito penal en caso de flagrancia propiamente tal. Por otra parte al señalar que las otras hipótesis son de flagrancia en sentido amplio o supuestos legales de flagrancia, se puede deducir que siendo que no son de naturaleza estricta es necesario aceptar que, igualmente, pertenecen al conjunto de situaciones de flagrancia por el hecho de que el legislador lo ha tipificado en el CPP. Entonces, se puede decir que el criterio de distinción entre ambas categorías de supuestos es en virtud de si la situación que se presente, es un caso de flagrancia como lo define la doctrina en sentido estricto.

Otra clasificación que realiza el jurista Jorge Vitar, en virtud de poder distinguir las, la realiza a través de dos conceptos: la flagrancia propiamente tal y la cuasiflagrancia. Según Vitar, configuran la primera: el supuesto a) y el supuesto b) del artículo 130 CPP⁵². En cambio, la cuasiflagrancia se encuentra conformada por las 3 hipótesis restantes del artículo 130 CPP: la letra c), d) y e)⁵³. El criterio de distinción que considera para diferenciar ambos tipos de flagrancia, se fundamenta a través de la persona que advierte u observa, o bien sorprende con evidencias, según el caso, de la comisión de un ilícito penal en situación de flagrancia. Si quien advierte al sujeto a detener, por el acto delictual realizando in fraganti, es un particular o la policía, según Vitar Cáceres, estamos en presencia de lo que considera la flagrancia propiamente tal. Por otra parte, si la detención de un individuo es en función de lo comentado por la observación de un testigo presencial o de la propia víctima del ilícito penal, o bien por sorprenderlo con evidencias que permitan hacerle sospechar de que tuvo algún grado de participación en la comisión del hecho delictual en caso de flagrancia, entonces nos encontramos frente a una cuasiflagrancia⁵⁴. Por lo tanto, la distinción que realiza el abogado Vitar Cáceres, es a través de distintas denominaciones de flagrancia, en virtud de que señalar una flagrancia como cuasiflagrancia me permite, fácilmente visualizar que flagrancia, como comúnmente se conoce, no lo es, por la descripción que realiza el legislador de los supuestos c), d) y e).

En el mismo sentido, el jurista Osvaldo Garrido Muñoz en su monografía: “Flagrancia en la comisión de un delito”, también hace una distinción de los supuestos de flagrancia del artículo 130 CPP. De igual manera que el abogado Jorge Vitar Cáceres, las hipótesis las clasifica en dos grupos, en

⁵² *Op. cit.* 8.

⁵³ *Op. cit.* 11.

⁵⁴ *Op. cit.* 37

virtud de que el precepto que las tipifica representa una clasificación dogmática. Lo anterior se visualiza en función de que las hipótesis de la letra a) y b) conforman lo que él denomina: flagrancia verdadera, y, por otra parte, las disposiciones de la letra d) y e) constituyen la flagrancia ficta. Considero que lo notable de la clasificación de este jurista radica en la catalogación de la situación de la letra c)⁵⁵, como si fuera una figura penal híbrida, manifestada a través *de una mixtura de ambas (verdadera y ficta)*⁵⁶, ya que el precepto se puede dividir en dos partes que requieren ser copulativas para que se cumpla a cabalidad lo que exige el legislador, y que va a depender, en palabras de Osvaldo Garrido Muñoz: *de la observación sensorial, si no se pierde de vista al sujeto desde la comisión del punible*⁵⁷. Un análisis más exhaustivo de este precepto, en lo que respecta al tema central de esta investigación, se verá a continuación.

La necesidad de haberse señalado 3 diferentes distinciones de los cinco supuestos que conforman el precepto 130 CPP en cuestión, fue en virtud de que a continuación analizaré cada una de las situaciones de manera más profunda con el objeto de ser precisado de mejor manera el inciso final del artículo 129 CPP. Es decir, el estudio consistirá en verificar si en cada uno de las hipótesis de flagrancia se puede configurar la situación especial que expresa el precepto final del artículo 129 CPP. En el mismo sentido, cuando analice cada una de las situaciones y haga referencia al individuo que cometió el hecho delictual, no solamente me estoy refiriendo al autor material sino también a aquellas personas que tuvieron una cierta participación en grado de cómplice dentro de la comisión del ilícito penal, en caso de flagrancia.

Obviamente, el presente análisis será para que posteriormente pueda realizar unas acordes conclusiones en lo que respecta a la ilegalidad de diligencias distintas de ingresar y detener al individuo que ingresó al inmueble cerrado, tras haber cometido el ilícito penal en caso de flagrancia.

La primera hipótesis del artículo 130 CPP, tipificada en la letra a), señala lo siguiente: *Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito.*

⁵⁵ Artículo 130.- Situación de flagrancia. Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

⁵⁶ <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>;

⁵⁷ Ibid;

Anteriormente se señaló que casi todas, por no decir todas, las definiciones doctrinales de flagrancia la concebían en virtud de la situación tipificada en la letra a) del 130. Tales definiciones gozan de la lógica de que el supuesto tratado es de por sí el principal entre los demás, ya que el concepto de flagrancia que viene de flagrante, según la RAE, significa, precisamente, *que se está ejecutando actualmente*⁵⁸. Es decir, nos encontramos en presencia de la realización de todo ilícito penal en su acto de ejecución, el cual todavía no se ha consumado, y que por tal circunstancia el legislador lo ha catalogado como situación de flagrancia porque todavía su realización no se ha cumplido, pero que se está realizando actualmente.

Los juristas Maturana Miquel y Montero López, comentan la especial situación que presenta el desarrollo de los delitos permanentes, como por ejemplo el delito de secuestro, en virtud, como señalan ellos, *por su particular forma de acontecer*⁵⁹. Y consideran que la detención por el caso de flagrancia se justifica porque su comisión se renueva a cada momento de tiempo, ya que se está en presencia de una flagrancia permanente, lo cual significa que la realización nunca se consume y todo el lapso de tiempo en que se está cometiendo el delito, se encuentra en grado de ejecución por parte del individuo. Es decir, son el tipo de delitos cuya detención solo puede calzar en el supuesto de flagrancia que estamos tratando, porque su comisión se visualiza mientras se está desarrollando.

Relacionándolo con el precepto final del artículo 129, una vez explicada la situación a) del 130 CPP, fácilmente se puede advertir que este supuesto de flagrancia se puede dar sin ninguna dificultad. El individuo al huir del lugar de la comisión, sin haber consumido en su totalidad el ilícito penal que estaba actualmente realizado, en virtud de haber sido advertido por un funcionario policial, en el caso que ingrese a un inmueble cerrado cuando se está en su actual persecución, la policía goza de la potestad autónoma de ingresar y detenerlo. Por lo tanto, la hipótesis a) queda certificada, en lo que respecta a lo que tipifica el legislador en el inciso final del 129 CPP.

La segunda situación del artículo 130 CPP, señala lo siguiente: *Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: b) El que acabare de cometerlo.*

⁵⁸ <http://lema.rae.es/drae/?val=flagrante>

⁵⁹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN Y MONTERO LÒPEZ, JULIAN: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, Año 2012, Edición AbeledoPerrot, Santiago, pag. 524

En esta hipótesis el legislador señala como supuesto de flagrancia el momento posterior al que tipifica el legislador en la letra a) del 130 CPP. Es decir, la hipótesis b) del CPP consiste en lo que sucede posteriormente a la situación de que un individuo se encuentre cometiendo actualmente un ilícito penal, lo cual se traduce, en pocas palabras, en el supuesto de que acaba de cometerlo.

Es importante comentar que este supuesto apunta a ilícitos penales que se encuentran en la fase de ejecución de consumado, en lo que respecta a la teoría del Iter Criminis.

Finalmente, relacionando esta hipótesis b) con el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, no presenta ninguna problemática aceptar que es perfectamente posible que se presente la situación con este segundo supuesto del 130 CPP. Lo anterior se puede visualizar en aquellas situaciones en que un individuo tras haber cometido un ilícito penal ingresa a un inmueble cerrado, en virtud de que la Policía lo persigue tras haber advertido su comisión. Por lo tanto, sin necesidad de orden previa dada por el Juez de Garantía, la Policía igualmente goza de la facultad autónoma de ingresar y detener al individuo dentro del inmueble cerrado en el que se encuentra. En conclusión, al igual que la primer supuesto, el segundo supuesto de flagrancia del artículo 130 CPP queda certificado que se puede presentar en la situación desarrollada en el inciso final del artículo 129 CPP.

El tercer supuesto del artículo que se está citando, tipificado en la letra c), señala lo siguiente: *Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice.*

La tercera hipótesis expresa una situación que se puede decir que es el supuesto que mejor calza con el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP. En virtud de que exista una dependencia de que el individuo huyó del lugar de la comisión del ilícito penal que cometió y del hecho de haber sido señalado como el autor o cómplice del hecho delictual por parte de la víctima o un testigo presencial a los funcionarios policiales que estaban realizando sus funciones habituales. Por lo tanto, con el objeto de aterrizarlo a lo que señala el inciso final del artículo 129 CPP, significa que tras el evento de haber sido designado se presenta una persecución por parte de los funcionarios policiales que en el posible evento que se haya

ocultado en un inmueble cerrado, ellos gozan de la facultad autónoma de ingresar y detenerlo.

Se requiere hacer una precisión sobre esta tercera situación del artículo 130 CPP, en relación con el inciso final del artículo 129 CPP. Según el Jurista Rodrigo Durán Fuica, en su obra: “Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal”, señala que la designación es material del autor o cómplice⁶⁰, lo cual significa que la propia víctima o el testigo presencial designan al individuo con el dedo una vez que se encuentra huyendo del lugar de la comisión, por haber advertido quien fue la persona que cometió el hecho delictual. Por lo tanto, se requiere para que la Policía ejerza su función autónoma de ingresar y detener al autor o cómplice, que se encuentre en el lugar de la comisión e, inmediatamente, tome conocimiento de la situación delictual por la víctima o el testigo presencial, quienes deben señalarlo materialmente mientras está huyendo del lugar de la comisión.

En conclusión, el supuesto c) del artículo 130 CPP puede ser, al igual que la hipótesis a) y b), aquella situación de flagrancia, que se presente en el desarrollo del precepto tipificado en el inciso final del artículo 129 CPP.

La penúltima situación de flagrancia que tipificó el legislador en el artículo 130 CPP, señala lo siguiente: *Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: 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.*

El supuesto tipificado en la letra d) del artículo 130 CPP se caracteriza, a diferencia de las hipótesis analizadas, por el hecho de que se aprecia la comisión en situación de flagrancia a través de indicios que permiten sospechar que un individuo tuvo una cierta participación en el hecho delictual sucedido. Sin embargo, para que proceda esta detención, se requiere previamente que la Policía tome conocimiento del evento delictual, ya que el precepto en cuestión, en virtud de la expresión: *en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito*, supone una situación en la cual los funcionarios policiales, al haberse informado de que una persona sufrió un daño a un bien

⁶⁰ DURAN FUICA, RODRIGO: *Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal*, Editorial Librotecnia. Noviembre 2003, Santiago, pag. 169

jurídico, realizan diligencias que permitan dar con el paradero del o los individuos que participaron en el ilícito penal.

Una de las principales diligencias, que realizarán los funcionarios policiales, en lo que respecta a este supuesto, como actuación autónoma, será el Control de Identidad tipificado en el artículo 85 CPP, cuando, como dice el precepto en su inciso primero: *según las circunstancias, estimaren que existen indicios de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta*. Si lo anterior, lo relacionamos con el inciso segundo, perfectamente encaja con el supuesto en cuestión, el cual señala: *durante este procedimiento, sin necesidad de nuevos indicios, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente*. Es decir, el legislador con la diligencia autónoma del control de identidad permite que la policía, expresando que puede ser en virtud de cualquiera de las hipótesis del 130 CPP, pueda realizar la detención en caso de flagrancia, deduciéndose que hace cierta referencia textual a la situación que tipifica el supuesto que se está analizando ahora.

Considerando el análisis realizado del supuesto d) del artículo 130 CPP, si lo relacionamos con el precepto del inciso final del 129 CPP en el evento que se pueda realizar una detención en situación de flagrancia en virtud de esta hipótesis, se puede concluir, a diferencia de los tres primeros supuestos, que es imposible. Lo que exige este supuesto d) no se puede configurar con respecto a lo que señala el precepto final del 129, ya que la detención en situación de flagrancia, procede en este caso, si se encuentra con los indicios que hagan sospechar su participación en la comisión del hecho delictual dentro de un tiempo intermedio y no cuando se encontrare en actual persecución tras haber realizado el hecho delictual el individuo. Además, es una situación en la que, temporalmente, la detención es posterior al momento en que se haya cometido el ilícito penal, y, por otra parte, el precepto del 129 exige que se realice la detención dentro del inmueble cerrado, pero una vez que hayan advertido que se estaba o se había cometido el ilícito penal.

La quinta y última hipótesis de flagrancia que tipificó el legislador en la letra e), fue introducida en el CPP en virtud de la reforma que sufrió a través de la ley 20.074 del año 2005, lo cual fue comentado en la Introducción. El precepto señala lo siguiente: *Se entenderá que se encuentra en situación de flagrancia: 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.*

El supuesto quinto, al igual que el tercer supuesto, se encuentra configurado por medio del protagonismo tanto a la víctima como a los testigos presenciales del evento que sucedió, para denunciar al individuo que cometió el ilícito penal. Sin embargo, al igual que la anterior hipótesis, el elemento de *tiempo inmediato* también aparece, en lo que respecta a la temporalidad en la cual se hace la denuncia correspondiente a los funcionarios policiales para que realicen la detención de aquellas personas que en calidad de autores o cómplices cometieron el hecho delictual.

Antes de analizar esta última situación de flagrancia, en virtud de la posibilidad de poder presentarse en el precepto desarrollado en el inciso final del 129, se hace necesario que me refiera a la expresión *tiempo inmediato*, la cual se encuentra precisada en el inciso final del 130 CPP en lo que respecta al supuesto d) y e) del mismo artículo. El legislador señala lo siguiente: *Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) 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 horas.* Sin ánimo de ser exhaustivo en este tema, es necesario señalar, en palabras suyas, lo que dice el jurista Jorge Vitar Cáceres en su obra: *La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253*, con respecto al problema que ha significado la expresión tiempo inmediato en virtud de la inclusión de este último inciso en el artículo 130 CPP, a través de la ley 20.253: *en lo relativo a la flagrancia, el mensaje, sobre la ley 20.253, sostiene que la indeterminación de lo que debe entenderse por “tiempo inmediato” ha llevado a interpretaciones diversas en cuanto a su extensión, lo que se traduce en ilegalidades de detención si el tribunal estima que este ha sido excesivo*⁶¹. Es decir, el hecho de que se ilegal o no la detención, situación que se determina en la audiencia de control de detención, por que existan detenciones realizadas fuera del plazo de 12 horas, es un tema que se escapa fuera de

⁶¹http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf

mi análisis y que para efectos de este trabajo, señalaré que tiempo inmediato es lo que precisa el inciso final del artículo 130 CPP.

Considerando lo anterior, la hipótesis e) del 130 CPP, no se puede presentar en el precepto desarrollado en el inciso final del 129 CPP. El hecho de que las víctimas que reclamen auxilio como los testigos presenciales de la comisión del ilícito penal señalen a individuo que lo cometió, en calidad de cómplice o autor, en un tiempo inmediato, da a entender que puede ser a través de una denuncia en una comisaría, tiempo después que ha huido el individuo, o en aquellos casos en los que los funcionarios policiales realizan su función habitual y advierten la comisión del hecho delictual a través de los llamados de auxilio de la víctima o el testimonio dado por un testigo presencial sobre lo sucedido. No se puede negar que la situación de una denuncia en la comisaría, primer caso, no se puede presentar en el inciso final del 129 CPP, porque la actual persecución del individuo solamente puede suceder cuando el individuo, después de estar o haber cometido el hecho delictual, huye del sitio del suceso, y, además, el ingreso para detener al individuo que lo realizó, en este caso, requiere autorización judicial previa solicitada por el Fiscal y dada por el Juez de Garantía competente. En cambio, el segundo caso señalado, sin ningún problema se puede aterrizar en el inciso final del 129 CPP, pero esta manera de ver el supuesto e) es idéntica a la hipótesis c), aunque en ésta no se señale los reclamos de auxilio por parte del ofendido o víctima, que es una actitud lógica de él, es decir, llegaríamos a una paradoja. Además, en ambas situaciones, el hecho que señale la hipótesis e) que sea designado el autor o cómplice en un tiempo inmediato, da a entender que es un tiempo posterior a la sucesión del hecho delictual. Por lo tanto, la situación e) no se puede presentar en el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 del CPP.

Finalizando el capítulo IV, me encuentro en condiciones de señalar que solamente las hipótesis a), b) y c) del 130 CPP, son los supuestos que pueden calzar en el inciso final del artículo 129 CPP, como situaciones de flagrancia que se pueden presentar para que la Policía pueda ingresar al inmueble cerrado y detener, sin necesidad de orden previa solicitada por el Fiscal y dada por el Juez de Garantía, en el evento que un individuo que cometió un ilícito penal en caso de flagrancia se encuentre en actual persecución e ingrese a dicho inmueble.

IV Situaciones Problemáticas

El precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, presenta una serie de problemáticas que se traducen en situaciones, que en virtud del presente trabajo no me pueden dejar indiferente, en lo que respecta a su importancia. Volviendo a recordar que la idea de esta tesina es analizar aquellos supuestos en que la Policía, aparte de ingresar al inmueble y detener al individuo que se encuentra ahí, realiza otras diligencias distintas, las cuales se caracterizan porque gozan de ilegalidad, no es por eso necesario seguir circunscribiendo y precisando este inciso en cuestión, con el objeto de que mis conclusiones finales cumplan el objetivo propuesto desde un comienzo.

1. La situación del inciso primero del artículo 206 CPP, como diligencia en la etapa de investigación del Procedimiento Penal.

El artículo 206 CPP, titulado: *Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden*, en su primer inciso señala lo siguiente: *La policía podrá entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso de su propietario o encargado ni autorización u orden previa, cuando las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito.*

La problemática que presenta esta situación radica en virtud de plantearnos la siguiente pregunta de si lo que señala el legislador en este precepto, puede tener cabida el hecho de que se presente la situación que señala en el inciso final del artículo 129 CPP.

La interrogante planteada surge a raíz de que los redactores del CPP expresan, claramente, que se está cometiendo un ilícito penal en ese momento dentro de un inmueble cerrado, y dan la potestad autónoma a los funcionarios policiales de ingresar y registrar el lugar donde se encuentran las personas que están sufriendo el hecho delictual. Es decir, no se puede negar que se está realizando el delito en situación de flagrancia, por las llamadas de auxilio, que provienen de un lugar habitado por personas, o por los signos evidentes que demuestran su comisión en este lugar o edificio cerrado, sin embargo la presencia del cuerpo policial en las afueras del inmueble cerrado, es por orden previa dada por el Fiscal en su facultad autónoma, ya que se presume que el individuo que cometió un ilícito penal

cualquiera se encuentra en ese lugar. Por lo tanto, ya que el legislador otorga la facultad autónoma de ingresar y registrar el inmueble, sin necesidad del consentimiento de su propietario o encargado y sin necesidad de autorización judicial previa del Juez de Garantía u orden previa del Fiscal, en virtud de que en ese lugar o edificio cerrado se está cometiendo un hecho delictual en calidad de flagrante, en el caso que el individuo que realiza o realizó el ilícito penal, que justificó el ejercicio de la actividad autónoma policial señalada, permanezca en este inmueble cerrado, los funcionarios policiales tendrán la obligación de detenerlo, facultad que se encuentra establecida en la letra b) del artículo 83 del CPP.

Es necesario expresar lo que comentan los juristas Mauricio Duce y Cristián Riego, en su obra: “Proceso Penal” con respecto al precepto desarrollado en el inciso primero del artículo 206 CPP. Ellos señalan que el artículo es una medida que significa una excepción al principio de necesitar orden o autorización judicial previa en virtud de ser una diligencia que afecta derechos constitucionales, ya que el ingreso y registro de un lugar cerrado, en caso de flagrancia, es una facultad autónoma otorgada a la Policía⁶². Y continúan señalando que esta facultad es entregada a los funcionarios policiales y no al Ministerio Público porque, en palabras suyas: *podría justificarse en el hecho de que es la primera y no el segundo quien tiene el deber de reaccionar a la situación concreta de flagrancia, y por eso se justifica, como señalan más adelante, que cuente con facultades especiales*⁶³. La importancia de haberlos citado, es que expresamente ellos consideran la situación del precepto en cuestión como un caso de flagrancia, porque no cabe la menor duda que la situación de que en ese lugar provengan llamados de auxilio de las personas que se encuentran ahí o aparezcan signos evidentes de que se está cometiendo un delito, es supuesto de flagrancia, aunque el legislador no lo señale.

Por otra parte, es necesario señalar que el inciso primero, en lo que respecta a su redacción, sufrió una modificación a través la ley 20.253 del año 2008. La reforma consistió en que la expresión: “u orden”, sustituyó al término: “judicial”. A su vez, la misma ley introdujo un nuevo inciso segundo en este artículo, lo cual significó que el antiguo inciso segundo pasara ser el

⁶² DUCE J., MAURICIO y RIEGO R., CRISTIÁN: *Proceso Penal*, Año 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pag. 174 y 175

⁶³ DUCE J., MAURICIO y RIEGO R., CRISTIÁN: *Proceso Penal*, Año 2007, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pag. 175

actual inciso tercero⁶⁴. El inciso segundo, en términos breves, apunta a un formalismo necesario en que se dé constancia de la diligencia autónoma realizada a través de una comunicación dada al Fiscal por parte de la Policía, una vez realizado el procedimiento descrito en el inciso primero, cuya copia del acta será entregada al propietario o encargado del lugar al cual se ingresó. Y el inciso tercero, también en breves palabras, apunta al delito de abigeato cometido en predios, en lo que respecta a proceder como señala el inciso primero. Es decir, los dos últimos incisos del artículo 206 CPP, su análisis más profundo se encuentra fuera de mi interés en el presente trabajo.

Volviendo al análisis del primer inciso, el jurista Guillermo Piedrabuena en su obra: “Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia”, señala que la señalada modificación, cuyo origen surgió en el Mensaje del Ejecutivo, fue, en palabras suyas, *para que los policías sin contar con autorización judicial o del fiscal, en su caso, pudieran ingresar en lugares cerrados y registrarlos, cuando existieran antecedentes suficientes de en dicho lugar se estaría cometiendo un delito, con la finalidad de impedir su ocurrencia o consumación, o para asegurar su integridad física o psíquica de sus moradores*⁶⁵. Realmente de la cita señalada, es interesante advertir que la diligencia que realiza el cuerpo policial es netamente autónoma, ya que siendo un precepto que pertenece a la etapa de Investigación, no le impide actuar cuando se presenta una situación de flagrancia, sin necesidad de tener orden dada por el Fiscal o autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía respectivo. Por lo tanto, se puede señalar la importancia que se le da a cualquier supuesto de flagrancia que se presente para que proceda la detención del cuerpo policial en virtud de la facultad autónoma de la letra b) del artículo 83 CPP, independiente que no tenga conexión con el hecho investigado y frente al cual el Fiscal requiere de sus servicios durante esta etapa.

Es necesario volver a citar a Guillermo Piedrabuena, que a través de su misma obra, llega a una conclusión bastante acertada en lo que respecta al

⁶⁴ Artículo 206.- Entrada y registro en lugares cerrados sin autorización u orden.

De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar. (inciso segundo)

Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, 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. (inciso tercero)

⁶⁵ PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO: *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*, edición 2008, Santiago, pág. 81;

entendimiento de los motivos que justificaron la enmienda que sufrió el artículo 206 CPP. En simples palabras, la conclusión se remite a la necesidad de urgencia, ya comentada en el capítulo II del presente trabajo, como situación excepcional que justifica la actuación de la Policía de esa manera, a través de las siguientes palabras: *sin necesidad de orden previa de los fiscales y menos de autorización judicial*⁶⁶. Y en virtud de lo anterior, el legislador acepta el ingreso y el registro del inmueble cerrado donde se está cometiendo el ilícito penal flagrante, y de esta manera proceda la lógica detención. Sin embargo, para finalizar, en sí el cambio legal, como decían ellos, no significó un gran cambio a la situación que existía desde un comienzo con este precepto, de lo cual manifiesto mi aceptación de aquella deducción.

Se requiere ahora distinguir este precepto (inciso primero artículo 206 CPP) del artículo 205 CPP, titulado: *entrada y registro en lugares cerrados*, por el hecho de que se refiere, de igual manera que el artículo 206 CPP, a inmuebles cerrados y, especialmente, en virtud del evento de poder realizar la detención requerida del individuo que cometió un ilícito penal, ya que puede generar confusiones, y también, por ser una diligencia que se realiza en la etapa de investigación de ingresar y registrar. La diferenciación de estos artículos radica en el hecho de que el ingreso y el registro depende del consentimiento del propietario o encargado del lugar, ya que tomando en consideración que no se han presentado los motivos de urgencia que señala el precepto problemático de este capítulo, se presume que en ese inmueble se encuentra el imputado, quien pueda darse a la fuga en el evento que tome conocimiento que se encuentra la Policía realizando la diligencia de poder practicarle la detención respectiva. La diligencia de ingresar y registrar el inmueble, continuando con la distinción, es porque, junto con lo señalado sobre la detención, se presume, además, que dentro del lugar hay medios para comprobar la realización del hecho delictual que anteriormente perpetró, que en el evento que el dueño o encargado del lugar o edificio cerrado manifieste su negativa de que la Policía realice la diligencia señalada, podrá adoptar todas las medidas necesarias para evitar su fuga y el Fiscal solicitará al Juez de Garantía respectiva una autorización judicial para ingresar y registrar el inmueble cerrado. Por lo tanto, la principal diferenciación es que el artículo 205 CPP es, claramente, un precepto que tipifica una diligencia investigativa donde el propietario o encargado del lugar, si no presta su

⁶⁶ PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO: *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*, edición 2008, Santiago, pág. 83;

consentimiento para ingresar y registrar, el fiscal solicitara al Juez de Garantía una autorización judicial para realizar dicha diligencia y, por otra parte, el inciso primero del artículo 206 CPP, es un precepto que también tipifica una diligencia investigativa que se transforma en una especial situación de flagrancia que se realiza en un inmueble cerrado, al cual también la Fiscalía, por medio de la Policía, desea que se ingrese y registre el inmueble cerrado, donde se da cabida a que pueda realizar la detención respectiva sin necesidad de orden previa del Fiscal ni autorización judicial dada por el Juez de Garantía respectivo, en el lugar o edificio cerrado donde se presumió que se encontraba el autor o cómplice del hecho delictual que se investiga.

Finalmente, para concluir el presente acápite, se requiere responder la interrogante planteada al comienzo de este epígrafe sobre la posibilidad de que lo tipificado en el primer inciso del artículo 206 CPP se pueda presentar en la situación que tipifico el legislador en el inciso final del artículo 129 CPP, siendo que la problemática que he desarrollado se caracteriza por ser una especial situación de flagrancia que se puede presentar durante la etapa de investigación. Para poder aterrizarla se requiere, en primer lugar, considerar que la diligencia problemática se presenta en el evento de que en el inmueble cerrado donde se encuentra el individuo que cometió el ilícito penal que se investiga, aparecieran los motivos de urgencia de llamadas de auxilio u otros signos evidentes de que se está cometido un hecho delictual dentro de ese lugar y que motiva la actuación autónoma, que en este caso consiste en ingresar y registrar para detener al individuo. Tomando en consideración el artículo 205, no cabe la menor duda que el Fiscal solicitará una autorización judicial previa al Juez de Garantía competente para exigir a la Policía que adopte las medidas tendientes para evitar la posible fuga del individuo del lugar o edificio cerrado, las cuales, según el legislador, pueden ser las medidas de vigilancia, tipificadas en el artículo 213 CPP⁶⁷. Sin embargo, con o sin esas medidas de precaución, se puede dar la situación de que este autor o cómplice que realizó el hecho delictual, logre huir del inmueble cerrado antes o después del momento en que ingrese la Policía y registre el inmueble cerrado por los motivos de urgencia que justificaron el

⁶⁷ Artículo 213.- Medidas de vigilancia. Aun antes de que el juez de garantía dictare la orden de entrada y registro de que trata el artículo 208, el fiscal podrá disponer las medidas de vigilancia que estimare convenientes para evitar la fuga del imputado o la substracción de documentos o cosas que constituyeren el objeto de la diligencia.

procedimiento de detención. Si los funcionarios de policía se encuentran en actual persecución, tras la huida del individuo, quien posteriormente ingresó a otro inmueble cerrado, no repercute de ningún de ninguna manera el ingreso y la detención en este nuevo inmueble cerrado en virtud de la situación de flagrancia comprobada en el primitivo lugar o edificio cerrado⁶⁸. Por lo tanto, se puede responder de manera afirmativa la interrogante planteada tras el análisis realizado arriba, ya que la flagrancia justifica la actuación autónoma de la Policía para el ingreso y la detención del individuo que cometió el ilícito penal.

2. Situación del inciso segundo del artículo 187 CPP, con respecto a la incautación de especies.

El precepto del inciso segundo del artículo 187, titulado: *Objetos, documentos e instrumentos*, señala lo siguiente: *Si los objetos, documentos e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b) o se encontraren en el sitio del suceso, se podrá proceder a su incautación en forma inmediata.*

La razón que justifica el análisis de este precepto en especial, me plantea la siguiente interrogante, que se traduce de la siguiente manera: procede igualmente la incautación inmediata de objetos, documentos e instrumentos que se encontraren en poder del imputado cuando se le detiene en situación de flagrancia, en virtud la situación que plantea el legislador en el inciso final del artículo 129 CPP, es decir, dentro del inmueble cerrado tras haberse encontrado en actual persecución por los funcionarios policiales después de haber cometido el ilícito penal.

Se requiere antes de realizar este análisis, indicar que el inciso segundo del artículo 187 CPP, sufrió una modificación por medio de la ley 20.253, que en su artículo segundo numeral 11, señala lo siguiente: *Intercálase en el inciso segundo del artículo 187, entre la expresión "83 letra b)" y la coma (,)*

⁶⁸ En el capítulo VII se analizará una causa que trata la situación del artículo 206 como situación para practicar la detención en caso de flagrancia, que se relaciona con el artículo 129 y 130 CPP: Corte Suprema Rol N°161-03 del 27/2/2003;

que le sigue, la frase: "o se encontraren en el sitio del suceso". Esta reforma en realidad no tiene repercusión en el presente desarrollo, ya que si esta enmienda no se hubiese realizado, igualmente, la situación problemática en análisis se mantendría igual, en lo que respecta al objetivo del trabajo.

Es interesante lo que señala el jurista Guillermo Piedrabuena, en su obra: "*Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*", en lo que respecta a la incautación inmediata de los objetos, documentos e instrumentos en el lugar donde se practique la detención del imputado que cometió un ilícito penal en caso de flagrancia, ya que señala, en sus propias palabras: *la policía podría efectuar una incautación inmediata de todos los efectos del delito, sin menester de orden previa de un fiscal o de un juez de garantía como pudiera deducirse de lo dispuesto del artículo 217 C.P.P.* Y continúa señalando: *el nuevo artículo 187 viene a ser una regla especial que prima sobre la regla general del artículo 217 del C.P.P.*⁶⁹. No puedo negar que me parece acertada la conclusión a la que llega el jurista citado, ya que en virtud del artículo 217 CPP⁷⁰, titulado: *Incautación de objetos y documentos*, se puede deducir, de lo que señala Piedrabuena, como norma general, a diferencia de la norma del inciso segundo del 187 CPP, que permite a la Policía poder incautar sin necesidad de orden previa, considerando el principio de que la regla de que lo especial prima por sobre lo general. Considero, con respecto a lo anterior, que dicha especialidad se manifiesta porque el precepto analizado en esta situación problemática va dirigido a la detención del imputado en caso de flagrancia; en cambio el 217 del CPP se refiere a una incautación de manera general en su primer inciso y los otros dos situaciones especiales que no tienen una relación directa con el imputado, persona que en virtud de haber cometido el hecho delictual se realiza esta investigación.

⁶⁹ PIEDRABUENA RICHARD, GUILLERMO: *Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia*, edición 2008, Santiago, pág. 89;

⁷⁰ Artículo 217.- Incautación de objetos y documentos.

Los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiere poner en peligro el éxito de la investigación.

Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.

Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquellos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito.

Sin embargo, el hecho de que no se requiera autorización judicial previa para la incautación de objetos, documentos e instrumentos se justifica porque es un delito cometido en situación de flagrancia, donde dicha incautación requiere ser inmediata. El jurista Maturana Miquel cataloga esta diligencia como una actuación autónoma del Fiscal, en virtud de la cual no requiere de autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía respectivo. Y considera que la puede realizar directamente él o con el auxilio de los funcionarios policiales⁷¹.

Antes de responder la pregunta planteada al comienzo de este epígrafe, se requiere hacer una precisión con respecto al precepto desarrollado en el inciso segundo del artículo 187 CPP. El hecho de que se incaute inmediatamente los objetos, documentos e instrumentos que se encuentran en poder del imputado, una vez que se realiza su detención en caso de flagrancia dentro de la etapa de investigación, por ser un artículo que pertenece al párrafo que regula dicha etapa, significa que el hecho delictual ha sido cometido en un tiempo antes de que la Policía tomara conocimiento de su realización, y que, posteriormente, se le informara del suceso al Fiscal, para que exigiera la diligencia de incautación inmediata señalada sin necesidad de solicitar al Juez de Garantía respectivo la autorización judicial previa. Lo cual significa que esta detención, si se cataloga como flagrante, solo puede proceder en virtud de los supuestos d) y e) del artículo 130 CPP. Esta conclusión es bastante lógica, porque dichas hipótesis tipifican una detención que no se realiza inmediatamente al evento de que se estaba cometiendo o se había cometido el ilícito penal, pero que igualmente el legislador las cataloga como flagrantes, donde la detención se practicó en un tiempo inmediato como señalan las hipótesis.

Considerando lo comentado anteriormente, en lo que respecta a esta situación problemática desarrollada en el inciso segundo del artículo 187 CPP, me encuentro en condiciones de responder la pregunta planteada al comienzo de este segundo epígrafe. La respuesta se traduce en su total negativa, ya que el precepto problemático que hemos analizado consiste en una diligencia que realiza la Policía en calidad de auxiliares del Fiscal, quien en una actuación autónoma propia, por ser funcionario del Ministerio Público, les exige, y no como una actuación autónoma como la que señala del inciso final del 129 CPP. En segundo lugar, señalamos que las únicas hipótesis de flagrancia que podían proceder para realizar la detención, en virtud de la

⁷¹ MATURANA MIQUEL, CRISTIAN Y MONTERO LÒPEZ, JULIAN: *Derecho Procesal Penal Tomo II*, Año 2012, Edición AbeledoPerrot, Santiago, pag. 654-655

expresión: “tiempo inmediato”, eran las señaladas en la hipótesis d) y e) porque se pueden realizar posteriormente al hecho de que el Fiscal les exija, sin necesidad de autorización judicial previa, su realización. Ahora, si nos remitimos al capítulo III, donde se analizó aquellos supuestos de flagrancia donde se podía presentar la situación desarrollada en el inciso final del artículo 129 CPP para realizar la detención, se concluyó que solo las situaciones a), b) y c) del artículo 130 CPP eran las únicas donde se podía presentar el evento descrito en el precepto del inciso final del 129 CPP. Por lo tanto, queda acreditada la negativa a la posibilidad de que se practique la detención dentro de un inmueble cerrado y se incaute inmediatamente los objetos, documentos e instrumentos que lleva en su poder el imputado o individuo que cometió el ilícito penal en caso de flagrancia, por parte de los auxiliares de policía, cuya encomienda fue exigida por el Fiscal, como una actuación autónoma de él, sin necesidad de autorización judicial previa.

3. La situación del artículo 215 del Código Procesal Penal

El artículo 215 del CPP, titulado: *Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado*, señala lo siguiente: *Si durante la práctica de la diligencia de registro se descubriere 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.*

El artículo 215 CPP se refiere a una situación especial en lo que respecta a la diligencia investigativa del registro realizada por la Policía. Esta actuación para que proceda requiere de autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía al Fiscal. Sin embargo, lo que tipifica el legislador a través de este precepto, y de ahí que se catalogue como un evento especial, son aquellas situaciones donde se encuentra evidencia, conformada por objetos y/o documentos, que permiten sospechar la existencia de otros ilícitos penales que no tienen relación con el objeto de la investigación que se está realizando, ya que la idea de este registro tipificado era encontrar pruebas que acreditaran el hecho delictivo que se está investigando, siendo el motivo en virtud del cual el Juez de Garantía autorizó la diligencia señalada. Para que proceda la incautación de esta nueva evidencia, se requiere autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía solicitada por el Fiscal, para que a través de su orden judicial proceda la incautación.

En virtud de lo anterior, la problemática principal de este acápite se presenta a través de la siguiente interrogante: Cuando se presenta la situación de la detención en caso de flagrancia, en virtud del precepto tipificado en el inciso final del artículo 129 CPP, procede la incautación de objetos y/o documentos que no tienen relación con el hecho que motivo la detención, con la correspondiente autorización judicial previa para realizar esta diligencia de acuerdo al artículo 215 CPP, y, por otra parte, se puede realizar la detención de aquellas personas que dentro del inmueble cerrado tienen objetos y/o documentos que son ilícitos por su materialidad misma, como el porte ilegal de armas o la infracción a la ley de drogas (ley N° 20.000).

La jurista Ximena Barcazzolo Awad, en su monografía: “Los Hallazgos Casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas”, comenta que el artículo 215 CPP señala la consistencia de la institución del hallazgo casual, considerándolo como uno de los preceptos que constituyen su marco legal, de la siguiente manera: *el caso en que a raíz de un registro judicial aparecen evidencias o documentos que pudieran hacer sospechar de la existencia de un delito distinto en que originó la orden*⁷².

Tomando en consideración lo anterior, se puede advertir que la problemática se complejiza en aquellas situaciones donde se encuentran objetos que de por sí, en vez de ser evidencia (objetos o documentos), son delictivos en situación de flagrancia por su propia naturaleza, y que no tienen relación con el hecho delictivo investigado, como la figura del porte ilegal de armas, en virtud de la cual procede la detención por parte de Policía, como actuación autónoma tipificada en la letra b) del artículo 83 CPP. La figura de aquellos hechos que por su naturaleza son delictivos, ya fue comentada en el capítulo II cuando se trató de la necesidad de autorización judicial.

En el mismo sentido, el jurista Maturana Miquel, en su obra: Derecho Procesal Penal Tomo II, comenta una sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 753-2007, del día 19 de abril de 2007, en la cual se discutió la legalidad de la detención practicada después del registro del domicilio del imputado, diligencia autorizada por el Juez de Garantía. En esta jurisprudencia, se señaló que aunque no se encontró evidencia del hecho investigado, por el hecho de haberse encontrado un arma de fuego en poder del imputado, sin la autorización requerida para portarla que exige la

⁷² BARCAZZOLO AWAD, XIMENA: *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 34- *Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas*, Abril 2008, Santiago, pág. 151;

ley de Armas (Ley N° 17.798), igualmente procede la detención porque aquellas figuras cuya materialidad misma es ilícita, son flagrantes en virtud de la situación a) del artículo 130 CPP. Concluye este Jurista que no es posible asimilar esta situación al precepto del artículo 215 CPP, ya que significaría, en palabras suyas: *que la policía debe inhibirse de actuar en la forma que le es exigible, si en el transcurso de una diligencia autorizada, por la autoridad policial, constata hechos, que si bien no guardan conexión con ella, se están ejecutando y son constitutivos de delito*⁷³. Efectivamente, la conclusión de inhibirse de actuar conforme a la detención en caso de flagrancia, sería una paradoja.

Volviendo a la institución del Hallazgo Casual, o conocido también como *descubrimiento ocasional* según la doctrina extranjera⁷⁴, presenta una importancia radical, tomando en consideración lo que señala la jurista Ximena Barcazzolo Awad en su obra citada, en la audiencia de preparación de juicio oral en virtud de la exclusión de la prueba a rendirse durante el desarrollo del Juicio Oral, dentro del Proceso Penal. Ella señala, en palabras suyas: *los alegatos de exclusión de prueba de los hallazgos casuales se fundan en la inexistencia de orden judicial previa, lo cual tiene sentido sólo en la medida que lo encontrado no dé cuenta por sí mismo de la existencia de un delito flagrante*⁷⁵. Se puede concluir, a través de la cita anterior, que la autorización judicial previa solo se va a requerir para la incautación de objetos y documentos que constituyan un hallazgo casual y, por otra parte, no se requiere cuando estas especies constituyan delitos flagrantes por ser ilícitos por su propia materialidad, en virtud de lo cual procede la detención por ser una situación de flagrancia y su incautación porque estas especies por sí mismas constituyen el supuesto de flagrancia que justifica la detención. Por lo tanto, el problema se va a presentar en saber si las especies encontradas dentro de un inmueble cerrado, son un hallazgo casual o un delito flagrante por su propia materialidad misma, para saber si se requiere o no autorización judicial previa para la incautación de estos objetos o documentos, y si es el segundo caso, procede la correspondiente detención por ser una situación de flagrancia, sin necesidad de autorización

⁷³ MIQUEL MATURANA, CRISTIAN y MONTERO LÓPEZ, RAÚL: *Derecho Procesal Penal Tomo I*, Edición 2012, Santiago, pág. 525;

⁷⁴ BAÑULS GÓMEZ, FRANCISCO ALEXIS: *Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente*, Noticias Jurídicas, Febrero 2007, http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200702_981932563274752514.html;

judicial previa, por ser un supuesto de flagrancia, tipificado en la letra a) del 130 CPP..

Se requiere señalar la conclusión a la que llega Ximena Barcazzolo Awad, indicando que el hallazgo casual se opone a la flagrancia, a través del texto del artículo 215 CPP. Según ella, el legislador al señalar: “.....se descubrieren objetos o documentos que permitieren sospechar la existencia de un hecho punible.....”, en virtud del verbo sospechar, no se puede estar en presencia de una situación de flagrancia, ya que la sospecha de que se cometió un ilícito penal distinto del que se investiga, en palabras suyas: *se opone a la flagrancia que supone la existencia de un delito que se está ejecutando o se ha cometido en un tiempo reciente*⁷⁶. Por lo tanto, la cita de esta jurista me permite concluir que una situación de flagrancia, como la tratada en este epígrafe, no puede ser un hallazgo casual, ya que la flagrancia se opone a esa sospecha que exige la posibilidad de que se presente un hallazgo casual a través de la diligencia de registro, y si se presenta una flagrancia, con respecto aquellas especies que son ilegales por su materialidad misma, se excluye el hallazgo casual.

En virtud de todo lo comentado y expresado en este capítulo de la situación problemática del artículo 215 CPP, me encuentro en condiciones de responder la interrogante planteada arriba. En el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, los funcionarios policiales solo pueden ejercer la facultad de ingresar y detener al individuo que ingresó a un inmueble cerrado, quien se encontraba en actual persecución tras haber cometido un hecho delictual en situación de flagrancia, lo cual significa que no gozan de la facultad de realizar un registro, ya que es una diligencia requiere de una autorización judicial del Juez de Garantía respectivo dada al Fiscal, quien encargará el procedimiento a sus funcionarios policiales. Es decir, la detención en flagrancia que se encuentra desarrollada en el precepto del inciso final del artículo 129 CPP, no puede dar cabida a que se advierta un hallazgo casual en virtud de que lo que tipifica el legislador en el artículo 215 CPP, ya que es una situación que depende de la diligencia investigativa del registro de un inmueble cerrado, en el que se encuentren objetos y/o documentos que no tienen relación con el hecho investigado y hacen sospechar la existencia de la comisión de un hecho delictivo distinto.

⁷⁵ BARCAZZOLO AWAD, XIMENA: *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 34- Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas*, Abril 2008, Santiago, pág. 151;

⁷⁶ BARCAZZOLO AWAD, XIMENA: *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 34- Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas*, Abril 2008, Santiago, pág. 152;

Por lo tanto, el precepto del artículo 215 CPP, no se puede aterrizar en la situación del inciso final del 129 CPP porque en esta detención en caso de flagrancia dentro de un inmueble cerrado no se puede realizar un registro, y en el caso que se realice y se advierta un hallazgo casual, es decir, se encuentren objetos y documentos que no tienen relación con el hecho investigado que justificó el registro, toda la evidencia encontrada gozará de ilegalidad porque toda otra práctica, aparte de ingresar y detener goza de ilegalidad. Además, como ya se dijo, el ingreso para realizar la detención no depende de una sospecha sino de una persecución del individuo que cometió el ilícito penal en situación de flagrancia, y del cual se tomó conocimiento en virtud de las situaciones a), b) y c), tipificadas en el artículo 130 CPP.

Por otra parte, continuando con la respuesta, si dentro del inmueble cerrado, en el caso de que se practique la detención en caso de flagrancia tipificada en el inciso final del artículo 129 CPP, se advierte que hay especies que se caracterizan por ser ilícitos, cuya flagrancia deriva de su materialidad misma, procede la detención en virtud de la facultad autónoma de los Policías establecida en la letra b) del artículo 83 del CPP, y su lógica incautación, ya que dicha facultad se puede ejercer porque estos objetos y/o documentos constituyen el supuesto de flagrancia establecido en la letra a) del artículo 130 CPP: *el que actualmente se encontrare cometiendo el delito*. Se requiere señalar, que no necesariamente debe tener relación con la detención practicada dentro del inmueble, como lo que expresa el artículo 215 CPP, y es por eso que, aparte de la detención ejercida por el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP sobre el individuo que cometió el ilícito penal, también se va a poder ejercer la detención sobre aquellas personas que tengan relación, en calidad de autores, por ser dueños, o cómplices, sobre aquellas especies cuya ilegalidad en caso de flagrancia deriva de su materialidad misma y su correspondiente incautación, sin necesidad de autorización judicial previa.

Sin embargo, se requiere señalar que la situación del inciso primero del artículo 206 CPP, comentada anteriormente, donde se puede entrar a un inmueble cerrado sin autorización judicial en el caso que se advierta por parte de la Policía que en ese lugar se está cometiendo un delito, en virtud de las llamadas de auxilio de las personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes, el legislador no solo autoriza a estos funcionarios a ingresar y practicar la correspondiente detención, ya que hay una situación de flagrancia, sino también realizar la diligencia de registro. Entonces, se

puede presentar tanto la situación del hallazgo casual, porque se encuentra evidencia que hace sospechar la comisión de otros ilícitos penales distintos que el que motivo la detención en caso de flagrancia, como, a su vez, la detención de aquellas personas, en calidad de autores o cómplices, se encontraban con objetos cuya ilicitud deriva de su materialidad misma.

V. Legislación comparada, en lo que respecta a la regulación de esta constelación de la detención en caso de flagrancia

El análisis del precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 del CPP, requiere ser tratado en virtud del desarrollo que se le da a la flagrancia en otros países. Es decir, en este acápite el objetivo de expresar el trato que le dan otros países a través de su código adjetivo en el área penal significa hacer un análisis de lo que significa esta situación de facto llamada flagrancia que justifica la medida cautelar personal conocida como la detención. Sabiendo que toda comparación se conoce como odiosa, la idea no radica en decir que este lugar hace un tratamiento mejor o peor que el nuestro, sino comentar en breves palabras lo que significa la flagrancia con el objeto de advertir lo gravitante que puede ser en el caso de que se practique la detención.

- Legislación Española

La Jurisprudencia española otorga una definición de la situación de Flagrancia en virtud de lo que se sostiene con respecto a las resoluciones judiciales dictadas en dicho lugar, de la siguiente: *“una situación de flagrancia es una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido – visto directamente o percibido de otro modo – en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del delito”*⁷⁷.

La Flagrancia dentro del Ordenamiento Jurídico Español, está tratada, dentro de su marco legal, en su Constitución Política del año 1978. Su tratamiento se encuentra ligado a la consagración de la garantía fundamental de la inviolabilidad del hogar en el numeral segundo del artículo 18, de la siguiente manera: *El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento de su titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito*⁷⁸. Es decir, se puede advertir que se da cabida a la violación de esta garantía fundamental en el caso de que haya sucedido un delito fragante en virtud de la entrada y/o registro de un hogar determinado sin necesidad de que el titular preste su consentimiento o resolución judicial.

⁷⁷ Sentencia 341/1993 STC.

⁷⁸ ESPAÑA: *Constitución política artículo 18 numero segundo*, año 1978

El tratamiento de la Flagrancia a nivel legal en el sistema español, requiere previamente que se realicen algunas precisiones en virtud de los órganos del proceso que realizan la persecución del individuo que cometió el ilícito penal en situación de flagrancia.

El órgano que realiza la función equivalente del Ministerio Público, es el Ministerio Fiscal. Según la Constitución Española en su artículo 124 número 1, señala la función como órgano que debe cumplir, a través de las siguientes palabras: *tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*⁷⁹. Sin embargo, su misión, como señala la Constitución Española, requiere ser precisada en virtud de saber cómo se encuentra tipificada aquella función de la persecución de aquellas situaciones en donde se realizado un hecho delictual. El ordenamiento jurídico español tiene, como símil a la ley orgánica del Ministerio Público, el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF), el cual en su artículo tercero numero 4 señala lo siguiente: *Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el artículo 1, corresponde al Ministerio Fiscal: ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda*⁸⁰. Tomando en consideración el inciso primero del artículo 83 de la Constitución Política de la República, nuestro Ordenamiento Jurídico a diferencia del español, solo se limita a ejercer la acción penal pública, lo cual muestra atisbos de que el procedimiento penal nuestro tiene diferencias con el español, ya que no es menor que durante todo el proceso, el del CPP, se caracterice por ser acusatorio y, en cambio, el que se está analizando se caracterice, considerando las palabras de los juristas Cynthia Ávila, Mariano Borinsky, Eduardo Fernández y Daniel Lago con respecto a la obra; Los sistemas procesales penales comparados-El sistema procesal penal español, de la siguiente manera: *el ordenamiento procesal penal español se halla estructurado en derredor de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.) de 1882 ha distinguido netamente dos etapas: la investigación o instrucción y el juicio plenario. La primera regida*

⁷⁹ ESPAÑA: Constitución política artículo 124 numero primero, año 1978;

⁸⁰ ESPAÑA: Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal artículo tercero número cuatro, año 1981;

*por el sistema inquisitivo; la segunda, estructurada conforme al sistema acusatorio*⁸¹.

La otra entidad que se debe comentar, correspondiente al procedimiento penal español, es la Policía Judicial. El artículo 126 de la Constitución española⁸², señala la competencia de la cual goza esta autoridad, en virtud de que depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal. En el mismo sentido, el inciso primero del artículo 282 de la LECr⁸³ define de una manera más amplia la competencia de los funcionarios de la Policía Judicial en lo que respecta al procedimiento penal español. Es necesario señalar que la normativa de la LECr en los artículos siguientes al citado, demuestran que la Policía Judicial depende prácticamente del Ministerio Fiscal, ya que según la obra citada correspondiente a los juristas citados, en la página 56 dan un compendio corto de dicha normativa en lo que respecta a la relación entre el Ministerio Fiscal y la Policía Judicial de la siguiente manera: *se encuentra sujeta a las directivas que le impartan, entre otros, los miembros de Ministerio Fiscal (art. 283, primera parte), debiéndolo poner en su conocimiento inmediatamente cuando supieran la existencia de un delito de acción pública (art. 284). Otras disposiciones no hacen más que enfatizar el deber de subordinación al Ministerio Fiscal (arts. 287 al 289)*⁸⁴.

En virtud del análisis del Ministerio Fiscal y la Policía Judicial, me encuentro en condiciones de analizar la flagrancia según la LECr. La detención en situación de flagrancia a nivel legal se encuentra tipificada en la LECr en el numeral 2º del artículo 490, si la realiza cualquier persona, y en el numeral 1º del artículo 492, si la realiza la Autoridad o un agente de la Policía Judicial. Tomando en consideración todo el desarrollo del presente trabajo, me interesa analizar la detención en situación de flagrancia de este último precepto. Por lo tanto, la detención en caso de flagrancia realizada por la

⁸¹ ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág. 87;

⁸² Artículo 126 Constitución Española: *La policía judicial depende de los Jueces, de los Tribunales y del Ministerio Fiscal en sus funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.*

⁸³ Artículo 282 LECr inciso primero: *La Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.*

⁸⁴ ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág.56;

Policía Judicial se encuentra tipificada en el artículo 492 N°1⁸⁵ en relación con el numeral segundo del artículo 490⁸⁶. Según los juristas citados, en la obra a la cual se hizo referencia arriba, en la página 79 señalan la diferencia entre la detención realizada por un particular y la detención practicada por un agente o autoridad de la Policía Judicial, de la siguiente manera: *en el caso de la “detención por la autoridad policial” la situación es, obviamente, diferente. En principio ello se vuelve una “obligación”, y no una simple “facultad”.*

La relación de artículos señalados de la LECr, solamente hacen mención a la detención por parte de un agente de la Policía Judicial al delincuente in fraganti, situación que deja bastante abierta a la especulación en lo que respecta a cuándo o no estamos en un supuesto de flagrancia, para que proceda la detención. Sin embargo, el numeral segundo del artículo 490 cita al artículo 795 N°1 1ª del mismo reglamento, que tipifica lo que se debe considerar como delito flagrante, a través de estas palabras: *Que se trate de delitos flagrantes. A estos efectos, se considerará delito flagrante el que se estuviese cometiendo o se acabare de cometer cuando el delincuente sea sorprendido en el acto. Se entenderá sorprendido en el acto no sólo al delincuente que fuere detenido en el momento de estar cometiendo el delito, sino también al detenido o perseguido inmediatamente después de cometerlo, si la persecución durare o no se suspendiere mientras el delincuente no se ponga fuera del inmediato alcance de los que le persiguen. También se considerará delincuente in fraganti aquel a quien se sorprendiere inmediatamente después de cometido un delito con efectos, instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en él.*

De la simple lectura se puede advertir, que hacen referencia al supuesto a), b) y d) del artículo 130 de nuestro CPP. Se puede deducir que tipifican, en cierta medida, la situación tratada en el inciso final del artículo 129 del CPP, ya que señalan lo que significa que un delincuente sea sorprendido en el acto, aparte como requisito necesario para que proceda la detención en el supuesto a) y b) del CPP, cuando se da a la persecución después de cometer el ilícito penal. Sabemos que la actual persecución era el estándar necesario para que procediera la detención tipificada en el inciso final del artículo 129, si relacionamos lo que señalan con respecto a la

⁸⁵ Artículo 492 N°1: La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener):1.º A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490.

⁸⁶ Artículo 490 N°2: 2.º Al delincuente in fraganti

persecución del artículo 795 N°1 1ª LECr con el artículo 18 N° 2 de la Carta Magna Española, en el cual se acepta la violación del hogar sin necesidad del consentimiento del titular del lugar o autorización judicial previa, se puede deducir que el Ordenamiento Jurídico Español acepta una detención como la tipificada en el precepto final del artículo 129 CPP. Sin embargo, a través de la lectura del precepto español se da a entender que solamente procederá con respecto al supuesto b) de nuestro CPP. Por otra parte, no consideran la participación de la víctima ni de un testigo presencial para que se dé un supuesto de flagrancia, como la hipótesis c) y e) del 130 CPP.

Anteriormente se señalaron las características del procedimiento penal español, a través de una cita establecida en la obra: *Los sistemas procesales penales comparados-El sistema procesal penal español*⁸⁷. En el mismo sentido, considerando que el presente trabajo se ha remitido a situaciones problemáticas relacionadas con la Flagrancia, que se presentan durante la etapa de investigación dentro del Procedimiento Penal Nacional, se requiere, en virtud de lo que se está tratando, que me remita al caso español en lo que respecta a la misma etapa, conocida como Investigación o Instrucción.

La etapa de investigación o instrucción del Procedimiento penal español siendo de carácter inquisitiva, ha sufrido de reformas posteriores, que según los juristas citados arriba en su obra: *Los sistemas procesales penales comparados-El sistema procesal penal español*, han aminorado o disminuido dicho carácter inquisitivo. La enmienda señalada (ley 53/1978), de entre las reformas que consiguió, logró convertir el secreto de sumario en algo excepcional para las partes, siendo el sumario, según la LECr en su artículo 299: *las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos*⁸⁸. Y también esta reforma consiguió la ampliación del derecho de defensa del imputado, el cual se puede ejercer desde que se le informe a la persona que hay una imputación en su contra por un hecho punible que, supuestamente, cometió⁸⁹.

⁸⁷ *Op. cit.* 71;

⁸⁸ ESPAÑA, *Ley de enjuiciamiento criminal artículo 299*, 2003, Madrid.

⁸⁹ ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág. 87;

Es de mi interés comentar a continuación el tratamiento que le da el procedimiento penal español a los lugares cerrados, en virtud de que arriba comentamos que la situación de flagrancia del inciso final del artículo 129 de nuestro CPP, perfectamente se podía presentar en el procedimiento de este país ibérico. En el artículo 545 de la LECr⁹⁰, reproduce en cierta medida el artículo 205 de nuestro CPP⁹¹, en el sentido que para entrar en un domicilio ajeno se requiere el consentimiento de la persona que habita en ese lugar, tomando en consideración la excepción del numeral segundo del artículo 18 de la Constitución Española ya que se remite este código español a dicha excepción que fue comentada anteriormente, cuando señala lo siguiente: *excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las Leyes*. Me resulta interesante comentar, lo que señalan los juristas que anteriormente cite con respecto a su misma obra, al señalar que la LECr da un concepto de domicilio en sentido penal, con el objeto de descartar domicilio en su sentido civil, en virtud de diligencias como entrada y registro en el ámbito penal⁹². Ese artículo que en este momento se está comentando, es el artículo 554 LECr, el cual señala aquellos lugares que se pueden reputar como domicilio, entre los cuales se encuentra en el numeral segundo: *El edificio o lugar cerrado, o la parte de él destinada principalmente a la habitación de cualquier español o extranjero residente en España y de su familia*. Y finalmente, continuando con el desglose del artículo 545 LECr, este código adjetivo da un concepto de lo que significa consentimiento para efectos del ingreso a un lugar cerrado (domicilio) en el artículo 551 LECr⁹³. Por lo tanto, se puede concluir que la LECr, a diferencia de nuestro CPP, es más explícita en el sentido de no dar cabida a dobles interpretaciones o lagunas, en virtud de señalar supuestos de domicilio penal y qué significa consentimiento dado por la persona para la entrada de su domicilio.

En el sentido de finalizar este capítulo de la Doctrina Comparada, es necesario expresar y comentar el tratamiento que le da el procedimiento penal español a la intervención en las comunicaciones personales, en virtud

⁹⁰ Artículo 545 LECr: Nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos en las Leyes.

⁹¹ Artículo 205.- Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

⁹² ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág. 96;

⁹³ Artículo 551 LECr: "Se entenderá que presta su consentimiento aquel que, requerido por quien hubiere de efectuar la entrada y registro para que los permita, ejecuta por su parte los actos necesarios que de él dependan para que puedan tener efecto..."

de que será necesario hacer referencia al tema del hallazgo casual en la legislación de este país ibérico.

Según los juristas señalados en este capítulo, en referencia a la obra: “*Sistemas procesales penales comparados*” en el acápite: “*el sistema procesal penal español*”, señalan que dicha intervención apunta a la correspondencia, observación telegráfica y telefónica. Según ellos, el fundamento de esta diligencia, en palabras suyas: *será en la medida que con ella puedan comprobarse o descubrirse hechos o circunstancias importantes para la investigación. Estas medidas no pueden dictarse, continuando con la cita, caprichosa e irrazonablemente; lo veda el art. 9.3 de la Constitución Española*⁹⁴⁹⁵. A diferencia de nuestro procedimiento penal, el Juez es quien se encuentra facultado para realizar este tipo de prácticas, según el artículo 579 LECr⁹⁶. Sin embargo, según el numeral cuarto de este artículo 579 LECr, no será el Juez competente sino el Ministro del Interior o, en su defecto, el Secretario de Estado de Seguridad quien ordene estas medidas, en caso de urgencia, según el mismo precepto. Los juristas que he citado, resumen esta situación especial de la siguiente manera: *en caso de urgencia, y en el marco de prerrogativas para la lucha antiterrorista, se faculta a ordenar este tipo de medidas. Continuando con la cita, tanto el Ministro del Interior como el Secretario de Estado de Seguridad, en su defecto: deberán dar cuanta inmediatamente al juez competente, en forma motivada, el cual, también motivadamente, tiene 72 horas para confirmar o revocar*⁹⁷.

En el supuesto de que tomen conocimiento, a través una intervención telefónica, de datos que tengan relación con un hecho delictivo distinto del investigado, entonces se puede decir que estamos en presencia del hallazgo casual. En el Capítulo anterior, en lo que respecta a la situación problemática tercera, se trató el hallazgo casual en virtud del artículo 215, es decir, en lo

⁹⁴ ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág. 96;

⁹⁵ Artículo 9 N°3 Constitución Española: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁹⁶ Artículo 579 LECr: 1. Podrá el Juez acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiere o recibiere y su apertura y examen, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

2. Asimismo, el Juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante de la causa.

⁹⁷ ÁVILA, CYNTHIA; BORINSKY, MARIANO; FERNÁNDEZ, EDUARDO Y LAGO, DANIEL: *Sistemas procesales penales comparados –El sistema procesal penal español*; agosto 1999; Buenos Aires; pág. 96 y 97;

que respecta a la diligencia de registro en el supuesto que se encuentren objetos e instrumentos que no tengan relación con el hecho que motivó el registro y que hagan sospechar la comisión de otro hecho delictivo distinto. Sin embargo, nuestra regulación nacional en el inciso penúltimo y último del artículo 223 CPP, tipificó otra situación de hallazgo casual en lo que respecta a la grabación, por medio de la interceptación telefónica, de comunicaciones que no tengan relación con el hecho investigado, pero que resulten relevantes para otros procedimientos de carácter penal^{98 99}. Volviendo al análisis del hallazgo casual en la legislación española, el jurista español Francisco Alexis Bañuls Gómez, en su obra: “*Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente*”, señala lo siguiente, en lo que respecta a esos datos obtenidos a través de la interceptación de llamadas telefónicas: *estos nuevos hechos delictivos pueden tener relación con la actividad criminal investigada, siendo en tal caso delitos conexos que deben investigarse y enjuiciarse en la misma causa, o puede tratarse de delitos absolutamente autónomos e independientes, produciéndose una especie de novación del tipo penal investigado*¹⁰⁰. El abogado Bañuls Gómez, hace referencia al Auto del Tribunal Supremo de España del día 18 de junio de 1992, en la monografía citada, la cual señala la manera de proceder si se presenta este supuesto, llegando a la siguiente conclusión: *la resolución declara incorrecta el mantenimiento de la intervención telefónica, con vulneración del derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, por no haberse dictado una nueva y expresa autorización judicial, ya que el Juez, al producirse los hallazgos casuales, debería haber hecho una valoración individualizada en torno a la proporcionalidad de la medida*¹⁰¹. Lo que anteriormente señala Bañuls Gómez, me parece bastante acertado en el sentido de que, especialmente, este tipo de hallazgos casuales, por medio de

⁹⁸ Artículo 223 CPP. Registro de la interceptación. Aquellas comunicaciones que fueren irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a las personas afectadas con la medida, y se destruirá toda transcripción o copia de ellas por el ministerio público.

Lo prescrito en el inciso precedente no regirá respecto de aquellas grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que pudieren constituir un delito que merezca pena de crimen, de las cuales se podrá hacer uso conforme a las normas precedentes.

⁹⁹ No se trató en el capítulo señalado, en virtud de que mi interés se ha centrado en inmuebles cerrados, en los cuales es posible que en una detención en caso de flagrancia se realice, precisamente, un registro de objetos o documentos (especies), en el que se presente el hallazgo casual, y no de llamadas telefónicas, como en el caso que ahora estamos analizando.

¹⁰⁰ BAÑULS GÓMEZ, FRANCISCO ALEXIS: *Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente*, Noticias Jurídicas, Febrero 2007, http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200702_981932563274752514.html;

¹⁰¹ BAÑULS GÓMEZ, FRANCISCO ALEXIS: *Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente*, Noticias Jurídicas, Febrero 2007, http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200702_981932563274752514.html

la intervención telefónica, significa una violación al numeral cuarto y quinto del artículo 19 de nuestra CPR, cuyo mantenimiento de la diligencia solo puede revestirse de legalidad a través de una autorización judicial dada por el Juez, considerando ese criterio de la proporcionalidad en relación con la valoración individualizada, ya que no es lo mismo delitos que son simplemente faltas a delitos catalogados como crímenes. Finalmente el jurista citado, establece un doble criterio de actuación que debería adoptar el Juez cuando tome conocimiento de un hallazgo casual de un hecho delictivo distinto al investigado, como una especie de norma programática, de la siguiente manera: *la solución dependerá de que se trate de un delito relacionado con el inicialmente investigado, esto es, que exista conexidad entre ambos, o, por el contrario, se trate de un delito totalmente autónomo e independiente del anterior. En el primer caso, deberá darse una orden judicial ampliatoria del ámbito de la escucha telefónica y proseguir la investigación en la misma causa; por el contrario, en el segundo supuesto, el Juez deberá, tras volver a examinar las cuestiones de proporcionalidad y la competencia, dictar una expresa autorización judicial que permita la continuación de la escucha e incoar la oportuna causa, tras deducir el correspondiente testimonio, en la que se prosiga una investigación diferente de la que ha sido el mero punto de arranque*¹⁰².

¹⁰² BAÑULS GÓMEZ, FRANCISCO ALEXIS: *Las intervenciones telefónicas a la luz de la jurisprudencia más reciente*, Noticias Jurídicas, Febrero 2007, http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200702_981932563274752514.html

- VI. Análisis de Jurisprudencia Nacional que pone en discusión el realizar otras diligencias por parte de la Policía, aparte de ingresar y detener al individuo, dentro del inmueble cerrado a donde ingresó tras haber cometido un ilícito penal en caso de flagrancia

Como punto final del presente trabajo, se requiere analizar jurisprudencia nacional que ha sido comentada por la doctrina de los autores, en lo que respecta, especialmente, a las situaciones problemáticas tratadas en el capítulo quinto. El presente desarrollo solamente se va a limitar al precepto tipificado en el inciso final del artículo 129 CPP en virtud del tratamiento que le han dado los tribunales del país, considerando que la introducción de este inciso final en el artículo señalado fue producto de la reforma que sufrió el Código Procesal Penal en el año 2005, a través de la ley 20.074.

1. Excelentísima Corte Suprema, Rol de ingreso Nº 3670-06, de 20/9/2006:

La jurisprudencia a analizar, se refiere a un recurso de nulidad interpuesto por el Ministerio Público que fue rechazado por la Corte Suprema en septiembre del año 2006.

El jurista Osvaldo Garrido Muñoz, en su obra: “*Flagrancia en la comisión de un delito*”, indica esta causa como un ejemplo en que la Policía puede ingresar a un inmueble, en virtud del precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP¹⁰³. En el presente análisis, efectivamente, me voy a referir a este inciso que he ido desarrollando durante toda el presente trabajo.

En el considerando noveno, la Corte Suprema señala que al no concurrir los requisitos necesarios para que se presente una situación de flagrancia, tampoco se presentan las condiciones para que proceda la detención señalada en el inciso final del 129. Para llegar a esta conclusión, comenta un registro que se hizo en un inmueble cerrado, que corresponde al domicilio del imputado, con la autorización judicial correspondiente. Dentro de ese lugar se encontraron 1,5 gramos de marihuana, estimando que probablemente, al no poder probarse, podía ser que no eran suyos y, de igual manera, no se

¹⁰³ GARRIDO MUÑOZ, OSVALDO: *Flagrancia en la comisión de un delito*, Santiago, 2010, pág. web: <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>;

puede probar que era el único habitante de este inmueble cerrado. Además, justifica este rechazo al recurso de nulidad en virtud de que el consumo privado de drogas no es delito, según la ley de drogas, y este hecho no constituye de ninguna manera alguna de las hipótesis que señala taxativamente el artículo 130 del CPP.

Entonces, recordando el análisis que se hizo en el capítulo IV, de todos los supuestos que constituyen el artículo 130 CPP en virtud de la posibilidad que se pudiera aterrizar en el precepto tipificado en el inciso final del 129 CPP, se concluyó que solo procedía el supuesto a), b) y c), principalmente, por la circunstancia de que en estas situaciones, perfectamente, se puede advertir al individuo que se encuentra cometiendo, acaba de cometer o que, en esta última situación, fue señalado por la víctima o un testigo presencial que cometió el ilícito penal. Por lo tanto, considerando aquel hecho de sorprender al individuo en su comisión, en el supuesto en que huya del lugar e ingrese en un inmueble cerrado para ocultarse, ya que la Policía se encontraba en su actual persecución, esta goza solo de la facultad autónoma de ingresar y detenerlo.

2. Juzgado de Garantía de Rancagua, RIT N°9452-2008 RUC N°0800896532-4:

En la audiencia de control de detención se discutió la orden judicial que autorizó la detención de determinadas personas y el allanamiento de sus respectivos hogares, en lo que respecta a la comisión del delito de Robo. Es de mi interés comentar, que no solo procedió la detención, por parte de la Policía de Investigaciones, de la persona determinada, sino también la detención de otras personas al advertirse que dentro de ese inmueble cerrado se encontraban cometiendo ilícitos penales cuya ilegalidad deriva de la materialidad misma del objeto, lo cual significa que se encontraban cometiendo un hecho delictual en situación de flagrancia según la letra a) del artículo 130 CPP. Sin embargo, ambas detenciones no gozaron de controversia, en virtud de que la audiencia se caracterizó por decretar medidas cautelares personales en contra de lo imputados por cometer un hecho delictual en situación de flagrancia.

Por lo tanto, una detención que procede en virtud de la comisión de un ilícito penal por la materialidad misma del objeto que se encuentra en su poder, como por ejemplo el porte de armas sin la autorización requerida para tenerla, no necesita una autorización judicial previa por el hecho de que en estos casos la situación de flagrancia se presenta, lo cual significa que la facultad de la Policía de detener puede proceder de manera autónoma.

3. Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, RIT N° 1766-2007 RUC N° 0700505246-1:

En la Corte de Apelaciones de Santiago, se discutió la apelación a la detención considerada ilegal en el tribunal a quo de Patricio Leal Hernández. Señalaron, al comienzo de dictar la resolución final, lo siguiente: “*Que la acción policial que derivó en el detención de Patricio Eduardo Leal Hernández se enmarcó dentro de las hipótesis que regulan los artículos 129 inciso 2, 130 letra a) y 206, todos del Código Procesal Penal*”.

El jurista Osvaldo Garrido Muñoz en su monografía: “*Flagrancia en la comisión de un delito*”, comentó esta jurisprudencia en virtud del supuesto de flagrancia del artículo 130 letra a) del CPP¹⁰⁴. Sin embargo, para efectos de este análisis me interesa comentar cómo se advierte lo que señala el artículo 206 del CPP. En el mismo sentido, he de considerar que esta resolución fue dictada en el año 2007, es decir, antes de que sufrieran este artículo la reforma de la ley 20.253 del año 2008; si bien hubo una enmienda en el primer inciso de mi interés, no repercute en nada el análisis que haré a continuación¹⁰⁵.

La causa consistió en la detención de un traficante de drogas, quien fue identificado con anterioridad por parte de la Policía y se encontraba bajo su observación permanente. La sucesión de hechos que terminaron con su detención, se desarrolló, en un principio, con el suceso de haber realizado una transacción de drogas con un menor de edad, quien fue sometido al control de identidad y a un interrogatorio, en el cual el señaló que Patricio Leal Hernández era proveedor. El imputado al percatarse de que había

¹⁰⁴ GARRIDO MUÑOZ, OSVALDO: *Flagrancia en la comisión de un delito*, Santiago, 2010, pág. web: <http://flagranciaendelito.blogspot.com/>;

¹⁰⁵ En el primer inciso del artículo 206 del CPP, se sustituyó el término: “judicial” por la expresión: “u orden”. Sin embargo, dicha enmienda que hace alusión a las órdenes que imparten los fiscales a sus auxiliares policiales, requieren una autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía respectivo, lo cual significa que consistió la reforma en una precisión de la realización del procedimiento penal.

presencia policial que lo estaba vigilando, se dio a la fuga saliendo de su domicilio (inmueble cerrado), situación en virtud de la cual la Policía ingreso al lugar y logró aprehenderlo y registrarlo, encontrándose en su poder droga. Tomando en consideración lo anterior, procedió el inmediato registro de su domicilio, en el cual se encontraron objetos e instrumentos con los cuales se demostraba que se dedicaba al tráfico de estupefacientes. Estas acciones, que son delictuales por su propia materialidad misma, justifican la detención por flagrancia. Finalmente la Corte de Apelaciones anuló la resolución de ilegalidad de la detención del tribunal inferior y declaro la legalidad de la detención.

Por lo tanto, como en el lugar se hacían transacción de drogas y estupefacientes, la flagrancia del hecho delictual, penalizado por la ley N° 20000 (ley de drogas), que justifica el ingreso, como la que describe el artículo 206 del CPP, queda de manifiesto. A su vez, este artículo también justifica la diligencia de registro, en virtud de lo cual se encontró aquellos instrumentos y objetos que permiten la administración de las drogas y estupefacientes, que son hechos penales que justifican que se está realizando el delito señalado en situación de flagrancia.

4. Tribunal Oral en lo penal de Viña del Mar, RUC N° 0500295028-8, de 24/01/2007:

El tribunal oral en lo penal (TOP) de Viña del Mar, condenó a don José Antonio Tapia Gaete por el delito de tráfico ilícito de drogas.

En esta causa se presenta una situación donde se pone en discusión, por parte de la Defensa, la situación del hallazgo casual, según el artículo 215 CPP, y la detención en caso de flagrancia, según el supuesto a) del 130 CPP, con respecto a los delitos cuya ilegalidad procede de la materialidad propia del objeto, en relación con la necesidad o no de la autorización judicial previa.

Esta jurisprudencia fue comentada por la jurista Ximena Barcazzolo Awad, en su obra: *“Hallazgos Casuales en relación con los delitos de tráfico*

ilícito de drogas”, donde llega a la gran conclusión que la Flagrancia excluye el Hallazgo Casual¹⁰⁶.

Volviendo al comentario de esta causa, es de mi interés comentar que el imputado fue condenado, porque se encontró una bolsa de nylon con envoltorios de papel revista con marihuana que le pertenecían, cuando se hacía el registro de su domicilio en Villa Alemana para incautar y levantar las especies que había robado, ya que dicho registro se encontraba en el marco de un procedimiento por el delito de robo, con el cual la Policía de Investigaciones contaba con la autorización Judicial Previa requerida. Lo importante de esto, es que estas especies relacionadas con la droga sirvieron como prueba lícita para que fuera condenado el imputado por el delito de tráfico ilícito de drogas.

La defensa solicitó la absolución del imputado, tomando como argumento, el cual me interesa señalar, con vulneración del artículo 215 CPP, ya que al haberse dado un hallazgo casual, el levantamiento e incautación de la especie requería autorización judicial previa, la cual no fue solicitada al Juez de Garantía. Los sentenciadores, señalaron que aquí no hubo vulneración del 215 CPP, porque no hubo hallazgo casual, y lo que hubo fue una detención en caso de flagrancia en virtud del supuesto a) del artículo 130 CPP, ya que dicha evidencia correspondía a aquellos cuya ilicitud procede de su materialidad misma. En el mismo sentido señaló el TOP de Viña del Mar, que la situación que sucedió fue la siguiente: la Policía de Investigaciones cuando hizo el registro autorizado por el Juez de Garantía, el imputado lanzó la bolsa de nylon, que contenía los envoltorios de papel revista con marihuana, al exterior de su domicilio, la cual cayó a otro inmueble cerrado. La Policía solicitó al ocupante de ese inmueble cerrado a donde cayó la bolsa de nylon, el registro, quien consintió, en virtud del artículo 205 CPP¹⁰⁷, donde se encontró esa evidencia, y su levantamiento e incautación no requería autorización judicial previa porque era un delito en caso de flagrancia, a través del cual procedió la detención de don José Antonio Tapia Gaete, en virtud de que esta situación del tráfico ilícito de drogas goza de ser ilícito por su materialidad misma.

¹⁰⁶ BARCAZZOLO AWAD, XIMENA: *Revista Jurídica del Ministerio Público N° 34- Hallazgos casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas*, Abril 2008, Santiago, pág. 154-156;

¹⁰⁷ Artículo 205.- Entrada y registro en lugares cerrados. Cuando se presumiere que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia.

Por lo tanto, esta jurisprudencia me permite señalar que la flagrancia excluye el hallazgo casual, porque el hecho de encontrar evidencia que sea un ilícito penal por la materialidad misma de las especies, significa que procede la detención en la situación de flagrancia tipificada en la letra a) del 130 CPP, y como es una actuación autónoma de la Policía no requiere de autorización judicial previa. Esta situación, la Policía la puede advertir cuando realice la detención tipificada en el precepto final del artículo 129 CPP o cuando ingrese al inmueble cerrado en la situación del artículo 206 CPP, comentado en el capítulo V, y haga el registro autorizado por este precepto, que en el caso que se dé un hallazgo casual, para poder incautar y levantar esa evidencia que le haga sospechar la comisión de un ilícito penal distinto del que procedió esta detención en caso de flagrancia, requerirá autorización judicial previa solicitada por el fiscal y dada por el Juez de Garantía respectivo.

CONCLUSIONES

En el presente trabajo de Investigación pude concluir las siguientes ideas que a continuación expresaré a continuación:

La detención en situación de flagrancia, expresada en el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, solo permite que la Policía ingrese al inmueble cerrado y detenga al individuo que cometió el ilícito penal en situación de flagrancia, tras haber sido perseguido después de la comisión del hecho delictual. Cualquier otra diligencia distintas a las señaladas goza de ilegalidad. En el evento que mientras practiquen la respectiva detención adviertan que se están cometiendo ilícitos penales en virtud de la situación a) del artículo 130 CPP, evento que da lugar, también, a practicar la detención de aquellas personas que en calidad de cómplices o autores estén involucrados en comisión del hecho delictual.

Durante las diligencias investigativas, los auxiliares policiales también tienen la obligación de detener a los individuos involucrados, en calidad de autores o cómplices, de un delito primitivo que se está investigando bajo las ordenes de un fiscal, que realicen un hecho delictual en alguno de los supuestos de flagrancia, tipificados en el artículo 130 CPP. La justificación descansa en la letra b) del artículo 83 del CPP, la cual señala la actuación autónoma o de oficio de la policía de practicar la detención en los casos de flagrancia.

En el capítulo primero, puedo concluir que el análisis que realiza Jorge Vitar Cáceres, es bastante preciso en lo que respecta a los requisitos que siempre deben estar presentes para realizar una detención en caso de flagrancia. No deja indiferente su análisis, en virtud de que los cinco supuestos de flagrancia, de una manera u otra, para que proceda la detención, deben reunir el requisito de ostensibilidad y la presencia personal o vinculación fáctica, y como la inmediatez temporal no es requisito condicionante de la detención por flagrancia. También se puede concluir, en lo que respecta a la segunda parte de este capítulo, que frente a la medida cautelar personal de detener, existe otra medida cautelar personal de no tanta intensidad en lo que respecta a la privación de libertad denominada citación al Juzgado de Garantía, en virtud de que la detención no procede con respecto hecho delictual cometido en situación de flagrancia. Un ejemplo claro de esto son las faltas, sin embargo existen algunas de ellas en las que procede la detención.

La única conclusión que puedo extraer del capítulo II, es aquella con la cual finalizo dicho acápite. Se traduce, en que las actuaciones autónomas de la Policía, no requieren autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía y solicitada por el Fiscal, ni tampoco orden previa dada por el Fiscal dentro de sus facultades autónomas, que se encuentran tipificadas en el artículo 83 CPP y el control de identidad tipificado en el artículo 85 CPP. Las facultades autónomas del Fiscal, se traducen en ordenar a los funcionarios policiales que realicen investigaciones conducentes al esclarecimiento del hecho y de los partícipes en la comisión de él, en virtud de que no prive, restrinja o perturbe el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la CPR, al imputado o a un tercero. Y el fiscal, siempre que imparta una orden previa que prive, restrinja o perturbe el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en el artículo 19 de la CPR al imputado o a un tercero, requerirá autorización judicial previa dada por el Juez de Garantía competente.

Como una conclusión en virtud del capítulo III, solamente las hipótesis a), b) y c) del artículo 130 CPP, pueden dar lugar a la detención señalada en el inciso final del artículo 129 del CPP. Las situaciones d) y e), en virtud de que en estos supuestos, el legislador acepta la detención del individuo que cometió un ilícito penal en un tiempo inmediato, calificándolo su comisión como flagrante, significa que no es posible advertir una detención como la del precepto analizado, por que la actual persecución es un estándar necesario para que proceda esta especial situación de detención.

En virtud del cuarto capítulo de las situaciones problemáticas puedo concluir lo siguiente: la situación del inciso primero del artículo 206, nada obsta a que esta situación de flagrancia que se puede generar en un inmueble cerrado, se materialice en la persecución de quien cometió el ilícito penal en situación de flagrancia en ese inmueble, en virtud de los llamados de auxilio o los indicios que hacen sospechar que se va a cometer un hecho delictual, y que posteriormente ingrese a otro inmueble cerrado para ocultarse, y que la policía solo goza de la potestad de ingresar y detenerlo, es decir, situación que será idéntica a la del artículo 129 inciso final. En la situación del inciso segundo del artículo 187, se concluye que no puede proceder la incautación inmediata de objetos, documentos e instrumentos en poder del imputado dentro de un inmueble cerrado, cuando se le practique la detención al individuo que cometió el ilícito penal en virtud de que requiere de autorización judicial previa y la situación tratada, con respecto a la detención en caso de flagrancia y la respectiva incautación inmediata, se

refiere a las hipótesis d) y e) del 130 CPP, en las cuales no procede la detención del inciso final del 129 CPP, por la expresión del tiempo inmediato. Y la última situación problemática, la del artículo 215 CPP, se concluye que en la detención practicada en el inciso final del 129 CPP no procede el registro porque es una diligencia distinta de ingresar y detener al individuo, y toda evidencia encontrada que hiciera sospechar la comisión de otro ilícito gozaría de ilegalidad por su incautación sin la autorización judicial necesaria para hacer dicho registro, en cambio, distinto es si la policía advierte que las otras personas que se encuentran en el inmueble cerrado tienen objetos que son flagrantes en virtud de la situación a) del 130 CPP, ya que su ilicitud procede de su materialidad misma, como el porte ilegal de armas o el tráfico ilícito de drogas y estupefacientes. Sin embargo, el inciso primero del artículo 206 CPP da lugar también para el registro en donde se estaba cometido un ilícito penal en situación de flagrancia, lo cual significa que si se encuentra evidencia que haga sospechar la comisión de otro hecho punible del que se cometió en ese lugar, se requiere autorización judicial previa para su incautación (hallazgo casual) y si se encuentran objetos que son flagrantes en virtud de la hipótesis a) del 130 CPP cuya ilicitud deriva de su materialidad misma, procede la detención de las personas, en calidad de autores o cómplices, y la incautación de los objetos, sin necesidad de autorización judicial previa.

En lo que respecta al capítulo V, la legislación española, a diferencia de la nacional, tipifica que se puede entender, para esos efectos, por delito flagrante en su numeral primero, 1ª del artículo 795 de la LECr. Por otra parte, no señala el precepto tipificado en el inciso final del artículo 129 CPP, sin embargo a través del numeral segundo del artículo 18 de la Constitución Española, que solo permite la violación de domicilio, como el símil de nuestro numeral quinto del artículo 19 CPR, en caso de delito flagrante, al relacionarlo, precisamente, con el numeral primero, 1ª del artículo 795 de la LECr, por medio de que cataloga como un supuesto de delito flagrante la persecución de quien acaba de cometerlo. Comparando este mismo artículo español con el 129 y 130 CPP nacional, se advierte que los legisladores de este país ibérico solamente consideran delito flagrante, el supuesto a), b) y d) y no consideran como elemento para catalogar el hecho delictual flagrante, ni el testimonio de la víctima ni de un testigo presencial de la comisión del ilícito penal. En lo que respecta a las situaciones problemáticas nacionales, en la legislación española en lo que respecta a los lugares cerrados durante la investigación, da un concepto a nivel penal de domicilio y de consentimiento

del encargado o propietario del inmueble cerrado para practicar la detención en situación de flagrancia, como el artículo 205 de nuestro CPP. La otra situación problemática, en lo que respecta a la posibilidad de los hallazgos casuales y la detención de aquellos objetos que son flagrantes en virtud de su materialidad misma, se encuentra tipificada con respecto a la interceptación de llamadas telefónicas, como nuestro artículo 223 inciso cuarto y quinto, a diferencia que nuestra legislación también considera el artículo 215, en lo que objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado.

La conclusión final, es que en el precepto desarrollado en el inciso final del artículo 129 CPP, solo va a proceder el ingreso y la detención y cualquier otra diligencia que realice la Policía goza de ilegalidad, excepto cuando esta detención se realice en virtud de la situación del inciso primero del artículo 206 del CPP, donde aparte de ingresar y detener al individuo que estaba o había cometido un delito en situación de flagrancia, se registra y se encuentra un hallazgo casual, cuya incautación requiere autorización judicial previa, y/o se encuentran objetos que son flagrantes debido al supuesto a) del 130 CPP, ya que su ilicitud deriva de su materialidad misma, situación que provoca la detención de las otras personas relacionados con esos objetos, en calidad de autores o cómplices.

Bibliografía

Libros y Documentos

Avila, Cynthia; Borinsky, Mariano; Fernández, Eduardo y Lago, Daniel: El sistema procesal penal español. EN: Sistemas Procesales Penales Comparados, primera edición, 1999, Buenos Aires, Argentina.

Cisterna Pino, Adolfo: La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal Doctrina y Jurisprudencia, primera edición, Santiago, 2004.

Duce J., Mauricio y Riego R., Cristián: Proceso Penal, primera edición, Santiago, 2007.

España: Diccionario de la Real Academia de la lengua española, vigésima segunda edición, 2006.

DURAN FUICA, RODRIGO: Las medidas cautelares en el nuevo proceso penal, primera edición, 2003, Santiago.

Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián: Derecho Procesal Penal Chileno, primera edición, Santiago, 2002.

Maturana Miquel, Cristián y Montero López, Raúl: Derecho Procesal Penal, segunda edición, Santiago, 2012.

Piedrabuena Richard, Guillermo: Ley 20.253 Agenda Corta Antidelincuencia, primera edición, Santiago, 2008.

Revistas

Barcazzolo Awad, Ximena: Hallazgos Casuales en relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas. EN: Revista Jurídica del Ministerio Público, Numero 34. Abril, 2008.

Normativa

CHILE: Constitución Política de la Republica, Editorial Jurídica.

CHILE. Código Procesal Penal, Editorial Jurídica.

CHILE. Ley N° 18.961 Ley orgánica constitucional de Carabineros.

CHILE. Decreto Ley N° 2460 Ley orgánica de Policía de Investigaciones de Chile..

ESPAÑA. Constitución Española

ESPAÑA. Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal

ESPAÑA. Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Web

Bañuls Gómez, Francisco Alexis: Las intervenciones telefónicas a la luz de la Jurisprudencia más reciente. EN: Noticias Jurídicas, 2007 [en línea] <http://noticias.juridicas.com/articulos/55-Derecho-Penal/200702981932563274752514.html>;

Garrido Muñoz, Osvaldo: Flagrancia en la comisión de un delito, 2010 [en línea] <http://flagranciaendelito.blogspot.com>;

Vitar Cáceres, Jorge: La detención por flagrancia y la modificación de la ley 20.253 [en línea] http://www.cejamericas.org/congreso10a_rpp/JVITAR_ladetencionporflagranciaylamodificacionley20253.pdf