UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO

SOBRE EL DERECHO DEL IMPUTADO A CONTAR CON UN ABOGADO EN EL PROCESO PENAL

PEDRO ARACENA SALGADO

Memoria presentada a la Facultad de Derecho para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

Profesor Guía: Sr. Rodrigo Ríos Álvarez

Santiago, Chile
2013

A mi querida familia

INDICE

Introducción……..1

Capítulo 1

1.- Breve reseña de la reforma constitucional de la ley 20.516.....2

2.- Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.516……2-27

Capítulo 2

1.-Interpretación del Ministerio Público…….....29-34

2.- Interpretación de la Defensoría Penal Pública.....…34-36

Capítulo 3

1.- Doctrina Extranjera y Nacional……37-51

2.- Pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos51-63

3.- Conclusiones comunes a los casos analizados…… 63-66

Capítulo 4

1.- Breve reseña de la reforma de la ley 20.592…….67-69

2.- Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.592……..70-100

Conclusiones……99

Bibliografía……..101-102

Anexos

Anexo 1

Anexo 2

Abreviaturas utilizadas

- **Constitución Política de la República: CPR**
- **Código Penal: CP**
- **Código Procesal Penal: CPP**
- **Ley 19.718 que crea la Defensoría penal pública: LDPP**
- **Ministerio Público: MINPU**
- **Defensoría Penal Pública: DPP**
- **Corte interamericana de Derechos Humanos: CIDH**

INTRODUCCION

En los sistemas constitucionales actuales de los distintos países uno de los pilares más relevantes, frente a las eventuales vejaciones del Estado y de los mismos ciudadanos entre ellos lo configuran las garantías constitucionales. Qué duda cabe. De tal modo en el Capítulo III la Constitución Política de la República de Chile se encarga de normar el contenido positivo de las garantías fundamentales, así también el del derecho a defensa. Así es que bajo este supuesto se garantiza el derecho a la vida, a la integridad física y síquica, la igualdad ante la ley, entre otros. Dentro de las garantías constitucionales es que encontramos **una en sí misma relevante: el derecho a defensa**. Como parte integrante del derecho a defensa jurídica existe el derecho a ser asistido por un abogado. Es dentro de esta lógica que con fecha 11 de Julio de 2011 se reformó el Capítulo III de la Constitución Política de la República de Chile. Lo importante es que dentro del numeral de esta última garantía se encuentra hoy -gracias a la reforma que hizo la ley 20.516- el derecho de carácter **"irrenunciable"** a ser asistido por un abogado defensor en el marco del procedimiento penal. Y no sólo esto, se ha identificado y se ha hecho caer como obligación bajo los hombros del Estado la irrenunciabilidad del derecho a ser asistido por un letrado. Garantía transcendental para llevar ha cometido uno de los principios más relevantes dentro de un Estado de Derecho, el llamado "Debido Proceso".

Dicha obligación desde la publicación de la ley de fecha 11 de julio de 2011 ha logrado suscitar la opinión del medio jurídico nacional. Pero las que hacen eco y serán especial objeto de investigación de este estudio lo constituyen la de los órganos que lidian día a día con imputados y victimas. Que otros que el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

CAPITULO 1

1.- Breve reseña de la reforma constitucional que hizo la ley 20.516

La ley número 20.516 publicada en el Diario Oficial el 11 de Julio de 2011, enmendó la Constitución Política de la República en dos ámbitos importantes. Por un lado consagró constitucionalmente y de manera expresa tanto la defensa, como la asesoría gratuita para las personas naturales víctimas de delitos**.** Para así poder ejercer la acción penal que en derecho les corresponda. De tal forma se agregó, al párrafo tercero del artículo 19 número 3, en el siguiente tenor:

"La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes."[1]

Por otro lado se intercalo al antiguo párrafo cuarto uno nuevo, reemplazándolo. Que actualmente señala:

"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley."[2]

Cabe mencionar que se sustituye en el inciso primero del artículo 20 de la CPR la frase "*inciso cuarto*" por la frase *"inciso quinto"*. Ello por razones de concordancia dentro de la Constitución.

[1] Ley Nº 20.516, Reforma Constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. *Diario oficial 11 julio 201.* Véase ANEXO 1
[2] Id.

2.- Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.516

Se hace necesario al iniciar esta exposición referirnos aunque sea en forma sucinta a la Historia de la ley que nos compete.

Con fecha 16 de octubre de 2007 se ingreso al senado por moción de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, José García Ruminot y Baldo Prokurica Prokurica y de los ex Senadores señores Andrés Allamand Zavala y Sergio Romero Pizarro, el proyecto de ley de reforma constitucional.

A) PRIMER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

A.1) Moción

La moción presentada por estos senadores tuvo en cuenta que, el Código Procesal Penal regula la actividad de los tribunales penales (**artículos** 69 y siguientes del CPP), del Ministerio Público (**artículos** 77 y siguientes del CPP), del imputado (**artículos** 93 y siguientes del CPP) y de la víctima (**artículos** 108 y siguientes del CPP). Por ello es posible que durante la investigación y juzgamiento en el proceso penal distinguir a lo menos, los intereses de la comunidad, de la víctima y del imputado.[3]

Como sabemos además existen en nuestro ordenamiento jurídico una serie de disposiciones tendientes a proteger los intereses tanto de la víctima como del imputado. En el caso de la víctima, por ejemplo el artículo 83 de la CPR; artículo 6º del CPP; artículo 14 letra a) del COT y artículo 1º de la LOCMP, entre otras. Además el artículo 109 del CPP señala en forma meramente enunciativa los derechos de la víctima del proceso penal. Así resulta obvio para este grupo de senadores, que la víctima para hacer efectivos estos derechos debe contar con la apropiada asesoría legal. Ya sea durante la etapa de investigación como durante

[3] Historia de la ley 20.516. p. 4

el proceso mismo. Un ejemplo lo constituye el derecho a presentar querella (artículo 109 b) por lo que el CPP supone la representación de un abogado.

Pero el problema se encuentra en que ni la Constitución ni la ley aseguraban de forma específica el derecho de la víctima de ser asistido y representado por un letrado. Situación que es divergente con el imputado en el proceso penal, a quien si se le garantiza, incluso a nivel de garantía constitucional (19 Nº 3 CPR) y en el artículo 8 y 93 letra b del CPP. Derecho que es concretado en la práctica por la Defensoría Penal Pública. Al efecto señala la ley 19.718 que crea la DPP, en su artículo 2:

"La Defensoría tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado"[4] [5]

A pesar de que el artículo 19 Nº 3 incisos 2º y 3º de la CPR no realice distingos entre victima e imputado, puede afirmarse que dichos derechos le asisten también a la víctima del delito. Lo cierto es que a nivel legal, las normas referentes **al asesoramiento y defensa jurídica -toda vez que una persona carece de los medios para proporcionársela- sólo** se le ha reconocido en específico al imputado (ya sea en el CPP o en la LDPP). Lo anterior se traduce en **una** gran desigualdad entre víctima e imputado en el proceso penal. No se debe olvidar que el MINPU no representa a la víctima, sino la pretensión punitiva del Estado. Sólo es obligado en igual forma que el Juez de Garantía y la Policía a otorgarle protección a la víctima.

Por estas consideraciones el proyecto de ley original buscaba corregir esta desigualdad entre víctima e imputado. Otorgándole a los ofendidos del delito

[4] Ley 19.718, Crea la Defensoría Penal Pública. *Diario oficial10 de Marzo 2001*
[5] Historia de la ley 20.516. p.5

asesoramiento y defensa jurídica durante todo el procedimiento penal. Este derecho debe asegurarlo el Estado respecto de las víctimas, personas naturales que carezcan de los medios para poder procurarse por sí mismo la debida asesoría y defensa jurídica. No se incluyen en esta obligación del Estado a las personas jurídicas ya que- entienden los senadores en su moción- que en un gran porcentaje estas cuentan con la opción de contar con asesoría jurídica privada, para el resguardo de sus derechos e intereses.

Es por lo ya mencionado que proponían una modificación del inciso segundo del artículo 83 de la CPR, del siguiente tenor:

"Artículo Único: En el inciso 2º del artículo 83 de la Constitución Política de la República, a continuación del punto aparte, que pasa a ser punto seguido, agréguese la siguiente oración: *"La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a las personas naturales víctimas de delitos que no puedan procurársela por sí mismas."*[6]

A.2) Informe de Comisión de Constitución

Con fecha 10 de marzo, 2008 la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento tuvo el honor de informar el proyecto de ley en comento.

La Comisión discutió en general y en particular esta iniciativa legal, en miras a que el proyecto es de artículo único, atendiendo al artículo 127 y 36, inciso séptimo, del Reglamento de la Corporación. Igualmente, la Comisión propuso al Senado discutirlo en general y en particular a su vez, en el debate en la Sala. Cabe mencionar que este proyecto, hasta este momento no tiene urgencia para su tramitación y despacho. Además, conforme al artículo 127 de la CPR el quórum para su aprobación es de tres quintos de los senadores en ejercicio.

[6] Historia de la ley 20.516. p.6

Concurrió a la sesión en que se debatió y despachó el proyecto el Ministro de Justicia, señor Carlos Maldonado, y el asesor de esa cartera, abogado señor Rodrigo García.

El informe junto con hacerse cargo en primer lugar de los antecedentes de la moción (normativos y estadísticos) apunta al Acuerdo Político Legislativo de Seguridad Ciudadana. Acuerdo suscrito por el Ejecutivo y parlamentarios de partidos políticos con representación en el Congreso, con el fin de efectuar reformas constitucionales y legales tendientes a mejorar la situación de la seguridad pública, y un calendario tentativo para la discusión y despacho de esas iniciativas.[7]

A.3) Discusión General y particular

El Ministro de Justicia, Carlos Maldonado manifiesta que justamente el Acuerdo ya mencionado tiene por uno de sus objetivos el derecho de las víctimas consiste en la defensa penal a cargo del Estado, cuando ellas no estén en condiciones de contratar directamente a un defensor y se trate de ciertos delitos violentos entre los que se identifican, a modo de ejemplo, el homicidio, el parricidio, el secuestro, la sustracción de menores, los delitos sexuales, el robo con violencia o intimación, y las lesiones graves comunes o proferidas en el contexto de una situación de violencia intrafamiliar.[8]

El abogado asesor del Ministro de Justicia, señor Rodrigo García, indicó que es posible perfeccionar el texto propuesto en la moción. En primer término, la redacción en cuestión es muy similar a la empleada en el artículo 19, Nº 3º, de la Carta Fundamental; el elemento nuevo que se agrega es que debe tratarse de víctimas que tengan la calidad de personas naturales. Una proposición en esa línea puede parecer como mera reiteración de la citada garantía fundamental, lo

[7] Historia de la ley 20.516. p.7 y 8
[8] Historia de la ley 20.516. p.10 y 11

que puede dar lugar a interpretaciones equívocas. Además denotaba que la moción utiliza la palabra “victima”, en vez de la voz “ofendido” que utiliza actualmente la CPR. Aunque tiene relación en virtud del artículo 108 del CPP, comprenden situaciones levemente distintas. Por lo que, si se quisiese en el futuro modificar el mencionado artículo podrían existir problemas de interpretación, con la constitucionalización de la voz “victima”. Conjuntamente la frase asesoría jurídica que señala el proyecto en informe es muy amplia y poco especifica. Por ende vale la pena, propone este asesor, cambiarla a defensa jurídica de contenido más preciso.[9]

El Senador Gómez a pesar de compartir la moción presentada, señala que la ubicación no es la correcta para el proyecto en discusión. Ya que en estricto rigor lo que se busca es especificar la garantía a derecho a defensa jurídica de las víctimas de delitos. Por tanto debiese ubicarse dentro del capítulo sobre las garantías constitucionales.

El Senador Espina argumentó que la modificación constitucional que se propone en la moción debe materializarse en el artículo 83 de la CPR debido a que esta disposición es la que establece expresamente el derecho del ofendido a intentar la acción penal contra el imputado, y es lógico que a continuación, en el mismo artículo, se indique que el Estado garantiza el acceso a defensa jurídica para la víctima que no puede procurársela por sus propios medios pecuniarios. Por lo demás, debe considerarse que el artículo 19, Nº 3º, establece la garantía de acceso a la justicia para todos los ciudadanos, independientemente de la posición jurídica en la que se encuentran y que, en general, no se recomienda introducir modificaciones al Capítulo III, porque los derechos y garantías constitucionales que allí se establecen son uno de los pilares básicos de la institucionalidad y es mejor no alterar esas reglas esenciales para la convivencia política.[10]

[9] Historia de la ley 20.516. p.11
[10] Historia de la ley 20.516. p.12

El Senador Larraín expresó que es preferible ocupar las expresiones "asesoría" y "defensa" jurídica de forma conjunta, porque aunque es efectivo que el Acuerdo Político Legislativo citado por el Ministro de Justicia alude sólo a la defensa jurídica en caso de delitos graves, en la práctica acudirán todas las víctimas que lo necesiten. Y en tal supuesto los ofendidos por delitos menos graves o los que sólo requieran ser asesorados jurídicamente porque les basta con la actuación judicial del Ministerio Público, deberán ser reconducidos a las instituciones que actualmente se dedican a este cometido. Como son las Corporaciones de Asistencia Judicial, quedando amparadas con defensa jurídica sólo las personas naturales que no puedan procurársela por sí mismas y que sean víctimas de delitos graves. Todo esto podrá ser especificado en la ley que desarrolle esta garantía.[11]

Cerrado el debate se procedió a votar para legislar sobre el proyecto. Por unanimidad se aprobó dar curso a la moción (cuatro votos contra 0)

En vista de lo anterior la Comisión propuso que se aprobase el siguiente proyecto de reforma constitucional:

"Artículo único.- Agrégase al final del inciso segundo del artículo 83 la siguiente oración, en punto seguido: "Para este efecto, la ley señalará los casos y establecerá la forma en que se otorgará asesoramiento y defensa jurídica a las personas naturales víctimas de delitos que no puedan procurárselas por sí mismas."

Acordado en sesión celebrada el día 5 de marzo de 2008, con asistencia de los Senadores José Antonio Gómez Urrutia (Presidente), Alberto Espina Otero, Hernán Larraín Fernández y Pedro Muñoz Aburto.[12]

[11] Historia de la ley 20.516. p.12
[12] Historia de la ley 20.516. p.13

A.4) Discusión en Sala

El señor Hoffmann (Secretario General) señala que el objetivo principal del proyecto es establecer en la Carta Fundamental una obligación para el Estado, consistente en asegurarles asesoría y defensa jurídica a las personas naturales que hayan sido víctimas de hechos que revisten caracteres de delito y que no puedan procurárselas por sí mismas. Cabe mencionar que para dicha reforma se requieren los tres quintos de los senadores en ejercicio, vale decir 20 votos.[13]

Luego se pasó la palabra a una serie de senadores que explicitan estar de acuerdo con legislar sobre el tema. Ya que comprenden básicamente que hay un vacío en el tema, que no hay quien represente a las víctimas de delitos y que en una democracia ello no se puede permitir. Es más el argumento de que existe el MINPU para dicha labor no es suficiente. Ya que este representa los intereses de la sociedad y no de la victima. Del mismo modo lo señala las disposiciones pertinentes y lo ha hecho ver el Fiscal Nacional. Entre ellos Senador Chadwick, Espina, Gómez, García, Bianchi, Larraín. A excepción del Senador Ávila que considera que los delitos que afectan a las personas son materia de interés público. Por lo tanto, la actuación del fiscal, en los hechos, va en resguardo de las víctimas. Y aquel es quien investiga, pondera y a las conclusiones a que arriba naturalmente deberían constituir una defensa de las afectadas.

Por unanimidad, se aprueba el proyecto en general, dejándose constancia, para los efectos del quórum constitucional requerido, de que votaron favorablemente 29 señores Senadores**.** Votaron las señoras Alvear y Matthei y los señores Allamand, Arancibia, Ávila, Bianchi, Cantero, Chadwick, Coloma, Escalona, Espina, Frei, García, Gazmuri, Girardi, Gómez, Horvath, Larraín, Longueira, Muñoz Aburto, Naranjo, Novoa, Núñez, Ominami, Orpis, Pérez Varela,

[13] Historia de la ley 20.516. p.15

Prokurica, Romero y Zaldívar.[14]

A.5) Boletín de indicaciones

El Senador Muñoz Aburto, indicó para sustituir la oración que se agrega al final del inciso segundo del artículo 83, por la siguiente: “Para este efecto, la ley señalará los casos y establecerá la forma en que se otorgará, aún antes de la formalización, asesoramiento y defensa jurídica a mujeres y hombres, cualquiera sea su edad, que hayan sido víctimas de delitos y que no puedan procurárselas por sí mismas.”.[15]

A.6) Segundo Informe de la Comisión de Constitución

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento informo el proyecto de reforma constitucional, en primer trámite constitucional. Mencionamos que a la sesión en que se estudió este proyecto asistieron, además de los integrantes de la Comisión, el Jefe de la División Jurídica del Servicio Nacional de la Mujer, señor Marco Rendón, y la abogada asesora de dicha repartición, señora Alicia Candia. Conforme al artículo 124 del Reglamento del Senado la única indicación señalada al proyecto fue rechazada.[16]

El Jefe de la División Jurídica del Servicio Nacional de la Mujer, abogado señor Marco Rendón, expresó que el proyecto en discusión es una oportunidad cierta para mejorar la protección de los derechos de las mujeres en el ámbito de la justicia penal. Por otra parte adiciona que es mejor las palabras “mujeres y hombres cualquiera sea su edad” que “persona natural”. Para evitar futuros problemas de hermenéutica legal. Ya que podría extrapolarse a personas jurídicas que en otros ámbitos regula la constitución. Por último alude a que se zanje en

[14] Historia de la ley 20.516. p.25
[15] Historia de la ley 20.516. p.26
[16] Historia de la ley 20.516. p.27

materia penal como se hizo en familia un artículo similar al 19 de la ley 19.968 que crea los tribunales de familia. Para la correcta defensa de los derechos del menor de edad.

Con fecha 2 de abril del 2008 el Senador Muñoz propone una nueva indicación para reemplazar la oración propuesta por otra, que repite la idea del texto aprobado en general y agrega que el derecho a asesoramiento y defensa procederá incluso antes de la formalización, y que los titulares de este derecho serán los hombres y mujeres víctimas de delitos, cualquiera sea su edad. La indicación fue rechazada por la unanimidad de los presentes, Honorables Senadores señora Alvear y señores Chadwick, Espina y Vásquez. En consecuencia, la Comisión propuso aprobar el proyecto de reforma constitucional en los mismos términos consignados en el primer informe.[17]

A.7) Discusión en Sala

Con fecha 20 de Abril de 2008 se aplazó la votación del proyecto para la próxima sesión ordinaria. Atendido el quórum especial que requiere. Así lo hizo ver el Senador Gómez. Con fecha 06 de mayo de 2008 se volvió a votar y se aprobó por unanimidad (26 votos).

B) SEGUNDO TRÁMITE CONSTITUCIONAL: CÁMARA DE DIPUTADOS

B.1) Informe de la Comisión de Constitución, legislación y Justicia

Con fecha 11 de noviembre de 2010 la comisión informo a la Cámara de Diputados. En este informe se produce la intervención de varias personas, representantes de distintos sectores de la sociedad. Entre ellos personeros de

[17] Historia de la ley 20.516. p.30

Gobierno, representantes de la DPP y de la Corporación de Asistencia Judicial, expertos académicos en el tema, entre otros. Sólo extraje las opiniones de ciertos intervinientes en la comisión para no extenderme más allá de lo netamente relevante para esta investigación y mantenerme dentro los objetivos de la misma.[18]

El Ministro de Justicia Felipe Bulnes Serrano señaló haber recibido con cierta frecuencia agrupaciones de víctimas haciendo presente su malestar por la sensación de desamparo en que se sentirían, por cuanto el sistema procesal penal privilegiaría a los victimarios en desmedro de los ofendidos, cuestionamiento que preocupaba a su Ministerio desde el punto de vista de la necesidad de velar por un sano equilibrio entre los derechos de las partes del proceso penal. Respecto a esta misma sensación, señaló que era el Ministerio Público el organismo que más cuestionamientos levantaba en el nuevo sistema de justicia penal, no por su gestión, sino por su insuficiente acogida a las víctimas, reparo que, en realidad, no debería alcanzarle por cuanto la lógica de su labor estaba regida por el principio de la objetividad, el que no exige una identificación entre sus intereses y los de la víctima, pero que constituía la base del factor de desconfianza que muchas personas abrigaban a su respecto. Agregó que en la búsqueda de solución a este problema, el Ejecutivo no compartía la idea de modificar el Código Procesal Penal, por el riesgo que se corría si se otorgaran a la víctima mayores facultades que las que ya tiene en lo que respecta a la iniciativa de la persecución penal, en lo que se refiere a alterar los equilibrios establecidos y al monopolio de dicha persecución que corresponde al Ministerio Público, pero sin que lo anterior significara desconocer la conveniencia de garantizar lo mejor posible el ejercicio de sus derechos por parte de la víctima y, en su caso, del querellante, a fin de que no pase este reconocimiento de ser una mera declaración programática. Refiriéndose a las entidades que prestan actualmente asistencia a las víctimas, señaló que las Corporaciones de Asistencia Judicial habían desarrollado los Centros de Atención de Víctimas de Delitos Violentos y, a su vez, el Ministerio del Interior contaba con

[18] Historia de la ley 20.516. p.40

una oficina que proporcionaba, fundamentalmente, orientación jurídica y psicológica, pudiendo, en casos calificados, asumir la representación de las víctimas y deducir las correspondientes querellas. En cuanto a la forma de llevar a cabo la asistencia jurídica a las víctimas, señaló que se habían explorado dos posibilidades: la primera radicando la responsabilidad en el Ministerio Público por la vía de fortalecer las unidades de atención de víctimas, salida que se desechó por la existencia de una cierta dicotomía de intereses entre el órgano persecutor y la víctima, como también por la circunstancia de encontrarse afincada en la cultura social un determinado concepto acerca de las funciones del Ministerio Público. La segunda, dando continuidad a una idea proveniente de la anterior Administración, consistía en la formación de un fondo nacional para la contratación de abogados por la vía de licitaciones y en cuyo esquema se consultaba un consejo en que participarían el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia, con un modelo similar al de la Defensoría Penal Pública. Finalmente, **desechadas ambas posibilidades**, se optó por racionalizar los esfuerzos públicos dispersos reformando íntegramente las Corporaciones de Asistencia Judicial. Esta medida, que consideraba potenciar y aumentar la cantidad de Centros de Atención de Víctimas de Delitos Violentos, focalizando la atención en la determinación de quienes serán los beneficiarios y cuáles serán los delitos comprendidos en su accionar, justificaba, a su juicio, la aprobación de la modificación constitucional que se proponía.

También se expresó Patricio Zapata Larraín, profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, empezó señalando que el proyecto pretendía imponer al Estado una obligación genérica y poco determinada, consistente en otorgar asesoría y defensa jurídica a las personas víctimas de delitos que no puedan procurárselas por sí mismas. Al respecto, se preguntó cuál sería la base de este nuevo deber ¿acaso un apoyo que se debe a las personas en razón de tener ellas un derecho fundamental, de carácter social, que las haría acreedoras a dichas prestaciones,

o, simplemente, se trataría de prestaciones legales asumidas por el Estado en base a las demandas ciudadanas o a consideraciones de políticas públicas?
Contestándose su propia interrogante, señaló que si fuera la primera posibilidad, es decir, la existencia de un derecho fundamental a favor de las víctimas, recordó que el propósito de la moción era restablecer la igualdad de derechos entre imputados y víctimas, en otras palabras, tal como se reconoce al imputado un conjunto de prerrogativas en virtud de su derecho fundamental al debido proceso, igualmente habría que conceder un conjunto más o menos equivalentes de derechos a la víctima, en razón de que ésta tendría el derecho fundamental de igual acceso a la justicia. De acuerdo a lo anterior, el proyecto se justificaría porque tanto la doctrina como la jurisprudencia e incluso el legislador, habrían entendido que tratándose de cuestiones penales, el N° 3 del artículo 19 comprendería solamente al imputado y no al ofendido. **En tal caso, parecería que lo lógico sería incluir la propuesta en el mismo N° 3, puesto que si se tratara de derechos fundamentales**, debería agregarse en la norma que trata de su protección y promoción. Creía, por otra parte, que sería conveniente que los congresales tuvieran a la vista el proyecto que concretaría esta reforma constitucional, sin perjuicio de que, además, por el hecho de no existir un plazo para implementar la reforma, ésta quedaría entregada a la voluntad del gobierno de turno o a la disponibilidad financiera, con el riesgo cierto de que por no haber un correlato entre lo que dice la Constitución y la realidad, surgiera el derecho ciudadano de reclamar ante los tribunales o ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sostuvo la necesidad de precisar más el contenido del derecho que se establecía, por cuanto no estaba claro si se agotaba con la asistencia letrada o comprendía, además, apoyo psicológico o social. A su juicio, un derecho fundamental constituía un límite al actuar del legislador en cuanto le imponía, en términos positivos, una serie de obligaciones de acción y, en términos negativos, definiendo un sector vedado que no puede invadir. Por lo mismo, una reforma constitucional que entrega un cheque en blanco al legislador, no le fijaría ni límite ni freno a su accionar. Por lo anterior, desde el punto de vista de los derechos fundamentales, le parecía que la propuesta era insuficiente y que su

ubicación en el texto constitucional era inadecuada. En lo que se refería a la segunda posibilidad, es decir, se trataría de simples obligaciones legales asumidas por el Estado en base a las demandas ciudadanas o a consideraciones de políticas públicas, hizo presente que el objetivo principal de las constituciones políticas es reconocer y proteger los derechos fundamentales, pero ello no opta a que puedan adoptar ciertas definiciones en materia de políticas públicas, como por ejemplo, la descentralización y autonomía del Banco Central o del Ministerio Público. Además de estas consideraciones puramente constitucionales, sostuvo, citando un trabajo del profesor de la Universidad Austral señor Andrés Bordalí, que las víctimas no tienen derecho a un juicio oral y público en nuestro ordenamiento, por cuanto para ello se requeriría modificar la Constitución y crear un mecanismo de enjuiciamiento acusatorio puro, como existió en el pasado, en los tiempos de la Roma republicana y que, en otras palabras, significaría convertir la persecución penal pública en privada, algo que no se aviene con nuestro texto fundamental. Continuando con la cita del profesor señor Bordalí, señaló que la introducción del Ministerio Público en la Constitución, comportó un compromiso entre el modelo original del Ejecutivo, que destacaba por su clara preeminencia pública y oficial y el interés del legislador en dar una mayor participación a la víctima en el enjuiciamiento criminal, compromiso que comprendía alejar toda concepción exclusivamente estatal, pública y oficial del enjuiciamiento criminal así como privatista o acusatoria pura del mismo, lo que se traduce en la participación de la víctima en la actividad persecutoria penal que debe llevar adelante el Ministerio Público. No obstante, participación no es lo mismo que tener la titularidad en el enjuiciamiento penal, algo a que no da derecho nuestra Constitución. De lo anterior, concluye que si bien las víctimas siempre tienen derecho a deducir su pretensión civil ante los juzgados penales o civiles y a obtener una respuesta judicial a esa pretensión, si desean obtener un castigo para el agresor, necesitarán que el Ministerio Público formalice y lleve a juicio a ese sujeto. Igualmente, señaló que por lo menos en dieciséis oportunidades se había solicitado al Tribunal Constitucional que determinara si el equilibrio al que llegó el legislador en el marco de la reforma procesal penal, satisfacía adecuadamente el marco de la

Constitución, siendo la respuesta invariable en el sentido que era satisfactorio, por lo que quienes claman por la inconstitucionalidad de tal equilibrio, deberán probarlo suficientemente. Creía que incorporar la propuesta en el artículo 83 se traduciría en introducir un cambio fundamental en el proceso penal, salvo que el proyecto no pasara de ser un alarde puramente retórico y no se desarrollara en una iniciativa que entregara a la víctima un asesoramiento significativo. Dentro de esta misma idea, propuso analizar trabajos realizados sobre la participación del querellante en juicios penales, citando el efectuado por el juez del Quinto Tribunal Oral en lo Penal, señor Danilo Báez, el que efectúa un análisis de la utilidad que presta a las víctimas el contar con un abogado que les entregue un servicio remunerado, en el que demuestra que no hay en ello ventaja alguna. Señaló creer que la solución al problema de las víctimas no residía en la obligación del Estado de proporcionarles un querellante particular, quien tiene una participación menor en el proceso penal, sino más bien en cuestiones relacionadas con asistencia social, económica y psicológica, para lo cual no habría necesidad de modificar la Constitución y, por lo mismo, pensaba que la reforma que se proponía, en cuanto podría crear falsas expectativas, podría constituirse en un factor de frustración.[19]

B.2) Discusión del proyecto

En este punto sólo me referiré a la Discusión particular ya que es trascendental por cuanto cambia la ubicación de la reforma en comento y el Diputado Burgos sostiene la importancia de dar fundamento Constitucional a la DPP. La discusión general sólo alude al acuerdo sobre seguridad ciudadana, por lo que no haré mayor mención de ella.

En la discusión particular es el diputado Harboe quien señala que la ubicación que propone el Senado no es la más afortunada. Por cuanto el fundamento de la modificación que se planteaba arrancaba del Acuerdo Político, el cual pretendía garantizar a los ciudadanos el derecho a ser representados

[19] Historia de la ley 20.516. p.49

judicialmente y tener un grado de reparación cuando fueren víctimas de delitos violentos, finalidad que no podría conseguirse sobre la base del texto que se proponía porque circunscribía la satisfacción de dicha finalidad no a un ente autónomo distinto del Ministerio Público sino que a éste mismo, organismo que no puede otorgar protección a las víctimas porque ello sería una función que no correspondería a su origen estructural.

Conjuntamente, al mismo tenor el Diputado Burgos sostuvo que desde el momento en que el artículo 19 de la Constitución establecía en su párrafo primero, que toda persona tendría derecho a defensa jurídica en la forma que señale la ley, y su párrafo tercero que la ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos, dado el amplio sentido que tendría el concepto de "defensa jurídica", al que no se pone limitación alguna, llevarían a sostener que la reforma propuesta no sería necesaria para la consecución de los objetivos que se persiguen, pero que si se llegase al convencimiento de que resulta indispensable, creía debía mejorarse la redacción e incorporar una norma similar a la del artículo 19 N° 3 y no modificar el artículo 83.

Por otra parte, denotó la existencia de una asimetría entre víctimas y victimarios, señalando que ella radicaba en que estos últimos contaban con un aparato estatal que servía de contrapeso al Ministerio Público, como era la Defensoría Penal Pública, para cuya creación no había sido necesaria una reforma constitucional. Insistió en que si se optaba por la reforma para consagrar expresamente el derecho a defensa de las víctimas, debería también aprovecharse la oportunidad para hacer lo mismo con los victimarios a fin de dar **sustento constitucional a la Defensoría Penal.**[20]

[20] Historia de la ley 20.516. p.54

El diputado Araya, por su parte estima innecesaria la reforma, sin embargo si ha de realizarse debe remitirse al artículo 19 Nº 3 de la CPR. Ya que el 83 de la CPR está referido al MINPU y a la función de persecución penal.

Los representantes del Ejecutivo señalaron que en cualquier de los lugares propuestos en que se hiciese la Reforma tendría lógica, por lo que se mostraban dispuestos analizarlo. La Comisión, siguiendo en estos dos puntos a los Diputados señores Eluchans y Harboe, acordó mantener el orden propuesto como una forma de realzar la situación de las víctimas las que hoy no se sentían parte del sistema procesal penal e incluir la expresión "naturales" a continuación de la palabra "personas", por la conveniencia de restringir sus alcances por cuanto el artículo 19 establecía también derechos que podrían favorecer a personas jurídicas.[21] Finalmente se llegó al siguiente texto de consenso:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones a la Constitución Política de la República:

"*1.- Modifícase el artículo 19 número 3° de la Constitución Política de la República: Historia de la Ley Nº 20.516 Página 56 de 133*

a.- Agrégase en el inciso tercero, a continuación del punto aparte que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración:

"El legislador señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos, dispondrán del asesoramiento jurídico gratuito, a efectos de ejercer la acción penal que le reconoce esta Constitución y las leyes.".

[21] Historia de la ley 20.516. p.55

b.- Intercálase el siguiente inciso cuarto, nuevo, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente:

"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno dentro de la oportunidad establecida por la ley.".

2.- Sustitúyese en el artículo 20 inciso primero, a continuación del numeral 3° la expresión "inciso cuarto" por la siguiente: "inciso quinto".

Los representantes del Ejecutivo, ante algunas consultas relacionadas con los términos empleados, explicaron que el empleo de la palabra "víctima" en lugar del término "ofendido", obedecía al carácter genérico de la primera puesto que no siempre ambas expresiones coincidían como sucedía en los casos de muerte del ofendido en que se considera víctima, entre otros, al cónyuge e hijos.

En lo que se refería al nuevo inciso cuarto agregado a este artículo por la letra b.-señalaron que ello obedecía a la conveniencia, tal como se había propuesto en el transcurso del debate, de dar un respaldo constitucional a la Defensoría Penal Pública.

Por último, explicaron que la modificación que se introducía al artículo 20 no era más que una concordancia para mantener la referencia a una de las causales que hoy fundamenta el recurso de protección, alterada por el cambio de orden de los incisos del artículo 19.[22]

Finalmente, la Comisión, al igual como se hace en el inciso tercero del artículo 19 y con el objeto de evitar interpretaciones, acordó emplear en la letra a.-

[22] Historia de la ley 20.516. p.56

del texto que se propone, los términos “asesoramiento y defensa jurídica”. Se recomienda, de tal modo por la Comisión la aprobación del siguiente proyecto[23]:

“Artículo único.-Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1.- Modifícase el artículo 19 número 3° en el siguiente sentido:
a.- Agrégase en el inciso tercero, sustituyendo el punto aparte por un punto seguido, lo siguiente:

“La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos, dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.”.

b.- Intercálase el siguiente inciso cuarto, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente:

“Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.”

2.- Sustitúyense en el artículo 20, inciso primero, la primera vez que figuran, los términos “inciso cuarto” por “inciso quinto”.

B.3) Discusión en Sala

Con fecha 14 de diciembre de 2010 la diputada informante realiza una exposición del informe de la comisión. Aparte de lo ya mencionado arriba, podemos destacar dentro de lo que menciona la diputada, lo que sigue. Que

[23] En este punto luego de la discusión se cambia la palabra “asesoría” en vez de “asesoramiento”. Por motivos que desconozco y no se expresan en la Historia de la Ley.

durante el informe se argumentó que los principales aspectos que se debatieron fueron: fundamentos de la reforma propuesta, ubicación de la norma en la Carta Fundamental y forma de implementar la reforma en la práctica. Si bien este último aspecto no fue resuelto con esta modificación, sí se dejó constancia de la alternativa por la que optó el Ejecutivo. Respecto del primer punto, hubo quienes sostuvieron que no era efectivo que el Estado no proporcionara asistencia jurídica a las víctimas, por cuanto existen servicios de atención a quienes son víctimas de delitos violentos, como las no es efectivo que el Ministerio Público solamente esté obligado a brindar protección a las víctimas, conforme lo señalado en el artículo 78 del CPP, dado que dicha norma establece un deber amplio de información y protección, debiendo los fiscales no sólo adoptar medidas de protección, sino también facilitar su intervención en el proceso y evitar o disminuir lo más posible las perturbaciones que puedan ocasionarles los trámites en que deban intervenir.

Se hace presente que el nuevo inciso cuarto que se propone responde a dar rango constitucional a la DPP. En cuanto a la protección de la víctima se optó por racionalizar los esfuerzos públicos dispersos, reformando íntegramente las corporaciones de asistencia judicial. Desechando la propuesta de la Administración interior de un fondo de reserva o que dicho rol recayera en el MINPU por sus intereses diversos a los de la victima.

Más adelante se detallan las intervenciones de los Diputados. Todos de acuerdo -excepto el Diputado Hugo Gutiérrez- con sus respectivas pretensiones y apreciaciones políticas y jurídicas. Nuevamente voy a señalar lo que menciona el Diputado Burgos en su intervención. Ya que por un lado alude al tema que nos convoca y por otro lado hace presente la segunda modificación que realizará el proyecto. Modificación que no se había hecho cargo diputado alguno anterior a él, en sus intervenciones:

"La indicación consensuada, que vamos a apoyar en esta Sala, no sólo se refiere a la víctima -es bueno decir las cosas por su nombre-, sino también a la defensa del imputado, para no crear una asimetría en la Constitución. Dispone a la letra: "La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos, dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes."; o sea, su condición de querellante.[24]

El mismo número agrega un elemento no menor y muy importante: el derecho a la defensa es irrenunciable. Porque uno puede renunciar a ser un querellante particular, sin embargo, jamás al derecho a la defensa del imputado, debido a que es **irrenunciable**. Dice: *"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno -particular- en la oportunidad establecida por la ley".* Esto es bien relevante, porque estamos incluyendo a la Defensoría Penal Pública en sede constitucional, ya que no lo estaba de manera tan clara. Probablemente, el paso pendiente sea su declaración de autonomía. Me inscribo entre los que creen que debiera ser autónoma. A partir de los problemas presupuestarios que pudiera tener, su condición de autonomía le daría una posibilidad mucho más considerable de crecimiento. Pero éste es un avance importante. Tal como establecemos en la Constitución el derecho a la defensa de la víctima, de manera más precisa si se quiere respecto de lo que consigna el actual artículo 19, también disponemos el derecho de defensa del imputado de un delito. En todo caso, nunca hay que olvidar que mientras no haya sentencia de término, la imputación es transitoria, provisional."[25]

Finalmente efectuada la votación en forma económica, por el sistema electrónico, dio el siguiente resultado: por la afirmativa, 103 votos; por la negativa, 4 votos. Hubo cuatro abstenciones. Se hace interesante apuntar quienes votaron

[24] Historia de la ley 20.516. p.88
[25] Historia de la ley 20.516. p.89

en contra del proyecto objeto de estudio. Votaron por la negativa los siguientes señores diputados: Aguiló Melo Sergio; Carmona Soto Lautaro; Gutiérrez Gálvez Hugo; Teillier Del Valle Guillermo.

B.4) Oficio de la Cámara revisora a Cámara de Origen

Con fecha 14 de diciembre de 2010 la Cámara de Diputados envío el proyecto de regreso al Senado.

C) TERCER TRÁMITE CONSTITUCIONAL: SENADO

C.1) Informe de Comisión de Constitución

Con fecha 19 de abril de 2011 se efectúa una relación de la modificación introducida por la Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, al texto del artículo único del proyecto aprobado en primer trámite constitucional por el Senado, consignándose, además, el acuerdo adoptado por la Comisión respecto de ella. Al mismo tiempo se deja constancia que de aprobarse la enmienda a la constitución los quórum han cambiado. Lo anterior debido a que al tratarse de una enmienda al Capítulo III de la carta fundamental, debe constarse con los dos tercios de los Senadores y diputados en ejercicio. Aquello en virtud del artículo 127 de la CPR.[26]

El Senado, en primer trámite constitucional, aprobó un artículo único del siguiente tenor:

"Artículo único.- Agrégase al inciso segundo del artículo 83 de la Constitución Política de la República, a continuación del punto aparte (.), que pasa a ser punto seguido (.), la siguiente oración final: "Para este efecto, la ley señalará los casos y establecerá la forma en que se otorgará asesoramiento y defensa jurídica a las

[26] Historia de la ley 20.516. p.104

personas naturales víctimas de delitos que no puedan procurárselos por sí mismas.”.”.

La Cámara de Diputados, en segundo trámite constitucional, reemplazó dicho artículo único por el que se transcribe a continuación:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1. Modifícase el artículo 19 número 3° en el siguiente sentido:

a.- Agrégase en el inciso tercero, sustituyendo el punto aparte (.) por un punto seguido (.), lo siguiente:

"La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos, dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.".

b.- Intercálase el siguiente inciso cuarto, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente:

"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.".

2.- Sustitúyense en el artículo 20, inciso primero, la primera vez que figuran, la expresión "inciso cuarto" por "inciso quinto".".

La Senadora Alvear (presidenta) dio la palabra al Ministro Bulnes. Que luego de recapitular lo hecho por ambas cámaras. Señala que además de la proposición original en beneficio de las víctimas, la Cámara de Diputados consagró el derecho del imputado a ser asistido por un abogado defensor proporcionado por el Estado, con lo cual se contemplará en la Carta Fundamental un principio ya recogido por la normativa que regula la Defensoría Penal Pública. Indicó que, en efecto, el artículo 2º de la ley N° 19.718 establece que la señalada

institución tiene por finalidad proporcionar defensa penal a los imputados o acusados que carezcan de abogado.[27]

El Senador Espina y Walker conforme con la iniciativa, y en lugar que ocupara en la CPR. Así también con que sean las Corporaciones de Asistencia Judicial las que amparen la protección a las víctimas. De igual forma este último Senador destacó la incorporación de la ya aludida garantía a favor del imputado, la cual, dijo, reforzará la equivalencia que debe existir entre la situación de la víctima y la de éste en materia de protección de sus derechos. Por otra parte, resaltó el hecho de que esta nueva redacción asegure expresamente a las víctimas la gratuidad de la asesoría y defensa jurídica.[28]

C.2) Discusión en Sala

Con fecha 17 mayo de 2011, la Senadora Alvear destacó que la Cámara Baja complementó el texto de nuestra Corporación con otra enmienda destinada a consagrar el derecho del imputado a ser asistido por un abogado defensor proporcionado por el Estado, instaurando así en la Carta Fundamental un principio ya recogido por la normativa que regula la Defensoría Penal Pública. Asimismo, añadió que en lo relativo a las víctimas, la nueva redacción les asegura en forma expresa la gratuidad de la asesoría y la defensa jurídica a que tendrán derecho.[29]

El Ministro Bulnes hace presente, nuevamente como ya lo había hecho la Senadora Alvear, que se agregó como parte de la enmienda algo que no estaba en nuestra Carta Política, aun cuando ya formaba parte del espíritu tácito del constituyente: reconocer que toda persona imputada de delito también tiene derecho a asistencia jurídica gratuita en el evento de que no pueda procurarse un abogado por sus propios medios. El Senador Prokurica se limita a recapitular los

[27] Historia de la ley 20.516. p.106
[28] Historia de la ley 20.516. p.108 y 109
[29] Historia de la ley 20.516. p.111

argumentos de la Moción y a reiterar la importancia del proyecto en discusión.[30] Por lo que su intervención no parece de mayor relevancia a esta altura. Si en cambio trascendental la del Ministro Bulnes, la Senadora Alvear y el Diputado Burgos.

El Senador Walker destaca un aspecto relevante de la reforma en curso. Apunta que la verdad es que el derecho a la defensa jurídica de las víctimas ya se encuentra consagrado en el artículo 19, número 3°, de la Carta Fundamental; pero en la práctica solo funciona para quienes cuentan con recursos para contratar a un abogado y para las personas que son asesoradas por las Corporaciones de Asistencia Judicial, que atienden una cantidad limitada de ciudadanos.[31]

El Senador Quintana señala que derechamente es innecesaria esta reforma. Sin embargo votará a favor de la misma. Por lo siguiente, en primer lugar, porque lo que abunda no daña. Insiste en que las modificaciones introducidas por la Cámara Baja, que centran la propuesta en reforzar la Defensoría, pueden ser una oportunidad, aunque no cree que ello vaya a cambiar las cosas. Quizás en uno o dos años se estará exactamente con los mismos indicadores. Y en segundo término, porque las víctimas de menores ingresos tienen menos posibilidades de contar con un abogado querellante, a diferencia de quienes poseen mayores recursos, que sí pueden contratar a tal profesional. Ello ha ocurrido en numerosos casos; por ejemplo, en el juicio contra “La Quintrala”, expresa el Senador.[32]

El Senador Espina se explaya latamente sobre el tema. Por lo que me remito a señalar su argumento principal. En donde alude a no concebir un sistema judicial democrático en que las personas se someten al Derecho de la siguiente forma: el imputado de un delito recibe defensa pagada por el Estado; el fiscal investiga, con igual responsabilidad, si aquel es inocente o culpable; la víctima que cuenta con dinero tiene derecho a defensoría en el juicio, pero quien carece de plata no puede acceder a un abogado defensor propio.

[30] Historia de la ley 20.516. p.113 y 114
[31] Historia de la ley 20.516. p.120
[32] Historia de la ley 20.516. p.121

Finalizado los fundamentos de los votos de cada uno de los Senadores se aprobó la modificación introducida por la Cámara de Diputados (30 votos afirmativos), dejándose constancia de que se reunió el quórum constitucional requerido, y el proyecto queda despachado en este trámite.

C.3) Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora

Con fecha 17 de mayo de 2011 se hizo presente que la modificación fue aprobada con el voto a favor de 30 Senadores, de un total de 36 en ejercicio. De esta manera se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 127 de la CPR.

D) TRAMITE FINALIZACIÓN: SENADO

d.1) Oficio de Cámara de Origen al Ejecutivo

Con fecha 17 de mayo se ofició al Presidente de la República del proyecto de ley en comento. Quien lo aprobó y sanciono para promulgación con fecha 24 junio de 2011. En fin se publicó en el Diario oficial el 11 de julio de 2011.[33]

En nuestra opinión, las intervenciones que son de destacar son las del Ministro Bulnes y la de la Senadora Alvear. Lo anterior debido a que hacen ver durante el ciclo de discusión de la ley que se agrega como pieza de la enmienda algo que no estaba en nuestra Carta Fundamental, aun cuando ya formaba parte del espíritu tácito del constituyente. Vale decir el reconocimiento de que toda persona imputada de delito también tiene derecho a asistencia jurídica gratuita en el evento de que no pueda procurarse un abogado por sus propios medios. Dicha obligación estatal desde la publicación de la ley es la que con razón ha logrado generar debate dentro del medio jurídico nacional.

[33] Historia de la ley 20.516. p.130

Otro importante aporte lo constituye el Diputado Burgos que es quien lideró la indicación por la cual, aceptando el inciso referido a las víctimas, propuso agregar otro similar, pero esta vez en relación a los imputados. Durante toda su tramitación destaca su intervención ya que hace mención precisa, entre otras cosas de dar sustento de rango constitucional a la DPP. Cuestión que no habían planteado con anterioridad en debate alguno durante la discusión del proyecto.

CAPITULO 2

1.- Interpretación del Ministerio Público[34]

En la concepción del **Ministerio Público** el proyecto original (Boletín 5408-7) correspondiente a la moción de los Senadores Allamand, Espina, García, Prokurica y Romero, no consideraba ni siquiera la norma en comento. El mencionado proyecto sólo se refería a la defensa jurídica de las víctimas y no de los imputados. Es así como en la Cámara de Diputados el debate habría tomado otro camino. Se argumentó que la reforma no era necesaria, porque ya el artículo 19 Nº 3 consagraba el derecho a defensa jurídica a toda persona, sin distinguir entre víctimas e imputados. Por mayoría, se mantuvo la idea de legislar, de manera de equiparar expresamente la situación de las víctimas con la de los imputados. De tal modo Diputado Burgos lideró la indicación por la cual, aceptando el inciso referido a las víctimas, propuso agregar otro similar, pero esta vez en relación a los imputados.

En la historia de la ley no hay ninguna referencia a que la reforma constitucional impactaría en sede legal. Lo que revela que la intención del constituyente sólo fue particularizar el derecho a defensa jurídica general que ya existía, tanto respecto de víctimas como de imputados.

De tal forma, **cualquier efecto o consecuencia de carácter derogatorio** que se le quiera dar al nuevo texto, no tiene base ni en la génesis, ni en la tramitación parlamentaria. En suma argumenta este organismo que el Diputado Burgos, destacó que la idea de introducir este párrafo es incluir a la Defensoría en sede constitucional, en vías de su autonomía institucional. Lo que permite

[34] Basado en los apuntes de clases del profesor Rodrigo Ríos. Curso Derecho procesal, Universidad Finis Terrae, 2013.

desprender que, en este punto, la norma no tuvo más finalidad que dar rango constitucional a instituciones ya existentes. La norma que tratamos no se refiere al derecho a defensa del imputado en general sino, únicamente, al derecho a defensa jurídica.

Por ello señalan que el artículo 19 Nº 3 de la Constitución se trata del derecho a ser asistido por un abogado o defensor y sólo cuando se cumple la condición de no nombrar uno **"en la oportunidad establecida por la ley"**. Es decir, se trata de un derecho a defensa jurídica subsidiaria, pues procede solamente a falta de designación de abogado o defensor de confianza. En doctrina[35] se distingue entre la defensa *material* y la defensa *técnica*, distinción que nos parece fundamental para una correcta interpretación del sentido y alcance de la norma constitucional en comento. De tal manera se suele distinguir en la **defensa *material***: como aquella posibilidad que tiene toda persona de oponerse, desvirtuar o controvertir la imputación que se formula en su contra y se deriva del reconocimiento de la dignidad básica y autonomía del sujeto, siendo un principio inmanente a todo individuo. Es el ejercicio de los derechos que la CPR y las leyes le confieren durante el procedimiento y que, en general, atingen en forma personal al imputado.

El derecho de defensa *material* aparece reconocido en diversas disposiciones del CPP, y supone **incluso la posibilidad que éste se defienda personalmente**, sin asistencia de letrado, lo cual está consagrado a nivel interno en los artículos 93 letra d) y 102 inciso final CPP. **El derecho a prestar *declaración,* está comprendido dentro de lo que se denomina la defensa *material***. En efecto, el modo más elemental y directo que tiene el imputado de ejercer el derecho de defensa *material*, que es personal, es por medio de su *declaración*, que es precisamente la manifestación de su versión de los hechos.

[35]HORVITZ, María Inés, LOPEZ , Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno.* Santiago, Editorial Juridica, 2004. pp. 240 y sgtes.

Por tanto, **el derecho a prestar *declaración*** que le asiste a todo imputado, como expresión de su autonomía y como una forma de hacer valer los derechos y garantías que la Constitución y las leyes le confieren, ya sea como medio de defensa o para colaborar con la investigación, **es anterior a la denominada defensa *técnica*.**

Por otro lado, la **defensa técnica** es una simple derivación del derecho de defensa material, y consiste en el **derecho del imputado a ser asistido o defendido por un letrado**. Su fundamento radica en la necesidad de mejorar la condición del imputado dentro del proceso penal y **garantizar la igualdad de armas**, al otorgarle la asesoría jurídica de un defensor profesional. Lo anterior, aparece consagrado en los artículos 8° inciso1º; 93 letra b) y 102 inciso 1º CPP.

El derecho a la **defensa técnica** estatal sólo procede cuando el imputado no ha designado un abogado o defensor de confianza. Luego, si hay tal designación, el derecho no es exigible. El imputado debe carecer de defensor de confianza **"en la oportunidad establecida por la ley".**

Al respecto, existen normas aparentemente contradictorias, por cuanto si bien el artículo 102 CPP establece que dicha designación debe tener lugar "*antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado*"; el artículo 8º, de otro lado, señalaba que "*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*". Hoy dicha norma fue modificada, agregándose por la ley 20.592 publicada en el Diario oficial el 2 de Junio de 2012, lo siguiente: *"Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que*

tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado."

Sostener que el imputado no podría realizar ninguna actuación en el proceso penal sin la asistencia o presencia de un defensor y, concretamente, que el imputado pierde en forma irrenunciable la facultad de declarar autónomamente, nos llevaría al absurdo de considerar la imputación penal como una verdadera interdicción y como una limitante objetiva para ventajas o beneficios procesales (atenuantes, alcoholemia, etc.). Esta interpretación entraría en **colisión con derechos fundamentales**, que contiene nuestra carta fundamental como lo son el derecho a la dignidad y a la libertad personal y la facultad de autodeterminarse en forma libre y espontánea, según sus propias convicciones.

Podemos agregar en este momento lo que la profesora Horvitz sostiene que "*la colisión de normas debe resolverse afirmando la **facultad** del imputado a obtener la designación de un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento y la **obligatoriedad** de la defensa técnica proporcionada por el Estado a partir de la primera audiencia a que sea citado el imputado".*[36]

De acuerdo con ello, hasta antes de la realización de la primera audiencia, el imputado puede contar con la asesoría jurídica de un letrado, es decir, **dicha asesoría es meramente facultativa**; pero el **carácter obligatorio de la defensa estatal surge sólo a partir de la primera audiencia judicial**, siendo esto último lo que cautela la nueva norma constitucional.

[36] HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián. Op. cit., p. 243

El momento procesal a partir del cual se exige por la ley (y a ella se remite la CPR) **la presencia del defensor es la primera audiencia judicial** y la infracción a esta obligación es la nulidad de la actuación conforme lo establece el artículo 103.

La modificación de la CPR, debe entenderse referida únicamente a la **defensa *técnica estatal***, empero no a la defensa *material ni a la defensa técnica privada*.

El derecho que reviste el carácter de irrenunciable para el imputado es el derecho "a ser asistido por un abogado defensor proporcionado por el Estado" y no en cualquier momento, si no cuando la ley así lo exige.

Antes, el sujeto, como parte de su **libertad y capacidad de autodeterminación**, es libre para decidir si desea o no ser asistido por un letrado, pudiendo incluso defenderse personalmente.

2.- Defensoría penal publica

En la vereda opuesta la concepción de la **Defensoría Penal Pública** llega a conclusiones más radicales. Otorgando un alcance extensivo, en cuanto derogaría tácitamente, o simplemente, haría inaplicables diversas disposiciones del Código Procesal Penal que autorizan la realización de actuaciones por parte del imputado, aún **sin la asistencia** o presencia de un defensor.

La Defensoría ha estimado que el carácter de irrenunciabilidad que la Constitución ha otorgado al derecho de defensa, priva al imputado de la facultad de renunciar en forma autónoma a su derecho a guardar silencio, debiendo contar en forma previa con la asesoría de un defensor penal al efecto. La defensoría se apoyado en efecto en sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos. En virtud de la irrenunciabilidad del derecho a defensa, resultaría inaplicable, por inconstitucional, el inciso segundo del Articulo 91 Código Procesal Penal que contempla la facultad del imputado para declarar ante el fiscal o las policías en ausencia de su defensor.

Lo mismo ocurriría con una serie de normas (184, 193, 276 del Código Procesal Penal), así como con las declaraciones de oídas de la policía de dichos del imputado sin la presencia del abogado defensor. Lo que traería a juicio de este organismo, en teoría, inherentemente la posibilidad de que no sólo el Tribunal constitucional derogue la norma, sino que también los tribunales con competencia en materia penal de nuestro país la dejen de aplicar. A saber los Juzgados de Garantía y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

En virtud del **principio pro reo** consagrado en el artículo 18 del Código Penal, se verían afectados retroactivamente todos aquellos procesos penales en los que se hayan utilizado o pretendido utilizar, directa o indirectamente, las declaraciones prestadas por el imputado en ausencia de su abogado defensor. En la postura de la Defensoría se les solicita por instructivo a los defensores que soliciten la nulidad de la actuación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 159 y 160 del Código Procesal Penal, en relación con el artículo 103 del mismo cuerpo legal. Es de tal manera que la calidad de imputado se adquiere desde la primera actuación del procedimiento y no desde la primera “audiencia” y, en dicho sentido, estiman que la regla del artículo 102 Código Procesal Penal

constituye únicamente un **plazo máximo para la designación** de un defensor. Sostener que el derecho a designar un Defensor Penal Público sólo puede ejercerse en la primera audiencia judicial conllevaría que no podría cambiarlo por un defensor de su confianza posteriormente, lo cual resulta absurdo.

Desde otro ángulo cierta corriente se ha apoyado en la postura de la **Corte Suprema** de Chile para sostener la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos mencionados. En palabras del máximo tribunal del país: *"corresponde a todo juez de la República la aplicación del ordenamiento jurídico a los casos concretos sometidos a su decisión, contexto en el cual serían también materia de juzgamiento los conflictos de normas que se presenten y la determinación de la vigencia de una regla jurídica en relación con la existencia de normas posteriores de contenido opuesto (Rol 5.420-2008)."*[37]

Estas son las dos principales visiones sobre nuestro tema en estudio. El derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor. Sin perjuicio, de reconocer que en la práctica nunca se aplica en forma univoca o pura una sola de estas posturas.

[37]Base Jurisprudencial de la Corte Suprema en www.pjud.cl

CAPITULO 3

Teniendo en cuenta lo dicho en los capítulos previos y además en consideración que la ciencia del Derecho se transforma constantemente - más aun en nuestro globalizado mundo actual- debemos analizar que ha sucedido en el escenario internacional con respecto al derecho de defensa del imputado, en particular con el momento de designación de la defensa letrada. En consecuencia, se hace imperativo analizar tanto la doctrina extranjera en especial en latinoamericana. Así como, el organismo internacional atingente en la materia en nuestro continente: La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH). Por ello es que hemos dividido este parágrafo en dos partes. Una primera referida a las opiniones de la doctrina extranjera y nacional. Una segunda para el análisis de casos relevantes a nuestro juicio para este trabajo que se presentaron en la CIDH.

1.-Doctrina Extranjera y Nacional

1.1 Doctrina extranjera

Es usual en los autores[38], nacionales como extranjeros al analizar el derecho a defensa reservar un acápite o mencionar una distinción básica para nuestra premisa inicial. Dicha distinción no es otra, sino que ya la enunciada entre defensa material y defensa técnica. Deslinde esencial en nuestro trabajo.

[38]Horvitz, María Inés y López Julián Op.cit. Pp.239; Maturana, Cristián y Montero, Raúl, *Derecho Procesal Penal Segunda Edición*. Santiago: Legal Publishing, 2012. Pp. 137

Previo aquello es común en la doctrina definir qué se entiende por **imputado**. Es por ello que modernamente se ha dicho, que es *"aquella persona contra quien se dirige la pretensión penal"*[39]. Aunque debemos destacar que dicho reconocimiento no es sino, hasta la llegada del pensamiento liberal de inicios del siglo XIX en que se reconoce al imputado como SUJETO del proceso y no un mero OBJETO[40]. Reconocimiento propio de un sistema acusatorio-predominante en nuestros días-, ya que en el sistema inquisitivo se **consideró** al imputado siempre como un objeto. "*La idea **importante** -que ya forma parte del Derecho procesal moderno- consiste en que el imputado ya no es el 'objeto' del proceso, sino, por el contrario, su sujeto (…) Esta distinción entre lo que significa ser objeto o sujeto del proceso resulta de suma importancia, ya que el procedimiento inquisitivo tendió siempre a ver al imputado como un objeto del proceso"*[41]. El mismo autor destaca sobre la defensa material del imputado "(…) *Si el imputado es sujeto del proceso, su declaración constituirá, fundamentalmente, un medio de defensa. (…) Por lo tanto, si el imputado desea, **voluntariamente**[42], hacer ingresar información al proceso, ése es otro problema. Y esa información sí puede ser utilizada. Pero la declaración del imputado no puede ser, en modo alguno, un medio para obtener información. Es por el contrario, el medio por el cual este sujeto debe defenderse.*[43]

De tal modo es que luego de enunciar la serie de derechos que asisten al imputado, se suelen destacar en relación al derecho a defensa, entre ellos el derecho a ser asistido por un defensor letrado en el proceso penal. No sin antes, definir **qué** se debe entender en este punto por el derecho a defensa material como derecho a defensa técnica.

10 BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal.* Buenos Aires, Editorial del Puerto. Pp. 331

[40] Cfr. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal. Pp. 124*

[41] BINDER, Op.cit. pp.331

[42] El destacado es nuestro.

[43] BINDER, Op.cit. pp.332

Defensa material y Derecho a Defensa Técnica

"La defensa dentro del juicio,-señala el profesor Binder- *como hemos visto, recae en un sentido material sobre el imputado. El imputado es el titular del derecho a defensa."*[44]*.*Por tal razón es que le asisten todas las facultades y garantías que consagra la ley (entendida en sentido amplio, vale decir incluyendo toda norma, que establece garantías dentro del ordenamiento jurídico para el titular de la defensa penal) "*Y uno de estos derechos fundamentales es el derecho a contar con un defensor, es decir el derecho a contar con un asistente técnico que lo auxilie en su defensa"*[45]*.* Aunque bien es sabido, que el imputado puede defenderse por sí mismo. Siempre que tal actuación, vale decir esta autodefensa no degenere en perjudicial para el propio interesado[46].

Cabe mencionar en correspondencia a la inviolabilidad de la defensa; que defenderse de una acusación no es un derecho específico que emerja con los textos legales del siglo XIX y XX. Por el contrario desde épocas pasadas se vislumbra *"(…) la garantía individual presidió y preside toda la estructura reformista del enjuiciamiento penal que nace en el siglo XVIII y se plasma en el siglo siguiente"*[47]*.* Es de tal manera en que ocurre con la llamada *"Declaración de derechos del Estado de Virginia"* del año 1776. E incluso antes se ocupó con contenido similar en la conocida *Carta Magna* del año 1215 con la expresión de "*lawful judgment".* En palabras del profesor argentino Julio Maier:

" Ya la Declaración de derechos del Estado de Virginia preveía, en 1776, que en toda acusación criminal, el hombre tiene derecho a conocer la causa y

[44] BINDER, Op.cit. p.333
[45] Id.
[46] Id. Lo mencionado dice relación con el concepto de "inviolabilidad de la defensa". Este no es un interés consagrado en la ley a beneficio o disposición únicamente del imputado. Ya que es una exigencia o bien requisito de legitimidad de todo- o al menos mayoría- de los procesos penales contemporáneos. Cfr. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal.* Buenos Aires, Editores del puerto, 1996. pp.539, 550.
[47] MAIER, Op.cit. p.540

naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir prueba en su favor y a un juicio rápido por un jurado imparcial de doce hombres de su vecindad, sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable(Sección VIII)… indica con claridad los principales elementos que integran el derecho a defenderse o , si se quiere, los que tornan posible su eficiencia, adelantando incluso, las pautas fundamentales de respeto a este derecho que nuestra Corte Suprema ha indicado(acusación, defensa, prueba y sentencia)" .Así también con el transcurso de la historia y la evolución de la Constitución de los Estados Unidos de América " *confirmó ese texto: Enmienda VI: ' el acusado gozará del derecho… a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; a confrontar con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos de descargo; y* ***la asistencia de abogados para su defensa'***[48]***.***

Es por estos motivos que para que el imputado pueda ejercer su derecho a defensa, desde antaño se le otorga al procedimiento penal una serie de recaudos y prevenciones necesarias para su legitimidad. El imputado debe poder efectiva y materialmente "*comparecer en persona al tribunal, que le intimará o comunicará con precisión el hecho imputado y le permitirá ejercer posteriormente su defensa material; aunque el imputado está facultado a abstenerse de declarar, se verifica materialmente que conoce lo que se le imputa y que se le concedió la oportunidad de ser oído".*[49]

[48] Id. El destacado es nuestro.
[49] MAIER, Op.cit. pp.541. Dicho texto enuncia en forma similar, si es que no es de manera idéntica al proceso penal chileno.

Derecho a Defensa Técnica

Sobre el **derecho a defensa técnica** se ha dicho, que tiene lugar en "…*la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma durante el procedimiento, procurando a favor del imputado"*[50]*.* Ahora bien, el tema que intenta responder nuestro trabajo apunta al momento en que debe ser "prestada" de manera obligatoria ("*irrenunciable"*) la defensa para el imputado, en el proceso penal. Puesto que como se desprende de lo mencionado la importancia de la defensa técnica radica en su **obligatoriedad.** Característica propia del proceso penal moderno. Al que no está ajeno el derecho chileno, por cierto. De tal manera se ha entendido que la defensa técnica es un derecho esencial del imputado. Que, además debe hacerse presente "*desde el primer momento que el procedimiento es seguido en su contra. No obstante para el caso de que el imputado no pueda designar su defensor, por su falta de recursos o por cualquier otra razón, el Estado acude en su auxilio, permitiéndole designar al defensor oficial.* Dicha obligación es de suma importancia para impedir que se vulnere el principio de la inviolabilidad de la defensa. *"Más aún, aunque el imputado no designe ningún defensor, el tribunal nombra directamente al defensor oficial* ***llegado el momento en el cual el debido respeto a la inviolabilidad de la defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado, 'en la primera oportunidad,*** *pero en todo caso antes de la declaración del imputado"*[51]*.* Con todo, siguiendo al procesalista Julio Maier es del caso mencionar que, la designación del abogado defensor asistente del imputado presenta una excepción: *"La única excepción está representada por el derecho a defenderse por sí mismo, derecho que todos los códigos procesales penales modernos autorizan, aun cuando no de manera absoluta"*[52]*.* Y por supuesto que no puede ser de forma absoluta dicha excepción. Ya que está restringida a que "el derecho a

[50] MAIER, Op.cit. p. 549. La situación procesal central del defensor es similar en el proceso penal anglosajón. Cuestión distinta en el procedimiento penal alemán. Cfr. ROXIN, Op. Cit. p. 131. Cfr. BINDER, Op.cit. p. 333.
[51] MAIER, Op.cit. p. 550. Cfr. BINDER, Op.cit. p. 333.
[52] Id.

autodefenderse" no constituya un perjuicio para el imputado. En otras palabras, el derecho a la autodefensa es tolerado, siempre que no afecte la eficiencia de la defensa y no obste a la normal sustanciación del proceso. En todo caso, a pesar de esta excepción, suele ser muy extraño el caso de autodefenderse. En especial en un procedimiento de carácter tan técnico como el proceso penal. Y no tan sólo por este motivo, sino que además por considerarse que "*previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, al punto de considerarla un servicio público imprescindible, que se presta aun contra la voluntad del imputado, sólo pueden indicar que el derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal-estatal, pero también privada- por sí sólo, salvo casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en el que se permite su autodefensa técnica*"[53].

Con respecto a la obligación de defensa técnica, no sólo el papel del defensor es relevante, ya que *"… el ministerio público deba procurar la incorporación de los elementos que sirvan para descargo del imputado, tenga la facultad de requerir el sobreseimiento o la absolución, si el resultado del procedimiento así lo indica, y pueda recurrir también a favor del imputado"*[54].

Por último, es necesario destacar la importancia de la defensa técnica, para equiparar posiciones. Ya que ella es una de las formas de inclinarse a la igualdad de armas. Por un lado, el ministerio público, órgano especializado en la persecución penal con letrados de experiencia en el campo de orden penal. Por otro, el imputado que es quien debe soportar el peso del aparataje de la persecución del Estado en sus hombros. Así lo reseña el profesor Maier: *"Una de*

[53] MAIER, Op. cit. p. 551. En el mismo sentido HORVITZ, LOPEZ, Op.cit. p. 242. Y Maturana, Cristián y Montero, Raúl. Derecho Procesal Penal 2ª ed. Santiago, Chile, 2012. p. 134
[54] MAIER, Op.cit. p. 582.

las formas de propender a la equiparación de posiciones entre el acusador y el acusado es, sin duda el erigir a la defensa técnica en un presupuesto de la validez del procedimiento y, en fin, de la sentencia. Quien representa al ministerio público, órgano de persecución penal del Estado, es un abogado, con experiencia en derecho penal; el acusador en los delitos de acción privada está siempre asistido por un letrado. De allí que resulte necesario que un letrado-al menos-, asista como defensor al imputado, cuando él no posee conocimientos jurídicos suficientes o, aun poseyéndolos, no puede ponerlos en práctica con idoneidad".[55]

1.2 Doctrina Nacional

Con respecto a nuestro tema de estudio la doctrina nacional también -como es de suponer- se ha pronunciado. Ya hemos tratado algo la discusión en lo referente a la posición del Ministerio Público[56]. Sobre la asistencia jurídica para el imputado, es importante destacar que previo a la reforma que introdujeron la ley 20.516 como 20.592, la profesora María Teresa Hoyos, señala sobre el nuevo procedimiento penal que se introducía en el país, *"En este sistema se declara el derecho a la defensa a partir de la primera actuación en el procedimiento, pero no se dice que la defensa de las personas es obligatoria desde la primera actuación del procedimiento. Por una razón material de carácter presupuestario, no hay recursos en el país para tener un defensor público en cada retén policial. En consecuencia, el sistema de la defensoría penal pública se va a dar desde luego en niveles mayores, cuando se afecte la libertad o garantías; pero no se desde la primera actuación. No hay cobertura de defensa nacional."*[57]

[55] MAIER, Op.cit. p. 583.
[56] Ver Capítulo II
[57] HOYOS, María Teresa. Revista de Derecho Procesal Chilena. Universidad de Chile. p.57 AÑO.

Derecho de defensa

El derecho de defensa se establece en nuestro ordenamiento jurídico en diversas disposiciones. Desde la Constitución Política de la República (Art.19 Nº 3), pasando por los Tratados internacionales (Pacto de San José de Costa Rica) ratificados por Chile, hasta llegar a la ley. En especial en nuestro Código procesal penal (Artículos 8, 93, 94, 102 entre otros).

Así se refiere al **derecho a defensa material** la profesora Horvitz: *"El Código establece como principio básico del nuevo proceso penal el derecho del imputado a 'formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento' salvas las excepciones legales (Artículos 8º inciso 2º CPP). Asimismo, establece deberes e impone ciertos límites a la actividad de los órganos estatales que interviene en la persecución penal y el enjuiciamiento, a fin de garantizar la intangibilidad del derecho de defensa del imputado, su dignidad y autonomía personal."*[58]

Así también lo destacan los profesores **Maturana y Montero**, *"En diversos tratados internacionales debemos entender contemplado el derecho de defensa, al consagrar la existencia del debido proceso para los efectos de poder juzgar a una persona, pudiendo al efecto consultarse los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos."*[59]

[58] HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Op.cit. p.228
[59] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p.129

Ahora bien, según la Comisión Andina de Juristas, interpretando el artículo 14 del Pacto el momento a partir del cual se tiene derecho a un defensor *"La doctrina de la comisión considera que un individuo tiene derecho a la asistencia de un abogado a partir del momento de ser interrogado por primera vez"*[60].

Concepto de Derecho de defensa

El concepto de derecho de defensa debe ser entendido en sentido amplio. De tal forma lo ha entendido nuestra doctrina. Y de que otra forma se pudiese interpretar. Teniendo siempre en cuenta lo dicho por la doctrina internacional, y que suficiente hemos mencionado en los acápites anteriores. Con miras a un derecho procesal penal moderno, ágil y veraz. Así algunas definiciones de nuestros autores nos parece prudente apuntar en este momento:

***"Consiste en la facultad del imputado de intervenir en el procedimiento penal que se dirige en su contra para poner en evidencia ya sea la falta de fundamento de la pretensión punitiva estatal o de cualquier circunstancia que la excluya o atenúe"*[61].**

***"El derecho de defensa debe ser concebido en forma amplia, y como tal consiste en la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la constitución y las leyes"*[62]**

[60] Id.
[61] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 226
[62] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 131

El derecho de Defensa en el proceso penal

Como señalábamos en un principio, claro es el distingo realizado por la doctrina en cuanto al derecho de defensa. Esta separación -insistimos- es trascendental para resolver la premisa de esta investigación. Nuestro CPP tampoco es ajeno a dicho deslinde, de tal modo lo subrayan los profesores Maturana y Montero "*En el proceso penal es posible distinguir dos clases de defensa respecto del imputado, siendo ellas la* ***defensa personal o material****, que se desarrolla por el propio imputado; y la* ***defensa técnica,*** *que es desarrollada por el abogado defensor del imputado."*[63] De tal manera se puede, a priori conciliar el momento irrenunciable -por mandato constitucional[64]- desde que surge la oportunidad procesal para que el Estado, cumpla con su obligación de proporcionar defensa letrada. Esta es la diferencia entre la obligación de la defensa (técnica) y defensa (material) que es facultativa[65]. De igual forma lo sintetiza un autor extranjero. Explicando la diferencia con su símil en el proceso civil, y acentuando la diferencia entre ambas clases de defensa:

> *"A diferencia del proceso civil, en el cual la capacidad de postulación es ejercida prácticamente con exclusividad por el abogado, en el penal el derecho de defensa es ejercitado de manera simultánea, tanto por el abogado defensor como por su patrocinado. La institución de la defensa penal es una parte procesal que viene integrada por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su defensor, en donde ejercita el primero de ellos una defensa privada o material, y el segundo la defensa pública, formal o técnica.*

[63] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 132. En el mismo sentido HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Op.cit. p.239

[64] Ver inciso cuarto del artículo 19Nº3, intercalado mediante la modificación constitucional contenida en la Ley 20.516, de 11 de Julio de 2011.

[65] HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Op.cit.p.243

A pesar de que ambas manifestaciones de la defensa tienden a finalidades comunes (hacer valer el derecho a la libertad del ciudadano), los presupuestos a los cuales obedecen son, sin embargo, distintos. Son principios de derecho público los que informan a la defensa técnica y es, en definitiva, la sociedad la que impone la necesidad de que el procesado sea asistido y defendido por un letrado, en tanto que son principios liberales individualistas los que orientan la defensa material y reclaman la exigencia de que el imputado haga valer su propia defensa, ora reaccionando ante la imputación (al negarla o guardar silencio) o bien aceptando la pretensión de la parte acusadora, pues nadie más que el mismo imputado está en capacidad de hacer valer su presunción de inocencia , la defensa privada, la que ejerce el imputado, es renunciable, porque puede callar total o parcialmente si lo quiere, no cumplir ningún acto de postulación, no intervenir en la práctica de las pruebas, no formular alegaciones ni interponer recursos, es decir, asumir un papel del todo pasivo, sin ser nula la actuación si el imputado no la ejerce

En cambio, la defensa pública o técnica, la que lleva a cabo el abogado defensor, no es renunciable, porque así el imputado exija que no se le defienda, el funcionario judicial debe designarlo de oficio, en razón de que en tal defensa está interesada la sociedad, y que se convierte en nula la actuación procesal que se adelante con total inactividad del defensor; incluso, si se cumplen algunas diligencias sin su presencia, las mismas carecen por completo de validez. No puede afirmarse sin embargo, que el marcado carácter público de la función del defensor lo convierta en un subordinado al interés de la justicia, sino que, por su finalidad de hacer valer derechos fundamentales, es una institución de derecho público, con plena autonomía, por lo cual hace prevalecer su voluntad sobre la de su representado en caso de colisión"[66].

[66] USAREZ, Alberto. El debido proceso penal 1ª ed. Universidad Externado de Colombia. pp. 290 y 291. 1998.

Sobre el momento en que debiese nacer la defensa personal y técnica, según los profesores Maturana y Montero se explicita claramente en el artículo 7º del CPP[67]:

> *"Artículo 7º.- Calidad de imputado. Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.*
>
> *Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible."*

Sobre el derecho a ser asistido por un abogado defensor

Como hemos reiterado en distintas oportunidades, durante el transcurso de este texto, el imputado tiene derecho a ser asistido por un letrado defensor desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8º inciso 1º CPP). Lo que deja a nuestro sistema procesal penal -al menos en la teoría- dentro del estándar, que recomiendan los Tratados Internacionales y el derecho comparado. *" El imputado tiene derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, el que puede ser designado libremente por éste y ser de su confianza, siendo representado por un defensor público si no lo tuviere(artículo 102). El defensor público debe ser*

[67] Sobre el asunto con mayor profundidad MAIER, Op.cit. p.584. y en una visión más critica BINDER, Op.cit. p. 334 y 335

designado a petición del Ministerio Público o de oficio por el tribunal, pudiendo siempre el imputado elegir en cualquier momento un abogado particular, sustitución que no produce efectos hasta que el defensor designado acepte el mandato y fije domicilio"[68]*.*

En cuanto a la oportunidad en que surge la obligación estatal de proporcionar la defensa jurídica *"irrenunciable".*

Así las cosas, anterior a la reforma que realizaron las leyes 20.516 y 20.592 se presentaba el siguiente problema"*se ha interpretado que el derecho a la designación de un defensor penal público surgiría con la audiencia de formalización de la investigación y/o control de la detención. Sin embargo, este planteamiento ignora que el Código establece reiteradamente el derecho del imputado a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Cualquier otra interpretación afecta el derecho de igualdad ante la ley, toda vez que es indiscutible que un imputado que cuente con recursos podrá designar un defensor de su elección desde la primera actuación del procedimiento, conforme lo dispuesto en el art. 8º inciso 1º y art. 102 inciso 1º primera parte CPP"*[69]*.* Sobre la materia los profesores Maturana y Montero comentan que: *"La designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado. Si éste se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquél correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare"*[70]*.* En síntesis afirman los profesores Horvitz y López que, "*la colisión de normas debe resolverse afirmando la* ***facultad*** *del imputado a*

[68] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 295
[69] HORVITZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Op.cit. p. 243

[70] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 295

obtener la designación de un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento y la ***obligatoriedad*** *de la defensa técnica proporcionada por el Estado a partir de la primera audiencia a que sea citado el imputado"*[71]

A modo de breve mención, podemos destacar lo relevante del papel del defensor. Ya que su ausencia en cualquier actuación en que la ley requiera de su presencia traerá consigo la nulidad de la misma artículo 103 CPP; el artículo 237 CPP sobre la suspensión condicional del procedimiento; el artículo 269 CPP sobre audiencia de preparación de juicio oral; el artículo 286 CPP sobre la audiencia de juicio oral). *"Debemos tener presente que se ha sostenido que el abandono de la defensa puede ser declarado no sólo ante la ausencia física de un defensor, sino además en caso de ignorancia, ineptitud, y falta de destreza grave, reiterada e inexcusable del derecho procesal penal sustantivo o procesal penal basado en lo previsto en el inciso 2º del artículo 106, que prevé semejante declaración en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa"*[72]*.*

2.- Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

En relación a nuestro tema de estudio la CIDH también se ha pronunciado para el respeto y salvaguarda de la Convención Americana de DDHH (en adelante La Convención). En especial, el artículo 8º de la Convención que consagra el respeto al debido proceso, al regular las garantías judiciales, la oportunidad y medios para preparar la defensa. Por tal razón es que se expondrán los principales casos que tratan sobre el derecho a ser asistido por un letrado.

[71]HORVTIZ, María Inés y LOPEZ, Julián, Op.cit. p. 243

[72] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. p. 296. Véase sobre el derecho a defensa técnica como garantía constitucional y abandono de la defensa en SALAS, Jaime. *Problemas de proceso penal. Abandono de la defensa por inexperiencia o desconocimiento del derecho penal.* Librotecnia. 2009. Santiago, Chile. p. 357 y 361.

2.1 Caso *"Castillo Petruzzi y otros"*[73]

Hechos y Demanda*:*

"De acuerdo con la demanda, el Perú violó el derecho a la nacionalidad de los señores Jaime Francisco Castillo Petruzzi, María Concepción Pincheira Sáez, Lautaro Enrique Mellado Saavedra y Alejandro Astorga Valdés, al juzgarlos y condenarlos por el delito de "traición a la patria", de conformidad con el Decreto-Ley No. 25.659, aunque el Perú no es su patria. Asimismo, la Comisión aseveró que dichas personas no fueron juzgadas por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, con violación de las garantías judiciales, pues todos fueron procesados y condenados a cadena perpetua por un tribunal "sin rostro", perteneciente a la justicia militar.

El Estado Peruano: *Además agregó el Estado que los tribunales peruanos son "competentes para conocer los delitos que se cometen dentro del territorio nacional [,] como expresión de su soberanía", y que la ley penal del Perú es aplicable independientemente de la nacionalidad del autor del delito y de su domicilio. El Estado señaló además que el tipo penal consignado como traición a la patria en el Decreto-Ley No. 25.659 identifica una figura de terrorismo agravado, el cual "por su naturaleza y la forma como se ejecuta requiere de Tribunales con las garantías de seguridad necesarias". Finalmente, el Estado manifestó que en todos los procesos que se tramitan ante los tribunales militares se observan las "normas del debido proceso, la instancia plural (tres instancias), la tutela jurisdiccional, motivación de las resoluciones, inaplicabilidad por analogía de la Ley Penal [,] se informa de la causa de su detención", y se provee asistencia legal al detenido.*

[73] Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52, párrafos 135-149. En http://www.oas.org/es/cidh/.

La Corte resolvió que: *"El numeral 8 de los Principios Básicos sobre la función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, que fija los estándares pertinentes para el ejercicio adecuado de la defensa en estos casos, establece que [a] toda persona arrestada, detenida, o presa, se le facilitará oportunidades, tiempo e instalaciones adecuadas para recibir visitas de un abogado, entrevistarse con él y consultarle, sin demora, interferencia ni censura y en forma plenamente confidencial. Estas consultas podrán ser vigiladas visualmente por un funcionario encargado de hacer cumplir la ley, pero no se escuchará la conversación.*[74]

> *140. La condena del señor Astorga Valdez pone aún más en evidencia la escasa posibilidad de ejercer una defensa efectiva del inculpado. En dicho caso, el inculpado fue condenado en última instancia con base en una prueba nueva, que el abogado defensor no conocía ni pudo contradecir.*
>
> *141. La Corte estima que, la restricción a la labor de los abogados defensores y la escasa posibilidad de presentación de pruebas de descargo han quedado demostradas en este caso. Efectivamente, los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían; las condiciones en que actuaron los defensores fueron absolutamente inadecuadas para su eficaz desempeño y sólo tuvieron acceso al expediente el día anterior al de la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fueron meramente formales. No se puede sostener que las víctimas contaron con una defensa adecuada.*
>
> *142. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.b y 8.2.c de la Convención.*

[74] Principios Básicos sobre la Función de los Abogados relativo a las salvaguardias especiales en asuntos penales, aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) de 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

VIOLACIÓN DEL ARTÍCULO 8.2.D

(DERECHO A ELEGIR ABOGADO)

143. El artículo 8.2.d de la Convención dispone:

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

[...] d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

146. La Corte considera, tal y como ha quedado demostrado, que de conformidad con la legislación vigente en el Perú, las víctimas no pudieron contar con asistencia legal desde la fecha de su detención hasta su declaración ante la DINCOTE, cuando se les nombró un defensor de oficio. Por otra parte, cuando los detenidos tuvieron la asistencia de los abogados de su elección, la actuación de éstos se vio limitada (supra 141)

147. La disposición que niega la posibilidad de que un mismo defensor asista a más de un inculpado, limita las alternativas en cuanto a la elección del defensor, pero no significa, per se, una violación del artículo 8.2.d de la Convención.

148. Sin embargo, en casos en que, como en el presente, ha quedado demostrado que los abogados defensores tuvieron obstáculos para entrevistarse privadamente con sus defendidos, la Corte ha declarado que hay violación del artículo 8.2.d de la Convención

149. Por todo lo expuesto, la Corte declara que el Estado violó el artículo 8.2.d de la Convención."[75]

Como conclusión a este caso, podemos destacar que la corte considero transgredido el derecho a contar con un abogado(es decir la defensa técnica). Lo anterior, debido a que al momento de la detención efectuada por la autoridad competente, no hubo asistencia letrada. Y sólo al momento de declarar se les nombró defensor de oficio. Aun así la actuación de los mismos se percibió limitada, según los jueces de la Corte. Además el entorpecer el derecho a entrevistarse con el abogado también desemboca en una conculcación del artículo 8.2 de la Convención. Por último, la negativa de un defensor para varios "inculpados" limita las alternativas de defensa. Pero no deriva en una violación al derecho a contar con un abogado.

2.2 Caso *"Lori Berenson Mejía"*

Hechos y Demanda:

"3. De conformidad con lo señalado por la Comisión en la demanda, la presunta víctima fue detenida el 30 de noviembre de 1995 en Lima, Perú, para luego ser juzgada, conforme a las disposiciones establecidas en el Decreto Ley No. 25.659, por un tribunal militar "sin rostro" y con restricciones a su derecho de defensa. El 12 de marzo de 1996 la señora Lori Berenson fue condenada a cadena perpetua, por el cargo de "traición a la patria". Como resultado de la interposición de un recurso de "revisión extraordinario de sentencia ejecutoriada" por parte de la defensa de la señora Lori Berenson, el 18 de agosto de 2000 el Consejo Supremo de Justicia Militar anuló la sentencia de 12 de marzo de 1996, y

[75] Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 30 de mayo de 1999. Serie C Nº 52, párrafos 135-149. En http://www.oas.org/es/cidh/

declinó la competencia a favor del fuero penal ordinario. La Comisión agregó que la presunta víctima estuvo recluida en el penal de Yanamayo desde el 17 de enero de 1996 hasta el 7 de octubre de 1998 (2 años, 8 meses y 20 días), período durante el cual fue sometida a condiciones inhumanas de detención.

4. Añadió la Comisión que el 28 de agosto de 2000 se inició un nuevo juicio en el fuero penal ordinario contra la señora Lori Berenson. Este proceso culminó en sentencia condenatoria de 20 de junio de 2001, que encontró responsable a la señora Lori Berenson del delito de "colaboración con el terrorismo", previsto en el artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475, y le condenó a 20 años de privación de libertad. La sentencia fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia del Perú el 13 de febrero de 2002."

El Estado Peruano: "*En cuanto al artículo 8 de la Convención, el Estado alegó que:*

> *a) las condiciones en que se desarrollaron "los procedimientos policial y militar" seguidos contra la señora Lori Berenson fueron resueltas mediante la anulación de la condena y el sometimiento de la presunta víctima a proceso ante la jurisdicción ordinaria;*
>
> *b) no existe fundamento basado en la Convención ni en la jurisprudencia de la Corte que permita concluir que durante el procedimiento seguido ante la jurisdicción ordinaria se violaron derechos humanos en perjuicio de la presunta víctima. Durante el procedimiento ordinario la actuación probatoria y su valoración de hecho y de derecho fueron efectuadas con "todas las garantías del debido proceso";*
>
> *c) de haber concedido valor probatorio a la prueba obtenida en el fuero militar "se hubieran tenido los elementos suficientes" para condenar a la*

presunta víctima por las modalidades contempladas en los incisos d) y f) del artículo 4 del Decreto Ley No. 25.475;

d) "el deber de motivación del juicio de hecho no puede ser considerado como uno de los derechos reconocidos a las personas acusadas de realizar hechos delictivos conforme al artículo 8 de la Convención";

e) la jurisdicción penal en el Perú se rige por el Código de Procedimientos Penales de 1940. La acusación que presenta la Fiscalía requiere de una previa investigación altamente formalizada que debe ser desarrollada por un juez de Instrucción. Presentada la acusación, un Tribunal o Sala penal recibe a las partes en un juicio oral que tiene por objeto desahogar las pruebas que se admitan en contra a favor del acusado;

La Corte resolvió que: *"135. La Comisión y los representantes alegaron que en el proceso llevado a cabo en el fuero privativo militar contra la señora Lori Berenson por el delito de traición a la patria, el Estado violó los siguientes derechos y garantías del debido proceso legal contemplados en la Convención Americana: tribunal independiente e imparcial (artículo 8.1); presunción de inocencia (artículo 8.2); defensa (artículos 8.2.b, c y d); interrogatorio de los testigos presentes en el tribunal (artículo 8.2.f); impugnación del fallo ante juez o tribunal superior (artículo 8.2.h); derecho a no ser juzgado dos veces por un mismo crimen (artículo 8.4); y proceso público (artículo 8.5)."*

166. La restricción a la labor de la defensa de la presunta víctima y la escasa posibilidad de presentar pruebas de descargo durante el proceso seguido en el fuero militar han quedado demostradas en este caso (supra párr. 88.27). Efectivamente, la presunta víctima no tuvo conocimiento oportuno y completo de los cargos que se le hacían; se obstaculizó la comunicación libre y privada entre la señora Lori Berenson y su defensor;

los jueces encargados de llevar los procesos por traición a la patria tenían la condición de funcionarios de identidad reservada o "sin rostro", por lo que fue imposible para la señora Lori Berenson y su abogado conocer si se configuraban causales de recusación y poder ejercer una adecuada defensa; y el abogado de la presunta víctima sólo tuvo acceso al expediente el día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, la presencia y actuación de la defensa fueron meramente formales. No se puede sostener que la presunta víctima contara con una defensa adecuada"[76]

En este caso también se ve quebrantado el derecho a ser asistido por un abogado durante el proceso penal. Ya que en este caso se le dificulto a la señora Lori Berenson una comunicación libre y privada con su defensor. Máxime si en el detalle al abogado defensor se le hizo imposible tener acceso al expediente antes del día anterior a la emisión de la sentencia de primera instancia. Claramente constituye una vulneración al derecho a defensa.

2.3 Caso "*Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador*"[77]

Hechos y Demanda:

"*2. La Comisión indicó que al momento de los hechos el señor Chaparro, de nacionalidad chilena, era dueño de la fábrica "Aislantes Plumavit Compañía Limitada" (en adelante "la fábrica" o "la fábrica Plumavit"), dedicada a la elaboración de hieleras para el transporte y exportación de distintos productos,*

[76] Caso Lori Berenson Mejía. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 25 de noviembre de 2004. Serie C Nº 119 párrafos 3, 4,135 y 166. Cfr. Caso Cantoral Benavides. Sentencia de Fondo del 18 de agosto de 2000. Serie C Nº 69, párrafos 154-158. En http://www.oas.org/es/cidh/

[77] Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador. Sentencia de Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas del 21 de noviembre de 2007. Serie C Nº 170. En http://www.oas.org/es/cidh/

mientras que el señor Lapo, de nacionalidad ecuatoriana, era el gerente de dicha fábrica. Según la demanda, con motivo de la "Operación Antinarcótica Rivera", oficiales de policía antinarcóticos incautaron el 14 de noviembre de 1997, en el Aeropuerto Simón Bolívar de la ciudad de Guayaquil, un cargamento de pescado de la compañía "Mariscos Oreana Maror" que iba a ser embarcado con destino a la ciudad de Miami, Estados Unidos de América. En dicho cargamento, afirmó la Comisión, fueron encontradas unas cajas térmicas o hieleras en las que se detectó la presencia de clorhidrato de cocaína y heroína. Según la demanda, el señor Chaparro fue considerado sospechoso de pertenecer a una "organización internacional delincuencial" dedicada al tráfico internacional de narcóticos, puesto que su fábrica se dedicaba a la elaboración de hieleras similares a las que se incautaron, motivo por el cual la Jueza Décimo Segunda de lo Penal del Guayas dispuso el allanamiento de la fábrica Plumavit y la detención con fines investigativos del señor Chaparro. Según la Comisión, al momento de la detención del señor Chaparro las autoridades estatales no le informaron de los motivos y razones de la misma, ni tampoco de su derecho a solicitar asistencia consular del país de su nacionalidad. La Comisión informó que el señor Lapo fue detenido, junto con otros empleados de la fábrica Plumavit, durante el allanamiento a dicha fábrica. La detención del señor Lapo supuestamente no fue en flagrancia ni estuvo precedida de orden escrita de juez, tampoco le habrían informado de los motivos y razones de su detención. Las dos presuntas víctimas supuestamente fueron trasladadas a dependencias policiales y permanecieron incomunicadas cinco días. El señor Chaparro no habría contado con patrocinio letrado al momento de rendir su declaración preprocesal y la defensa pública del señor Lapo supuestamente no fue adecuada. Según la Comisión, la detención de las presuntas víctimas sobrepasó el máximo legal permitido por el derecho interno y no fueron llevadas sin demora ante un juez.

3. La Comisión agregó que, a pesar de que se realizaron distintos peritajes que concluyeron que las hieleras incautadas no se habían podido elaborar en la

fábrica Plumavit y de que no existió prueba alguna que incriminara a los señores Chaparro y Lapo en el delito de tráfico ilícito de drogas, las presuntas víctimas fueron mantenidas en régimen de prisión provisional durante más de un año. Según la demanda, los señores Chaparro y Lapo interpusieron los recursos a su alcance con el objeto de que se revisaran los fundamentos de la medida privativa de libertad, pero no fueron efectivos. La Comisión afirmó que la fábrica Plumavit fue aprehendida el 15 de noviembre de 1997, tras su allanamiento, y aunque no se encontró droga, fue restituida a su dueño casi 5 años después de haber sido incautada. El vehículo del señor Lapo hasta la fecha no ha sido devuelto. Igualmente, todavía existirían registros públicos y en instituciones privadas con antecedentes penales de las presuntas víctimas en relación con los hechos del presente caso."

El Estado Ecuatoriano: "*28. La Corte observa, en primer lugar, que el Estado no precisó en detalle todos los hechos que confesaba. Ante ello, este Tribunal considera que, al haberse allanado a las pretensiones de la Comisión y de los representantes respecto de las violaciones a los artículos 2, 5, 8 y 25 de la Convención, el Estado implícitamente confesó los hechos que según la demanda configuraron tales violaciones, en el entendido de que la demanda constituye el marco fáctico del proceso14. En virtud de lo expuesto, la Corte declara que ha cesado la controversia respecto de los hechos y sus consecuencias jurídicas en lo que atañe a los artículos 2, 5, 8 y 25 de la Convención."*

La Corte resolvió que: *"B) CONCESIÓN AL INCULPADO DEL TIEMPO Y LOS MEDIOS PARA PREPARAR SU DEFENSA.*

149. La Comisión y los representantes sostuvieron que la notificación de la diligencia pericial del ION-SCANNER (supra párr. 114) "no se realizó con

suficiente tiempo", lo cual impidió la presencia de las víctimas y sus abogados y la impugnación de su validez. La Comisión consideró que "las víctimas vieron coartado su derecho de defensa, ya que de haber estado presentes […] durante la realización del peritaje, hubieran podido impugnar la validez del mismo, sin tener que esperar casi cuatro años para lograr su nulidad

152. La Corte observa que la tardía notificación de la providencia que dispuso la realización de la prueba de ION-SCANNER hizo imposible la presencia de los abogados defensores en la práctica de la misma. Si bien es cierto que no necesariamente es razonable la inmediación de las partes en la producción de todo tipo de prueba, en la especie la falta de inmediación y contradictorio en la realización de la prueba de ION-SCANNER, por la inmediatez de la comprobación técnica, no podría ser reemplazada con la presentación de observaciones en forma posterior. Además, la Corte da especial relevancia al hecho de que la prueba del ION-SCANER fue la única prueba técnica en contra de las víctimas y que fue tomada en cuenta por el juzgador para llamar a plenario al señor Chaparro.

C) DERECHO DEL INCULPADO A SER ASISTIDO POR UN DEFENSOR DE SU ELECCIÓN Y DERECHO A SER ASISTIDO POR UN DEFENSOR PROPORCIONADO POR EL ESTADO

155. La Comisión afirmó que "ambas víctimas no contaron con la presencia de un abogado defensor de su elección al momento de realizar el interrogatorio inicial ante la policía y el fiscal". En relación con el señor Chaparro Álvarez, la Comisión indicó que el 19 de noviembre de 1997 rindió declaración "en presencia de un amigo de la familia que se encontraba visitándole y que era abogado, pero

que por instrucción expresa de la Policía no pudo aconsejarle durante el interrogatorio".

"158. Pese a la normativa constitucional citada, el señor Chaparro no contó con la presencia de un abogado defensor al momento de ser interrogado por parte de la Policía el 18 de noviembre de 1997. Además, la Corte encuentra que al impedirse al abogado del señor Chaparro intervenir en su declaración preprocesal y al exigirse que sea el propio señor Chaparro quien fundamente su recurso de amparo de libertad, cuando su deseo era que su abogado lo hiciera, la presencia de los defensores fue tan solo formal. Por ello, el Estado violó el derecho consagrado en el artículo 8.2.d) de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, en perjuicio del señor Chaparro.

159. De otra parte, la Corte considera que la actitud de la defensora pública asignada al señor Lapo es claramente incompatible con la obligación estatal de proporcionar una defensa adecuada a quien no pudiera defenderse por sí mismo ni nombrar defensor particular. En especial, la Corte resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser efectiva, para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas. Por consiguiente, la Corte considera que el Ecuador violó en perjuicio del señor Lapo el derecho de contar con un defensor proporcionado por el Estado consagrado en el artículo 8.2.e) de la Convención, en conexión con el artículo 1.1 de la misma."

Como conclusión particular a este caso, podemos apuntar que el derecho a contar con un abogado se vio vulnerado en una serie de ocasiones. Entre ellas por no estar presentes al momento del peritaje "ion-scanner" para poder impugnarlo. Lo anterior, se refleja más aún por la razón de que no se les notificó en forma oportuna. En otra ocasión se le privó de elegir un abogado defensor al momento

de su interrogatorio. Tanto frente a la policía como al fiscal. En otra tuvo que argumentar su recurso de amparo de libertad por si mismo. Lo que demuestra una vez más que la persona no pudo ejercer su derecho a defensa. Entendiendo que el deseo del imputado era que lo hiciese su defensor. La Corte concluye que la presencia de su abogado fue meramente formal.

2.4 Caso "*Zambrano Vélez y Otros*"[78]

Hechos y Demanda: *"2. La demanda se refiere a la alegada ejecución extrajudicial de los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo Cobeña y José Miguel Caicedo Cobeña, supuestamente cometida el 6 de marzo de 1993 en Guayaquil, Ecuador, y la subsiguiente presunta falta de investigación de los hechos. La Comisión señala que "los señores Wilmer Zambrano Vélez, Segundo Olmedo Caicedo y José Miguel Caicedo [supuestamente] fueron ejecutados durante [un operativo de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional de Ecuador], realizado en el marco de una suspensión de garantías no ajustada a los parámetros pertinentes". Asimismo, la Comisión alega que "más de trece años [después de ocurridos] los hechos, el Estado no ha efectuado una investigación seria ni ha identificado a los responsables materiales e intelectuales de las ejecuciones de las [presuntas] víctimas, razón por la cual [… éstos] se encuentran impunes.*

3. La Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare que el Estado es responsable por la violación de "sus obligaciones contempladas en los artículos 27 (suspensión de garantías), 4 (derecho a la vida), 8 (derecho a las garantías judiciales) y 25 (derecho a la protección judicial) de la Convención Americana, en concordancia con los artículos 1.1 [(Obligación de respetar los derechos)] y 2

[78] Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Sentencia Fondo, Reparaciones y Costas del 4 de julio de 2007 Serie C Nº 166. En http://www.oas.org/es/cidh/.

[(deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la misma]". Como consecuencia de lo anterior, la Comisión solicitó a la Corte que ordene al Estado determinadas medidas de reparación."

El Estado Ecuatoriano: *"14. El Estado se allanó a la alegada violación de los artículos 27, 8 y 25 de la Convención Americana (supra párr. 8). No obstante, no hizo referencia al alegado incumplimiento de las obligaciones contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención en relación con dichas disposiciones, ni especificó si su allanamiento se refería también a los alegatos de los representantes. En su contestación a la demanda, el Estado no había presentado alegatos en relación con estas disposiciones.*

La Corte Resolvió: *"54. La Corte considera que el Estado tiene la obligación de asegurar que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos y libertades consagrados en la Convención se mantengan vigentes en toda circunstancia, inclusive durante los estados de excepción. Este Tribunal ha entendido anteriormente que se consideran como garantías indispensables aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades, las cuales serán distintas según los derechos afectados. Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías. Esas garantías judiciales indispensables deben subsistir para verificar la necesidad, razonabilidad y proporcionalidad de las medidas específicas adoptadas en ejercicio de estas facultades excepcionales".*

En nuestra opinión –al igual que la de CIDH- durante este caso se pasaron a llevar las garantías judiciales inherentes a todo proceso judicial. Que a juicio de

la Corte a pesar de encontrarse en un Estado de excepción no pueden vulnerarse nunca jamás. Fue lo ocurrido durante este caso. Más de trece años después el Estado no ha realizado una investigación seria sobre el señor Zambrano Vélez y otros ejecutados extrajudicialmente. Lo que evidencia la gravedad que supone el no sólo dar muerte a estar personas, sino además el hacerlo bajo la tutela estatal y en instancias extrajudiciales. El estado de sitio descrito en el caso anterior no permite nunca la suspensión de las garantías que señala la Corte, "*Tales garantías son aquéllas a las que la Convención se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías".*

3.- Conclusiones comunes a los casos analizados

-Tratándose del derecho de asistencia letrada especial mención merecen, los siguientes preceptos*:*

Art.11.1 de la Declaración universal de derechos humanos: toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Art. 14.3 Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos: Durante el proceso toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

-El comentario general del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 (3) del Pacto, hace las observaciones siguientes sobre el derecho de todo acusado a asistencia letrada:- *"Los medios adecuados para su defensa…deben incluir… la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación a su elección, debe poder recurrir a un abogado.-d.- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.*[79]

-En especial, la CIDH resalta que la asistencia letrada suministrada por el Estado debe ser **EFECTIVA.** Para lo cual el Estado debe adoptar todas las medidas adecuadas.[80]

-Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas dentro del proceso penal, no estando la administración estatal, en ningún caso exenta de cumplir con este deber. Inclusive durante Estados de Excepción.

-Que toda persona tiene derecho a asistencia letrada desde el primer momento en que se dirige en su contra la persecución penal estatal. Siendo vulnerada para la CIDH toda vez que se le imposibilita a la persona contar con un abogado para su defensa desde, justamente, la primera actuación del proceso.

[79] MATURANA, Cristián y MONTERO, Raúl, Op.cit. pp.129
[80] Cfr. ECHR. Case of Artico V. Italy. Judgment 13 May 1980, application Nº 6694/74. pp. 31-37. Citado por ESPEJO, Nicolás y LEIVA, Carla. Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago, Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing: Thomson Reuters, 2012. pp. 378 y 379

-"Las garantías especiales del proceso penal están referidas a la posibilidad del individuo de sometido a la acción punitiva del Estado a actuar con ***igualdad de armas en su defensa****. Es evidente la disparidad de poderes y capacidades entre el individuo y el Estado, por ello el Derecho internacional de los Derechos Humanos se ha preocupado de buscar mecanismos eficientes para que el sujeto pueda ejercer su derecho a defensa con posibilidades reales de éxito"*[81]

-El acusado y su defensor deben tener el tiempo suficiente para preparar su defensa, pero no se puede tener por responsable al Estado parte como responsable por la impericia, falta de preparación o errores del abogado defensor. A menos que haya denegado al autor y al letrado el tiempo para preparar la defensa o haya debido ser evidente para el tribunal que el comportamiento del letrado era incompatible con el interés de la justicia.[82]

- Por último en el ámbito chileno el profesor Fernández, frente al derecho a defensa en la Constitución del mismo país, destaca que: *"- El derecho en análisis no puede ser impedido, restringido o siquiera perturbado, es decir, el ejercicio de la defensa jurídica no puede ser imposibilitado, reducido o molestado, pues debe realizarse sin más exigencias que el cumplimiento a la forma dispuesta por la ley, ya que, como sabemos, no existen los derechos absolutos".* Más adelante el mismo profesor profundiza que *"-Por ello, en el ejercicio de la defensa, el letrado debe ceñirse al acatamiento de los deberes propios de su actividad con lo cual el carácter debido de la defensa jurídica exige del letrado el respeto de las normas de Derecho Positivo que regulen sus obligaciones, pero también de los deberes que van más allá de las formalidades impuestas por la ley, los cuales integran su esfera de ética profesional"*[83]

---

[81] ZALAQUETT, José y NASH, Claudio. *Proceso Penal y Derechos Humanos.* Revista de Derecho Procesal. Universidad de Chile, Santiago. p. 97. Año
[82] ZALAQUETT, NASH, Op.cit. p. 92
[83] FERNANDEZ, Miguel Ángel. *La Nueva justicia penal frente a la Constitución.* Editorial, Santiago. p. 232. Año

CAPITULO 4

1.-Breve reseña de la reforma constitucional que hizo la ley 20.592[84]

Como es de suponer la modificación al párrafo (inciso) cuarto del artículo 19 número 3, de la carta fundamental que realizó la ley de reforma constitucional número 20.516 repercutió en nuestro ordenamiento jurídico. Afectando, de tal manera la interpretación que se tenía de distintos preceptos legales. Recordemos la modificación realizada por esta ley de reforma:

"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley."

Es por esto, que al poco tiempo de ver la luz la reforma constitucional se tuvo que dictar una ley (20.592) que ayudara a dar consistencia a las normas mencionadas. Ya que de otra forma no se entendían con la reforma en comento. Es decir perdían su coherencia. De tal modo el artículo único de la ley 20.592 agregó y suprimió cambiando incluso el contenido de la lectura de derechos en la primera declaración que preste el imputado ante el fiscal o la policía. Los cambios que se hicieron a los artículos los enunciamos a continuación.

Al inciso primero del artículo 8 se le agregó la frase que destacamos:

[84] Ley 20.592. CHILE. Derecho de Defensa a los imputados. Publicada en el *Diario oficial el 2 de junio de 2012. Véase ANEXO 2*

*“**Artículo 8º.- Ámbito de la defensa**. El imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. **Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.***

El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvas las excepciones expresamente previstas en este Código.”

El artículo 93 sobre los Derechos y Garantías del imputado, se le agregó la siguiente frase:

“Artículo 93.- Derechos y garantías del imputado. Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes.

En especial, tendrá derecho a:

*g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento. **Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra."***

Finalmente el artículo 102 sobre la defensa se eliminó la siguiente oración que señalaba que el Ministerio Público debía solicitar el nombramiento de defensor público.

"Artículo 102.- Derecho a designar libremente a un defensor. Desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza. Si no lo tuviere, el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.

Si el imputado se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquél correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor. Si el imputado prefiriere defenderse personalmente, el tribunal lo autorizará sólo cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa; en caso contrario, le designará defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8º."

Estas son las reformas que tuvo que realizar la ley 20.592 con el objeto de dar coherencia al ordenamiento jurídico. Que como sabemos conforma un todo, y si no se tiene cuidado al modificar ciertas normas se puede pasar a llevar otras. Por esto es relevante no modificar preceptos legales con otra intención que no sea la de mejorar el sistema en su todo. Más aun un tema tan delicado y de tanta relevancia como los derechos y garantías del imputado en el proceso penal.

2.- Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.592[85]

2.1. Primer Trámite constitucional: Senado

2.1.1 Moción Parlamentaria

Con fecha 9 de Agosto de 2011 los senadores Alberto Espina Otero, José Antonio Gómez Urrutia, Hernán Larraín Fernández, Patricio Walker Prieto y de Senadora Soledad Alvear Valenzuela iniciaron moción parlamentaria con dos objetos:

-Fijación de la oportunidad en la cual el Estado debe proporcionar un defensor al imputado por un delito si éste no nombrare a uno particular.

-Fortalecimiento de la lectura de los derechos al imputado[86]

El tema de esta investigación tiene relación principalmente con el primero de estos objetivos. Por ello omitiremos lo que no tenga relevancia directa con el primero de estos. Y destacaremos lo que aluda al primero. Así las cosas, la Moción parlamentaria sigue:

"1.4.- El artículo 102 del Código Procesal Penal, en armonía con los artículos 7°,8° y 93 letra b) del mismo Código, establece que el derecho del imputado a ser asistido por abogado puede ejercerse a partir del primer acto del procedimiento que se dirija en su contra, ya sea que se realice ante la policía, ante el Ministerio Público o ante un tribunal.

1.5.- Cosa distinta es, sin embargo, el momento a partir del cual ese derecho pasa a ser una obligación exigible al Estado, si el imputado no hubiese

[85] Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.592. En Biblioteca del Congreso Nacional en www.bcn.cl
[86] Historia de la ley 20.592.p.4

nombrado un defensor particular. Conforme al mandato constitucional, la ley debe precisar ese momento, y es a partir de él puede operar artículo 103 del Código Procesal Penal, que sanciona con la nulidad procesal aquellas actuaciones realizadas en ausencia del defensor cuando, conforme a la ley, su participación es obligatoria."[87]

Se menciona en la Moción que se debe dar cumplimiento al mandato de la Constitución. En lo referente a la reforma que realizó la ley 20.516. Teniendo presente que se debe señalar cuál es el momento que la norma constitucional ordena a la ley determinar. De tal modo se establece:

"1.7.- El presente proyecto de ley tiene por finalidad dar cumplimiento al mandato del párrafo cuarto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución de la República, fijando la oportunidad en la cual el Estado debe designar en forma irrenunciable para el imputado a un abogado defensor si no hubiere designado uno particular.

1.8.- Dicha oportunidad debe ser, a lo menos, la primera audiencia judicial a la que deba comparecer el imputado y, con tal finalidad el proyecto modifica los artículos 8° y 102 inciso 1°, ambos del Código Procesal Penal, en el sentido de señalar expresamente cuál es el momento que la norma constitucional ordena a la ley determinar.

1.9.- Junto con lo anterior, se propone, en el inciso 1° del artículo 102 del citado Código, suprimir la frase: "el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien". Existen las siguientes razones para ello.

1.10.- La primera es que si la oportunidad en que obligatoriamente el Estado debe nombrar un defensor al imputado que carezca de abogado es, a más tardar, la primera audiencia judicial a que debe comparecer, lo lógico es que sea el tribunal ante quien se celebra la audiencia respectiva –un juez de garantía- quien lo

[87] Historia de la ley 20.592.p.5

nombre. La otra razón es que, en la práctica, el Ministerio Público no designa abogados de la Defensoría Penal Pública a los imputados que carecen de un defensor"[88]*.* Por lo ya mencionado se propone el siguiente proyecto de ley:

"**PROYECTO DE LEY:**

"Artículo único- Introdúcense las siguientes modificaciones al Código Procesal Penal:

1) En el inciso primero del artículo 8° y a continuación del punto final que sigue a la palabra "contra", el que pasa a ser punto seguido, agréguese la frase siguiente:

"De conformidad al párrafo cuarto del numeral 3° del artículo 19 de la Constitución Política de la República, el imputado que no nombrare un defensor tiene el derecho irrenunciable a ser asistido por uno proporcionado por el Estado a más tardar desde la primera audiencia judicial a la que comparezca."

2) Agréganse las siguientes oraciones a la letra g) del inciso segundo del artículo 93 del Código Procesal Penal, reemplazando el punto y coma final (;) por un punto seguido (.):

"Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 91 y 102, el imputado, al ser informado de su derecho a guardar silencio en la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, en su caso, se le expresará lo siguiente:

"Tiene derecho a guardar silencio. Si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.". De ello se dejará constancia en el registro respectivo;".

3) Modifícase el inciso 1° del artículo 102 en los siguientes términos:

a) Suprímase la frase "el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien".

b) En la oración final, intercálese, entre la coma (,) que sigue a la palabra "caso" y la expresión "la designación", la frase: "y para los efectos de la oportunidad a la que alude el artículo 19, numeral 3°, párrafo cuarto de la Constitución Política de la República.[89]

[88] Historia de la ley 20.592.p.6

2.1.2 Informe de la Comisión de Constitución

Objetivo del proyecto

La Moción objeto del informe **busca fortalecer los derechos de la persona imputada de delito**. En concreto, precisa la oportunidad en la cual el Estado debe proporcionarle un defensor si éste no nombrare a uno particular y fija un momento determinado y una fórmula preestablecida para informarle de los derechos que le asisten en esa calidad.

Discusión en general y en particular

La senadora Alvear ofreció la palabra al profesor de Derecho Penal Juan Domingo Acosta. "*El mencionado profesional señaló que esta iniciativa obedece a la conveniencia de desarrollar adecuadamente la garantía constitucional contenida en el párrafo cuarto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental. Al respecto recordó que ella consagra el derecho irrenunciable de toda persona imputada de delito tiene a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. En consecuencia, hizo presente que corresponde que la ley precise esa oportunidad.*"[90] El señor Acosta agregó que la iniciativa acoge las opiniones de profesionales del Ministerio de Justicia, y del Defensor penal público Leonardo Moreno.

"El Honorable Senador señor Larraín, don Hernán, puso de manifiesto la conveniencia de aclarar que esta modificación no impedirá que al imputado de un delito se le pueda proporcionar un defensor antes de la aludida primera audiencia. Lo que nunca podría ocurrir, enfatizó, es que la designación se produzca con

[89] Historia de la ley 20.592.p.6
[90] Historia de la ley 20.592.p.14

posterioridad a ella. Hizo notar que la expresión "a más tardar" contenida en la oración que se agrega al inciso primero del artículo 8°, refleja este criterio y armoniza con el texto del inciso primero del artículo 102."[91] En consecuencia, jamás podría una persona imputada carecer de asistencia jurídica a partir de la primera audiencia, pero bien podría la Defensoría Penal Pública asumir esa defensa con anterioridad. Importante es mencionar el distingo que efectuó el profesor Acosta entre **el derecho del imputado a contar con un abogado, por una parte, de la obligación del Estado de proporcionarlo, por otra. Aseveró que a partir del momento en que se hace exigible esta obligación, el derecho del imputado se torna irrenunciable.**

2.1.3 Discusión en Sala

La senadora Alvear recordó a la sala que La referida enmienda consistió en declarar que "Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley. Ahora bien ¿en que consisten dichas enmiendas? *"En armonizar dichas disposiciones legales para precisar en ellas, en primer lugar, que el derecho del imputado a ser asistido por abogado puede ejercerse a partir del primer acto del procedimiento que se dirija en su contra, sea que se realice ante la policía, ante el Ministerio Público o ante un tribunal.*
Al mismo tiempo, se dispone que el momento a partir del cual el derecho a contar con un abogado defensor pasa a ser una obligación exigible al Estado, si el imputado no hubiese nombrado un defensor particular, será, a más tardar, desde la primera audiencia judicial a que fue citado el imputado."[92]

El proyecto queda para segunda discusión. Así lo pidió el senador Escalona:*" Señor Presidente, pido segunda discusión, como expresión práctica de*

[91] Historia de la ley 20.592.p.15
[92] Historia de la ley 20.592.p.17

la molestia que me asiste por el hecho de que se está faltando severamente al Reglamento, pues ni siquiera disponemos de la documentación pertinente."[93]

2.1.4 Discusión en Sala

Al senador Escalona le pareció extraño que en menos de 24 horas un proyecto que regula una garantía fundamental fuese ingresado a trámite. Y aun más fuese de fácil despacho. Así lo específica el señor Escalona: *"tal punto parece encontrarse adecuadamente resuelto en las normas vigentes del Código Procesal Penal. En efecto, sus artículos 8°, 93 y 102 ya señalan clara y reiteradamente que "desde la primera actuación del procedimiento" o "desde los actos iniciales de la investigación" el imputado tendrá derecho a ser asistido por un defensor o a designar con libertad uno o más defensores. Es decir, de acuerdo a lo anterior, la idea de legislar no está claramente justificada. Antes que cumplir un mandato constitucional, pareciera que la iniciativa buscara más bien una reforma al Código Procesal Penal para retrasar el momento en que el imputado que carezca de recursos para contratar un abogado particular pueda exigir que la Defensoría Penal Pública asuma su defensa."* Al mismo tiempo agrega que: *"Señor Presidente, no entiendo dicha redacción. ¿Se quiere decir a más tardar "en" la primera audiencia o "desde", esto es, "a partir" de la primera audiencia? Parece necesario aclarar este punto porque, lógicamente, la preposición "desde" alude al punto o tiempo en que comienza a contarse una cosa; en cambio, la expresión "a más tardar" denota el término del tiempo para hacer algo"*[94]*.* El senador Escalona concluye que:*" La persona imputada de delito, cuando es presentada ante el juez, tiene la posibilidad de controvertir la imputación; de demostrar su inocencia; de hacer valer pruebas; de contar con medios para defenderse; de enfrentar a la autoridad que, justamente, tiene como misión "decir el derecho". En consecuencia, la irrenunciabilidad del derecho a disponer de un abogado defensor es más necesaria que nunca "antes" de comparecer ante el juez, "antes" de la realización*

[93] Historia de la ley 20.592.p.20
[94] Historia de la ley 20.592.p.22

de la primera audiencia judicial. Por lo tanto, el proyecto que se nos propone aprobar se equivoca al establecer que la irrenunciabilidad se hace exigible solo "desde" el momento en que el imputado comparece ante el juez y no "desde antes" de que dicha comparecencia ocurra."[95]

El senador Larraín se ofrece para corregir la confusión planteada por el senador Escalona. De tal modo aclara que *"Es decir, estamos haciendo coherente el artículo 102 del Código Procesal Penal, en el sentido de que la designación debe tener lugar antes de realizarse la primera audiencia, con la norma que dice que el imputado tiene el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado,* ***a más tardar****, desde la primera audiencia judicial a que comparezca. En consecuencia, estamos fijando exactamente el mismo período. Sin embargo, eso no obsta a que la designación de un abogado se pueda efectuar en cualquier minuto, a partir del inicio del proceso. Por consiguiente, no se cambian los plazos, sino que se aclara desde cuándo es exigible para el Estado cumplir su obligación y proporcionar el defensor."*[96]

El senador Espina resalta sobre la intervención del senador Escalona que *"Respecto a la inquietud del Senador señor Escalona de por qué la Defensoría Pública no designa al abogado defensor, es necesario mencionar que esa norma nunca se ha aplicado. Además,* ***hay unanimidad en los defensores*** *-¡en los defensores!- en que resulta absurdo que sea el ministerio público quien solicite que se nombre un defensor penal público al imputado, porque esa labor corresponde al juez de garantía. Se trata, entonces, de un error del Código Procesal Penal. Y en la Comisión hubo unanimidad para corregirlo, porque ese magistrado tiene la obligación de velar por las garantías y los derechos de los imputados y no el fiscal. Este es el encargado de llevar adelante los procesos en contra de aquellos."*[97]

[95] Historia de la ley 20.592.p.24
[96] Historia de la ley 20.592.p.25
[97] Historia de la ley 20.592.p.26 y 27

Luego de una discusión para formular indicaciones, se denegó por no llegar al acuerdo unánime de la sala, en virtud del artículo 126 del reglamento del Congreso Nacional.[98] **Queda aprobado en particular el proyecto, con la votación anunciada, y despachado en este trámite.**

2.1.5. Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora

Oficio de Ley a la Cámara de Diputados. Comunica texto aprobado. Fecha 16 de agosto, 2011. Cuenta en Sesión 72. Legislatura 359. Cámara de Diputados.

2.2 Segundo Trámite Constitucional

2.2.1 Informe de la Comisión de Constitución

Con fecha 6 de octubre de 2011 se dio comienzo al informe. Durante el análisis de la iniciativa se *"contó con la colaboración de don Teodoro Ribera Neumann, Ministro de Justicia, doña Paulina González Vergara, Jefa de la División Jurídica de ese Ministerio, don Juan Domingo Acosta Sánchez, profesor de Derecho Penal en la Universidad Andrés Bello, don Sabas Chahuán Sarras, Fiscal Nacional del Ministerio Público, don Georgy Schubert Studer, Defensor Nacional Público, don Leonardo Moreno Holman, Defensor Regional Metropolitano Norte; doña Claudia Castelletti Font, Jefa del Departamento de Estudios de la Defensoría; don Raúl Tavolari Oliveros, profesor de Derecho Procesal en la Universidad de Chile, y don Héctor Mery Romero, asesor de la Fundación Jaime Guzmán. Para el despacho de esta iniciativa, el Jefe del Estado ha hecho presente la urgencia, la que ha calificado de suma para todos sus trámites constitucionales, por lo que esta Corporación cuenta con un plazo de quince días*

[98] Dicho precepto indica *"En la discusión general y particular a la vez, no habrá lugar al segundo informe de Comisión. Por la sola aprobación general del proyecto, se entenderán aprobados todos los artículos que no hayan sido objeto de indicaciones y el Presidente lo declarará así"*

corridos para afinar su tramitación, término que vence el 12 de octubre próximo por haberse dado cuenta de la urgencia en la Sala el 27 de septiembre recién pasado."[99]

Opiniones que fueron recibidas por la Comisión ddurante la discusión del proyecto. El Ministro Teodoro Ribera manifestó que "*como consecuencia de esta última modificación, se había generado una discusión en el ámbito académico relacionada con el valor de determinadas actuaciones procesales que se efectúan antes de la primera audiencia,* ***sin la presencia de un abogado defensor, como era el caso de ciertas actuaciones de la policía****, en atención al carácter irrenunciable del derecho a asistencia letrada que consagraba la reforma constitucional comentada. Esta polémica había llevado a la conformación de una mesa de trabajo, integrada por representantes del Ministerio de Justicia y de la Defensoría Penal Pública, destinada a buscar alternativas de solución a este problema, en la cual se había planteado desde una norma interpretativa del texto constitucional, hasta una nueva reforma, optándose finalmente por explicitar, mediante un proyecto de ley, que el imputado tiene el* ***derecho irrenunciable*** *a contar con un defensor proporcionado por el Estado, a más tardar desde la primera audiencia judicial a la que comparezca."*[100]

Por otro lado el profesor Juan Domingo Acosta denota *"que la enmienda constitucional comentada, se basaba en lo dispuesto en la letra* ***e) del artículo 8°*** *de la* ***Convención Americana de Derechos Humanos,*** *el que establecía el derecho irrenunciable a ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado si el inculpado no se defendiere por sí mismo o no nombrare un defensor dentro de los plazos legales. Señaló que el problema surgía como consecuencia de que, conforme a la normativa procesal penal vigente, la calidad de imputado se adquiría desde que a una persona se le realizaban actos imputativos y no desde el momento de la formalización, por lo que, a partir de la reforma constitucional al*

[99] Historia de la ley 20.592.p.34
[100] Historia de la ley 20.592.p.38

artículo 19 N° 3, que establecía el derecho irrenunciable a contar con un defensor, podía interpretarse que todo acto imputativo debería realizarse ante la presencia de un abogado defensor, tesis que había adoptado la Defensoría Penal Pública, según constaba en un documento oficial de esa entidad." Agregó igualmente *"que tal interpretación, dado que comúnmente durante los primeros actos de la investigación anteriores a la formalización, los imputados no cuentan con un defensor, daría pie a pedir la invalidación de todos aquellos actos que no se realizaron en presencia de un abogado. Así, por ejemplo, una confesión que se hubiere obtenido sin la presencia de un abogado o, incluso, una alcoholemia, las que nunca se realizan ante un letrado, podrían ser impugnadas en su validez. Añadió que, en todo caso, en los tribunales se había acordado resolver este punto caso a caso.*[101]*"* El representante de la Fundación Jaime Guzmán destacó entender el propósito de adaptar la normativa procesal a las reglas del debido proceso y a la llamada "doctrina Miranda"[102], pero eso no obstaba a la necesidad de que las innovaciones que se propusieran armonizaran con el sistema de prueba consagrado en nuestra legislación.

El Fiscal Nacional del Ministerio señor Sabas Chauán advirtió *"que a su institución le parecía que las enmiendas que se proponían eran innecesarias, por cuanto la disposición contenida en el párrafo cuarto del número 3° del artículo 19 de la Carta Política, se limitaba a reiterar lo dispuesto en el artículo 102 del Código Procesal Penal, el que establecía que desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza y que si no lo tuviere, la designación deberá hacerla el juez antes de la realización de la*

[101] Historia de la ley 20.592.p.39

[102] La llamada "Doctrina Miranda", emana de un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos del año 1964, recaído en el juicio ""Miranda contra el Estado de Arizona", en cuya virtud el tribunal sostuvo que tanto las declaraciones inculpatorias como exculpatorias realizadas en respuesta a un interrogatorio por un acusado en custodia policial, solamente serían admisibles en un juicio si la fiscalía puede demostrar que el acusado, antes de ser interrogado, fue debidamente informado de las consecuencias de su declaración. En otras palabras, si se advirtió al acusado de su derecho de consultar a un abogado antes y durante el interrogatorio, como también de su derecho a no autoincriminarse. Asimismo, no sería suficiente la mera advertencia sino que el acusado debe entender que tiene tales derechos y renunciar voluntariamente a ellos.

primera audiencia a que fuere citado. Recordó, además, que de acuerdo al artículo 7° del Código, las facultades, derechos y garantías que se reconocen al imputado por la Constitución, el Código y otras leyes, podrán hacerse valer por éste desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia, agregando su inciso segundo que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible. A su vez, el artículo 8° del Código, dispone que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento seguido en su contra. Reconoció que el problema podría generarse en razón de lo dispuesto en el artículo 91 del Código, el que señala que la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor y si éste no estuviere, el interrogatorio podrá orientarse únicamente a constatar la identidad de la persona. El mismo artículo agrega que si en ausencia del defensor el imputado manifestare su intención de declarar, la policía deberá disponer lo necesario para que declare ante el fiscal y, si esto no fuera posible, podrá consignar las declaraciones que preste, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. Termina la norma señalando que el defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia. Junto con señalar que esta disposición resultaba fundamental para la realización de una investigación eficaz, creía que una interpretación correcta de la ley podría hacer aparecer como reiterativa la modificación que se proponía. Admitía que podría entenderse existir una colisión entre los artículos 8° y 102 del Código, pero ello podría ocurrir únicamente porque no se hacía la distinción entre la defensa material, a que se refería el primero, y la técnica a que aludía el segundo. La primera no sería renunciable, en cambio la técnica sí, por cuanto el imputado podía optar por defenderse personalmente, o bien, simplemente, no hacerlo.

En efecto, la defensa material consagrada en el artículo 8°, facultaba al imputado para designar un defensor desde la primera actuación del procedimiento, pudiendo, en consecuencia no hacerlo y defenderse personalmente o no

defenderse; en cambio, la técnica prevista en el artículo 102, se expresaba en que el defensor debería ser designado antes de la realización de la primera audiencia a que fuera citado el imputado. Concordó con la idea de que si se impedía al imputado optar por defenderse personalmente o por medio de un abogado, se lo estaría transformando en un incapaz relativo. Sostuvo, asimismo, que podría ser conveniente para él, prestar declaración de inmediato ante la policía o el fiscal, ya que tal actitud podría da lugar a la configuración de la atenuante de cooperación eficaz, sin perjuicio, además, de que el defensor, por no tener funciones persecutoras, podría retardar su concurrencia a la comisaría, con los consiguientes perjuicios que ello podría significar. Concluyendo, señaló que ***aunque le parecía innecesaria*** *la modificación que se proponía, la tesis levantada por algunos defensores había encontrado eco en ciertas Cortes de Apelaciones, por lo que de tener tal interpretación una mayor acogida, podría llegarse en diversos juicios a la exclusión de una serie de pruebas por ilicitud de las mismas. En atención a lo anterior, creía que la propuesta podría ser de utilidad en cuanto contribuyera a dar certeza jurídica frente a las interpretaciones sostenidas por la Defensoría, a partir de la reforma constitucional del número 3 del artículo 19, que consagra el derecho irrenunciable de toda persona a ser asistida por un abogado defensor."*[103]

Mientras que, el señor **Georgy Schubert Studer, Defensor Nacional Público** *"explicó que una de las interpretaciones surgidas a propósito de la reforma al número 3° del artículo 19 de la Constitución, exigía la presencia de un defensor técnico en todas las actuaciones del procedimiento, incluso antes de la primera actuación judicial, por lo que, ya ante las actuaciones que se practicaran ante la policía podría exigirse la presencia de un defensor, sin la cual dichas actuaciones carecerían de validez. Señaló que la citada reforma constitucional establecía el derecho irrenunciable del imputado a ser asistido por un abogado defensor, proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad*

[103] Historia de la ley 20.592.p.44

establecida por la ley, la que disponía que tal designación debía tener lugar antes de la primera audiencia a que fuera citado. Sin perjuicio de ello, el imputado contaba con las facultades, derechos y garantías que tanto la Constitución como las leyes le reconocen, desde la primera actuación del procedimiento seguido en su contra. ***Precisó que, al parecer de la Defensoría,*** *la mencionada reforma constitucional no exige necesariamente la presencia de un defensor técnico en las instancias señaladas, sino que se limita a reafirma la existencia de tal defensor, en concordancia con lo dispuesto en el Pacto de San José de Costa Rica.*

Profundizando más en el origen de esta interpretación, sostuvo que los temas centrales en discusión decían relación con dos aspectos: en primer lugar, que el consentimiento prestado por el imputado para declarar, debe ser libre e informado y, en segundo lugar, que debe probarse o poderse probar que ese consentimiento ha sido prestado en las condiciones señaladas. De aquí, entonces, que al concretarse la reforma constitucional, algunos defensores argumentaran que las declaraciones prestadas ante la policía sin la presencia de un defensor, carecían de validez. Ante la observación que se le hiciera acerca de lo que había afirmado uno de los intervinientes, en el sentido de que ***la falta de defensor podría, incluso, afectar la validez de una probanza como la*** *alcoholemia, sostuvo que no era posible deducir tal conclusión como efecto de la reforma constitucional, por cuanto la defensa material era posible exigirla desde la primera actuación dirigida en contra del imputado,* ***pero la defensa técnica solamente lo era desde antes de la primera audiencia.*** *La reforma constitucional sólo señalaba que si el imputado no designaba abogado, el Estado debería nombrarle uno. Por último, recordó a este respecto que en los inicios de la discusión de la reforma procesal penal, se había planteado* ***la idea de contar con defensores en los cuarteles policiales,*** *sugerencia que se desechó por el cuantioso costo que ello podría significar. Asimismo, señaló que la interpretación que se discutía no había tenido aún mayor acogida, por cuanto se registraban solamente dos casos:*

uno en Coquimbo en que se había aceptado la tesis de la defensa y otro en la Corte de San Miguel en que se rechazaba esta pretensión."[104]

Desde otro punto de vista el **profesor de la Universidad de Chile Raúl Tavolari Oliveros**, indicó *"que la propuesta no le parecía del todo satisfactoria, por cuanto si se rememoraba el origen de la reforma constitucional que se tradujera en el actual párrafo cuarto del número 3° del artículo 19, se llegaba a la conclusión que ella había tenido por objeto dar un respaldo constitucional a la Defensoría Penal Pública. Sostuvo que las normas una vez convertidas en ley, adquirían vida propia, con independencia de la intención que tuvo el legislador y que eso estaría en la base de estas modificaciones. 1.- Refiriéndose a la modificación que se pretende introducir en el artículo 8°, sostuvo que ella era completamente innecesaria e, incluso, era constitutiva de una técnica legislativa deficiente. En efecto, la referencia a que se procedía conforme a lo señalado en el párrafo cuarto del número 3° del artículo 19 de la Carta Política, era una adición que podría encabezar múltiples artículos del Código Procesal Penal y también de otros códigos, a la vez que la mención precisa de la norma que servía de fundamento a la disposición del citado artículo 8°, significaba que cualquier cambio en la estructura del articulado constitucional, dejaría a la norma sin dicho respaldo.*

Asimismo, sostuvo que en esta primera modificación coexistían varias ideas diferentes como eran que el imputado que no nombrare abogado, tendría el derecho irrenunciable a ser asistido por uno; que tal nombramiento lo efectuaba el Estado, y que la designación debería ser anterior a la primera audiencia a que el imputado debiera concurrir. Respecto de la primera idea, que solamente decía relación con el hecho de que el imputado tuviera o no abogado, se encontraba ya resuelta por la ley, por cuanto el artículo 2° de la ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública, establece que la finalidad de ésta es "proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo

[104] Historia de la ley 20.592.p.45

penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado". En otras palabras, tal defensa correspondería por el solo ministerio de la ley a la Defensoría Penal Pública. En lo que se refería al momento en que surgía el derecho a la defensa letrada, recordó que el artículo 8° disponía que el imputado tenía tal derecho "desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra.", y que de acuerdo al artículo 7° se entendía por primera actuación del procedimiento "cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible.". En consecuencia, si la finalidad de la reforma era otorgar un derecho irrenunciable a la defensa, qué sentido tenía establecer tal derecho con la citación a la primera audiencia a que comparezca del imputado, si antes de ello pudieron ocurrir una serie de episodios o actuaciones.

En este mismo sentido, señaló que el artículo 102 establecía el derecho del imputado de designar uno o más defensores de su confianza, cosa que podía hacer desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia y, que si no tuviere defensor, el juez procedería a hacerlo antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado.

De todas estas consideraciones, defensor a quien ***estimaba que las ventajas del texto vigente sobre la nueva propuesta resultaban abrumadoras, tanto porque no se nombraba a quien*** *no lo designa sino que a quien carece de él y porque tal nombramiento debe efectuarse "antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado" y no "a más tarda r desde la primera audiencia a la que comparezca el imputado", por cuanto estos dos últimos términos serían contradictorios.*" Finalmente el profesor Tavolari indica que de llevarse a cabo la modificación debiese hacerse en el siguiente sentido: *"Todo imputado que carezca de abogado, tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de celebrarse la primera actuación del procedimiento que requiera de la presencia de dicho imputado".*[105]

[105] Historia de la ley 20.592.p.46

Por las razones señalas la comisión recomienda se apruebe el siguiente texto de reforma:

"PROYECTO DE LEY:

Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas en el Código Procesal Penal: 1) Agrégase en el inciso primero del artículo 8°, a continuación el punto final (.), que pasa a ser punto seguido (.), lo siguiente:

"Todo imputado que carezca de abogado, tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de celebrar la primera actuación del procedimiento que requiera de la presencia de dicho imputado.".

2) Agrégase en la letra g) del inciso segundo del artículo 93, reemplazando el punto y coma (;) por un punto seguido (.), lo siguiente:

" Sin perjuicio de lo señalado en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: " *Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; con todo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.".*

3) Suprímese el inciso final del artículo 102.".[106]

2.2.2 Discusión en Sala

El diputado Walker destaca un punto, que a nuestro juicio es prudente determinar: *"El tema de la oportunidad procesal es muy importante, porque sabemos que en nuestro nuevo proceso penal -esto es muy importante que la gente lo entienda no existe el recurso de apelación. Ello se debe a que quien finalmente juzga es un tribunal oral en lo penal, cuando el procedimiento sigue su curso y no se ha dado lugar a una salida alternativa o se ha dictado*

[106] Historia de la ley 20.592.p.47

sobreseimiento. En esos casos, cuando el tribunal colegiado emite su sentencia, al no haber una segunda instancia o un recurso de apelación, sólo cabe el recurso de nulidad. En cambio, en el actual proceso penal, muchos recursos de nulidad se han originado precisamente en el hecho de que no estaba clara la oportunidad procesal en la cual al imputado debía designársele el abogado defensor por parte del Estado, lo que queda zanjado con la modificación propuesta por la Corporación, que señala que la designación debe efectuarse antes de verificarse la primera actuación del procedimiento, que la mayoría de las veces tiene lugar en la audiencia de control de detención. De ahí que es muy importante que en el proyecto se establezca claramente la reiteración del principio del derecho del imputado a guardar silencio y, al mismo tiempo, la consecuencia de no hacerlo. De esta forma, estamos estableciendo, de manera más clara, cuál es la oportunidad procesal en la cual debe designarse el abogado defensor al imputado. Esto es importante, porque con ello vamos a evitar vicios en el proceso que puedan dar paso a recursos de nulidad. Conjuntamente evidencia un problema practico del sistema judicial penal *"Precisamente, en estos días, con ocasión de la discusión del proyecto de Ley de Presupuestos para 2012, hemos debatido lo que ocurre con la otra parte del proceso. Esto es, con los fiscales.* ***Siempre hay que recordar que tienen que investigar, con igual celo, no solamente las circunstancias que inculpan al imputado, sino que, también, las circunstancias que atenúan o lo absuelven de responsabilidad.***

De ahí que es muy importante -no está de más reiterarlo como una forma de darle plenitud al perfeccionamiento de nuestro sistema procesal penal aquello en que hemos insistido tantas veces y en forma unánime al interior de las Comisiones de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados y del Senado: me refiero a pedir al Ejecutivo apoyo al plan de fortalecimiento del Ministerio Público, un plan de fortalecimiento de los fiscales.

En un principio, cuando partió la reforma procesal penal, cada fiscal, en promedio, debía investigar alrededor de mil causas al año. Ese promedio hoy llega a

alrededor de 2.300 causas al año, lo que redunda, como lo hemos visto, en un colapso del sistema judicial y en un aumento de las cifras de delincuencia."[107]

El diputado León en su intervención denota que no se ha cumplido con los presupuestos para la protección de las víctimas. Por lo que le parece que se le están dando más garantías a los imputados, que a las víctimas.

El diputado Ceroni, admite que no iba a utilizar el uso de la palabra. Sin embargo la intervención del señor León lo impulsa a lo contrario. Se pronuncia en el siguiente sentido, "*el proyecto apunta en la dirección correcta, porque el combate de la delincuencia tiene que ver con lograr hacer justicia como corresponde. La única forma de hacerlo es que los imputados tengan defensa. No podemos pensar que debido a que estamos cumpliendo con lo que establece la Constitución Política, en el sentido de que los imputados deben contar con un defensor, eso pueda significar que, en el fondo, no estamos combatiendo la delincuencia. Al contrario, pues gracias a la labor de investigación de un defensor a lo mejor se puede establecer, con claridad, la inocencia de un imputado en la comisión de determinado delito. Es evidente que para establecer justicia debe haber un equilibrio entre quien acusa, quien investiga y quien es imputado por un posible delito."*[108]

La diputada Turres y el diputado Calderón *se pronuncia en el siguiente sentido, de señalar que así como considera justo que un imputado tenga derecho a defensa, también es necesario que las víctimas de delitos cuenten con alguien que represente sus derechos. De esa forma vamos a ayudar a que no se sientan en la indefensión cuando sean víctimas de un delito, tal como sucede en la actualidad.* Este último parlamentario añade que *"El poder del Estado en el combate contra la delincuencia es enorme y las personas tienen derechos y garantías fundamentales frente a ese poder. Pero, como decía la diputada Turres -*

[107] Historia de la ley 20.592.p.63
[108] Historia de la ley 20.592.p.68

lo que, reitero, comparto-, el Estado de Chile y, particularmente, este poder legislativo, tiene una gran deuda con las víctimas de los delitos. Hoy, una víctima de un delito no cuenta con un representante en el proceso penal, porque el Ministerio Público no cumple ese rol, el cual está subordinado a lo que se llama el ***"principio de objetividad",*** *que significa que debe investigar con igual celo tanto las circunstancias que establecen la responsabilidad penal de una persona en un delito, como aquellas que la eximen de esa responsabilidad penal. Es decir, no puede representar los intereses de solo una de las partes."*[109]

2.3.3 Oficio de Cámara Revisora a Cámara de Origen

Oficio aprobación de Proyecto con modificaciones. Fecha 08 de noviembre, 2011. Se envió a la Cámara de Origen el siguiente proyecto:

"Artículo Único

Numeral 1)

Lo ha reemplazado por el siguiente:

"1) Agréganse en el inciso primero del artículo 8°, a continuación del punto final (.), que pasa a ser seguido (.), las siguientes oraciones:

"Todo imputado que carezca de abogado, tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de celebrar la primera actuación del procedimiento que requiera de la presencia de dicho imputado.".

Numeral 2)

Lo ha sustituido por el siguiente:

"2) Agréganse en la letra g) del inciso segundo del artículo

93, reemplazando el punto y coma (;) por un punto seguido (.), las siguientes oraciones:

[109] Historia de la ley 20.592.p.69

"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; con todo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra."

Numeral 3)

Lo ha suprimido.

Numeral Nuevo

Ha incorporado el siguiente numeral nuevo, que ha pasado a ser 3):

"3) Suprímese el inciso final del artículo 102."

2.3. Tercer Trámite Constitucional

2. 3.1. Informe de Comisión de Constitución

El abogado señor Juan Domingo Acosta "*puntualizó que no compartía la redacción sustitutiva propuesta por la Cámara de Diputados para este número 1), pues podría dar lugar a efectos no deseados por la reforma constitucional. Explicó que en la redacción aprobada por el Senado quedaba meridianamente claro que la irrenunciabilidad del derecho a la defensa es la contrapartida de la obligación que le empece al Estado de nombrar un defensor público al imputado antes de la primera audiencia judicial cuando éste no lo ha hecho previamente. En virtud de lo anterior no es obligatorio que en las actuaciones que se produzcan antes de esa primera audiencia judicial deba estar presente siempre con defensor. Señaló que, en cambio, la norma aprobada por la Cámara de Diputados establece que el defensor debe estar designado antes de la primera actuación del procedimiento, lo que permite interpretar que si ello no ocurre, cualquier gestión que no cumpla con dicho requisito es nula en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Procesal Penal."*[110]

[110] Historia de la ley 20.592.p.78

A su vez el profesor Tavolari manifestó que *"el texto propuesto por la Cámara de Diputados establece que la designación del defensor deberá efectuarse antes de la primera actuación del procedimiento, lo que concuerda con lo señalado en el artículo 7º del Código Procesal Penal, que establece que la calidad de imputado, y los derechos y garantías que la ley y la Constitución le reconocen, nacen desde el momento en que se atribuye participación en un hecho punible "desde la primera actuación del procedimiento en su contra". Con todo, reconoció que esa formulación genera un problema práctico, por lo que propuso reemplazarla por otra que establezca que la designación del defensor deberá hacerse antes de la primera audiencia judicial, y no a más tardar desde la primera audiencia judicial como propone el Senado."*[111]

El Honorable Senador señor Walker, don Patricio, manifestó que de lo expresado por los profesores daría la impresión que la única diferencia importante radica en las redacciones alternativas del primer numeral del artículo único, y que en lo demás habría acuerdo en el sentido de aprobar lo acordado por la Cámara de Diputados. **El profesor señor Acosta** concordó con ese planteamiento, aunque también, agregó, debería incorporarse la supresión que propone el Senado en el tercer numeral del artículo único de la iniciativa, relativo al rol del Ministerio Público en el nombramiento del defensor de oficio.

El senador Espina *"expresó que la diferencia entre ambas Cámaras podría solucionarse con una redacción que contenga la idea planteada en esta sesión por el profesor señor Tavolari, pero para ello es necesario rechazar la modificación propuesta por la Cámara de Diputados y constituir una Comisión Mixta que dé una solución a este problema. Puntualizó que es necesario rechazar también las demás modificaciones introducidas por la Cámara de Diputados, y no sólo la*

[111] Historia de la ley 20.592.p.78

relativa al primer numeral del artículo único, pues aunque en principio haya acuerdo con lo que propone la Cámara de Diputados, la proposición de la Comisión Mixta respecto del primer numeral puede incidir en el resto del proyecto."[112]

Por lo demás los **profesores Tavolari y Acosta** especificaron que *"El **profesor señor Tavolari** hizo presente que aunque lo propuesto por Su Señoría es lógico, en la práctica el defensor es nombrado en la primera audiencia, pues el sistema no tiene capacidad para realizar nombramientos con la anticipación que se propone. Observó que, con todo, la primera audiencia judicial normalmente trata de asuntos bastantes simples, como el control de la detención del imputado y las medidas que eventualmente podría solicitar el Ministerio Público, materias que no requieren mucha preparación ni conocimiento profundo de la carpeta de investigación.*

*En este mismo sentido, **el profesor señor Acosta** indicó que la mayor parte de las primeras audiencias son de control de detención y formalización, y ellas se producen cuando apenas han transcurrido 24 horas desde la aprehensión del imputado, razón por la que tampoco hay tiempo antes de la audiencia para hacer el nombramiento del defensor. Indicó que esto no es una anomalía sino la materialización de un derecho constitucional: que el imputado detenido pueda ser puesto a disposición del tribunal en el más breve plazo. Expresó que cuando hay imputados no detenidos que son citados a una audiencia judicial, la Defensoría Penal de Santiago envía una carta al imputado en la que se le indica que se la ha asignado un defensor de oficio.*

Añadió que también se otorga en el Centro de Justicia de Santiago todas las facilidades para que la Defensoría pueda reunirse privadamente con el imputado, e incluso los jueces de garantía acceden a suspender las audiencias cuando la

[112] Historia de la ley 20.592.p.79

Defensoría manifiesta que necesita tiempo para hablar privadamente con el imputado."[113]

2.3.2 Discusión en Sala

La senadora Alvear aclara que del informe de la Comisión, se constató que las enmiendas de la Cámara de Diputados al texto del Senado podrían generar nuevas dudas respecto al instante en que se hace indispensable la presencia de un abogado defensor para validar las actuaciones efectuadas en el procedimiento. En atención a lo anterior, y con el propósito de encontrar la mejor fórmula para desarrollar el mencionado mandato constitucional, la Comisión acordó, por unanimidad, proponer al Senado el rechazo de todas las modificaciones de la Cámara Baja, con el fin de constituir una Comisión Mixta que permita elaborar una nueva propuesta que dé respuesta adecuada a este asunto.

Lo que trajo consigo ***aprobar el informe de la*** *Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento y, por ende,* ***quedan rechazadas las modificaciones de la Cámara de Diputados*** *(22 votos afirmativos).*[114]

2.3.3 Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora

Se procede a la formación de una Comisión Mixta que deberá proponer la forma y el modo de resolver las divergencias suscitadas entre ambas Cámaras, conforme lo establece el artículo 71 de la Constitución Política de la República.

2.4 Trámite Comisión Mixta: Senado-Cámara de Diputados

2.4.1Informe Comisión Mixta

[113] Historia de la ley 20.592.p.80
[114] Historia de la ley 20.592.p.85

Con fecha 10 de abril de 2012 se inició el informe. Las discrepancias sometidas a la consideración de la Comisión mixta entre ambas Corporaciones derivan, como se ha explicado, del rechazo por parte del Senado, en tercer trámite Constitucional, de la totalidad de las enmiendas introducidas por la Cámara de Diputados en segundo trámite constitucional.

El profesor Tavolari recuerda al iniciar su intervención que cuando se discutió y aprobó la Reforma Procesal Penal se garantizaron una serie de derechos a los imputados, empero no se atendieron suficientemente los de las víctimas de delitos. Puntualizó que esta situación ha cambiado en los últimos años debido a que la opinión pública tiene una mayor preocupación en esta materia. Indicó que la ley N° 20.516, de Reforma Constitucional discurre sobre otros supuestos, lo que genera un pequeño desequilibrio entre las posiciones de los distintos actores en el proceso penal, lo que se puede contrarrestar con algunas modificaciones al estatuto del imputado, que ya cuenta con una amplia protección en el Código Procesal Penal. Señaló que un antecedente de hecho que tiene gran relevancia en el estudio de este asunto, se refiere a la opinión de los **Defensores Penales Públicos quienes han afirmado, en diversas instancias legislativas, que el Estado de Chile no puede actualmente otorgar defensa legal gratuita a todos los imputados en todas las etapas del procedimiento penal.** En vista de lo anterior, manifestó que una solución posible es mantener incólume el derecho de todo imputado a nombrar un abogado desde el principio del procedimiento, y acotar que el derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor proporcionado por el Estado se hará exigible antes que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia del imputado.
Manifestó que sería muy deseable que en el futuro esta garantía se ampliara a instantes previos del procedimiento, pero ello no es materialmente posible en la actualidad.[115]

[115] Historia de la ley 20.592.p.92

Por una parte, el **senador Hernán Larraín** indica que **"***lo fundamental en el estudio de este asunto es precisar el momento desde el cual el imputado no puede dejar de tener un abogado que lo asesore, y todo indica que ese instante es la primera diligencia judicial del proceso, pues aunque sería deseable que el Estado pudiera proporcionar abogados antes de dicho momento, en la actualidad está fuera de sus posibilidades. En todo caso, puntualizó que la norma que se propone aprobar deja incólume la prerrogativa del imputado de contar con un abogado desde el inicio de la investigación en su contra.*[116]

Por otra parte, ***El Honorable Diputado señor Burgos*** *señaló que desde el punto de vista del ideal sería conveniente que los imputados que no pueden contratar a un abogado pudieran contar con uno proporcionado por el Estado desde la primera actuación del procedimiento.* ***Puntualizó que actualmente probablemente no se puede satisfacer este objetivo.*** *Seguidamente, se refirió a la situación que se puede producir cuando un imputado se niega a declarar o a participar en un procedimiento si no está presente su abogado defensor. Agregó que esta situación se puede producir en la práctica y frente a ella hay que reconocer a los imputados el derecho que tienen a no prestar declaración."*[117]

Como mencionamos en el principio de este subcapítulo no ahondaremos en los numerales 2 y 3 del Artículo único de la ley 20.592[118]. Ya que no atienden en rigor al objeto de nuestra investigación.

---

[116] Historia de la ley 20.592.p.92
[117] Historia de la ley 20.592.p.93
[118]. Sin perjuicio de aquello vale la pena incluir la siguiente cita: *"El profesor señor Acosta manifestó que hay tres buenas razones para plantear la eliminación de la mencionada frase:- En primer lugar, efectivamente el Ministerio Público nunca insta al tribunal para el nombramiento de un defensor de oficio que auxilie al imputado que carece de un abogado defensor.*
- En segundo lugar, la función del Ministerio Público, definida por su estatuto constitucional y orgánico constitucional, está circunscrita a la investigación de los hechos constitutivos de delito, el ejercicio de la acción penal pública y la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. Ello no lo coloca en el rol de protector o garantizador de los derechos del imputado.
- En tercer lugar, la nueva redacción del artículo 8º del Código Procesal Penal impone al juez, y no al Ministerio Público, el deber de efectuar dicho nombramiento" pp. 96.

Al momento de la votación el senador Espina argumentó al fundamentar su voto a favor, *que si lo que se persigue es velar de mejor forma por las garantías del imputado, resulta más adecuado fortalecer el* ***rol de los jueces, quienes deben vigilar el cumplimiento de las normas constitucionales sobre el debido proceso y las garantías del imputado.*** *Expresó que por ello resulta mejor eliminar cualquier ambigüedad que en este caso pueda producirse respecto a qué órgano le corresponde nombrar al abogado defensor, en el evento que un imputado carezca de defensa jurídica.*[119]

Sobre el numeral *3) "Suprimir el inciso final del artículo 102" cabe mencionar lo siguiente*[120]*, Al iniciarse el estudio de esta discrepancia,* ***el profesor señor Acosta*** *manifestó que la eliminación del derecho a la autodefensa parece ser una consecuencia lógica de la reforma constitucional antes aprobada, porque ella exige que el Estado nombre un defensor, que debe tener la calidad de abogado, a quien carece de asesoría jurídica. Agregó que es muy difícil que el propio imputado realice una adecuada defensa de su propia causa.* ***El Honorable Senador señor Espina*** *puntualizó que el derecho a la propia defensa judicial no debe eliminarse, pues es obvio que el imputado no tiene la obligación de quedar en manos del parecer de un tercero ajeno, como es el caso del abogado defensor que le nombraría el Estado. Asimismo, sostuvo que este derecho no es absoluto, porque el artículo 102 señala que este derecho a autodefensa sólo se autorizará si el juez de la causa verifica que el uso de esta prerrogativa no perjudica al propio imputado. Afirmó, además, que esta norma debe entenderse en consonancia con lo que establece las nuevas oraciones que se han agregado al artículo 8° del Código Procesal Penal, que perentoriamente exige que el Estado nombre un abogado defensor al imputado antes de que tenga lugar su comparecencia*

[119]Historia de la ley 20.592.p.98
[120] Que permite que los imputados puedan asumir su propia defensa en el proceso criminal

judicial. En consecuencia, sostuvo, no se divisa razón para excluir la autodefensa en las etapas investigativas previas."[121]

***"Los Honorables Diputados señores Burgos y Calderón** puntualizaron que el texto constitucional vigente establece perentoriamente que la defensa de los imputados debe ser siempre asumida por abogados habilitados para el ejercicio de la profesión, por tanto la única hipótesis en que podría llegar a proceder la autodefensa es en el caso que el imputado tuviera esa calidad.*

***El profesor señor Tavolari** recalcó que la Constitución no impone defensas a los imputados, sino que sólo garantiza que puedan contar con una financiada por el Estado si no pueden costearlas por sí mismo. En razón de ello, consideró que puede admitirse la autodefensa"*[122].

Se rechazo por unanimidad la supresión del artículo 102 en lo que respecta a su inciso final. La Comisión propone como proyecto para aprobarse el siguiente:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas al Código Procesal Penal:
1) Agrégase, en el inciso primero del artículo 8º, a continuación del punto final (.), que pasa a ser seguido (.), las siguientes oraciones:
"Todo imputado que carezca de abogado, tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.".
2) Agrégase en la letra g) del inciso segundo del artículo 93, reemplazándose el punto y coma final (;) por un punto seguido (.), las siguientes oraciones:
"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera

[121] Historia de la ley 20.592.p.99
[122] Historia de la ley 20.592.p.100

declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente:

"Tiene derecho aguardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; con todo, si renuncia a él todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.".

3) Suprímese en el inciso primero del artículo 102 la frase: "el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien".

2.4.2 Discusión en Sala

Con fecha 17 de Abril de 2012 se aprueba el informe de la Comisión Mixta. Por 23 votos favorables. No hubo mayor discusión más que recordar los argumentos por parte del Senador Larraín.

2.4.3 Oficio de Cámara de Origen a Cámara Revisora

Oficio de aprobación de Informe de Comisión Mixta. Fecha 17 de abril, 2012.

2.4.4 Discusión en Sala

Con fecha 2 de mayo de 2012 de aprueba. 87 votos afirmativos, 0 en contra y 2 abstenciones. No se presentan mayores discusiones.

2.4.5 Oficio de Cámara Revisora a Cámara de Origen

Con fecha 2 de mayo de 2012 se devuelve a la Cámara de Origen el los antecedentes respectivos.

2.5 Trámite de finalización: Senado[123]

[123] Historia de la ley 20.592.p.112

2.5.1 Oficio de Cámara de Origen al Ejecutivo

Oficio de Ley a S.E. El Presidente de la República. Comunica texto aprobado por el Congreso Nacional. Con fecha 02 de mayo de 2012. El siguiente proyecto de ley:

"Artículo único.- *Introdúcense las siguientes enmiendas al Código Procesal Penal:*

1) Agrégase, en el inciso primero del artículo 8º, las siguientes oraciones finales: *"Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.".*

2) Agrégase, en la letra g) del inciso segundo del artículo 93, remplazándose el punto y coma final (;) por un punto seguido (.), las siguientes oraciones: *"Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.";".*

3) Suprímese, en el inciso primero del artículo 102, la frase: *"el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien".*"[124].

Por fin se publicó con fecha 2 de junio de 2012.

A un nuestro juicio la dictación de esta ley se hizo necesaria para demarcar alguno que otro vacío interpretativo, en el marco de la ley 20.516. La ley 20.592 arribó a llenar dicho choque eventual de normas que producía la reforma que realizó la ley 20.516, aunque como sabemos perfectible, como toda obra del ser humano. Lo anterior lo mencionábamos de alguna manera al inicio de este último

[124] Historia de la ley 20.592.p.112

capítulo. La Historia de la ley deja en evidencia como se reunió a varios académicos para lograr llegar a un punto de consenso. Y salvar finalmente la eventual colisión de normas que surgía con la reforma pronunciada por la ley 20.516. Colisión de normas más aparente que real. Ello toda vez que tenemos en cuenta la distinción doctrinaria entre derecho a defensa técnica (asistencia letrada) y material (propia de todo ser humano). Además, si se quiere seguir con más detalle la Historia de esta ley la opinión del señor Burgos y Walker parecen las más acertadas a nuestro parecer en este punto. Aunque no podemos dejar escapar la intervención del Señor Larraín. Ya que puntualiza en forma más clara lo que tenía que dilucidar la ley. Esto es el momento es que se hace para el Estado una obligación el proporcionar defensa técnica al imputado dentro del proceso penal.

Conclusiones

1. A modo de conclusión general, relevante es destacar que el ordenamiento jurídico chileno se ajusta a lo señalado por los compromisos internacionalmente asumidos. Entre ellos Pacto San José Costa Rica, Convención interamericana de DDHH, entre otros. La CIDH, así también se ha pronunciado, con respecto a que la defensa debe ser **EFECTIVA** Como se abordo durante la investigación. Con respecto al- hoy por hoy- derecho irrenunciable a la asistencia de un letrado para el imputado en el proceso penal. Introducido por la ley 20.516.
2. Que la discusión centrada entre la irrenunciabilidad del derecho defensa y las actuaciones o más bien, las declaraciones del imputado sin abogado, carecen de asidero en lo que respecta a plantear su eventual Nulidad. Dicha controversia se resuelve en virtud de los conceptos que claramente ha distinguido la doctrina nacional e internacional.
3. Que dichos conceptos no son otros que el derecho a **defensa material** por un lado y por otro el derecho a **defensa técnica**. El primero renunciable por ser manifestación básica del derecho a defenderse de una persona de la acusación que se le haga por la persecución penal Estatal. Que le asiste desde antaño, como se examino. Con vestigios desde la *Carta Magna (1215),* pasando por la declaración del Estado de Virginia (1776), llegando hasta nuestros días. El segundo alude a la obligación del Estado de otorgar asistencia jurídica, y con ello defensa al imputado. La que por ende no es renunciable.
4. En directa relación con lo mencionado el derecho a guardar silencio, es una manifestación de la defensa material del imputado. Justamente su recaudo y detalle con la reforma que introdujo la ley 20.542.
5. Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas dentro del proceso penal, no estando la administración estatal, en ningún caso exenta de cumplir con este deber. Inclusive durante Estados de Excepción.

6. Que toda persona tiene derecho a asistencia letrada desde el primer momento en que se dirige en su contra la persecución penal estatal. Siendo vulnerada para la CIDH toda vez que se le imposibilita a la persona contar con un abogado para su defensa desde, justamente, la primera actuación del proceso.

7. Necesario es destacar que con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 20.516, la profesora Horvitz y el profesor Julián Lopéz "*la colisión de normas debe resolverse afirmando la* ***facultad*** *del imputado a obtener la designación de un defensor penal público desde la primera actuación del procedimiento y la* ***obligatoriedad*** *de la defensa técnica proporcionada por el Estado a partir de la primera audiencia a que sea citado el imputado"*

8. En la actualidad con el Estado de nuestras leyes- 20.516 y 20.592- se debe entender que el nombramiento del abogado defensor al imputado no debe superar la primera audiencia judicial. Y lo debe efectuar el Juez de garantía. Como bien señalaba en la Historia fidedigna del establecimiento de la ley 20.592 el profesor Tavolari *se está volviendo a la idea de un magistrado protector de derechos.*

9. En similar sentido el procesalista Julio Maier "*desde el primer momento que el procedimiento es seguido en su contra. No obstante para el caso de que el imputado no pueda designar su defensor, por su falta de recursos o por cualquier otra razón, el Estado acude en su auxilio, permitiéndole designar al defensor oficial".*

Bibliografía

- AGUILAR, Gonzalo, CASTELLETTI, Claudia, MARDONES Fernando. Los efectos en el derecho a defensa de la Ley N° 20.516 Reforma constitucional que establece la obligación de otorgar defensa penal y asesoría jurídica a las personas naturales que han sido víctimas de delitos y que no pueden procurárselas por sí mismas. Santiago : Minuta Defensoria Penal Pública, 2011. 13p.

- BASE jurisprudencial de la Corte Suprema. En línea Citado 24 Octubre 2012. Disponible en: www.pjud.cl

- BASE jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Línea Citado 15 Abril 2013. Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/>

- BIBLIOTECA Congreso Nacional. BCN. [En línea] Julio de 2011. [Citado el: 15 de agosto de 2012.]. Disponible en: < www.bcn.cl>

- BINDER, Alberto. Introducción al derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2000. 345 p.

- CONTRERAS, Roberto. Mas progreso. [En línea] 2011. [Citado el: 30 de Septiembre de 2012.] Disponible en: <http://www.masprogreso.cl/el-mito-de-la-omnipresencia-del-abogado-defensor-del-imputado/>

- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. La nueva justicia penal frente a la Constitución. Santiago: Lexis Nexis, 2006. 334 p.

- HORVITZ, María inés y LOPÉZ, Julián. Derecho Procesal Penal Chileno. Tomo 1. Santiago: Jurídica, 2004. 639 p.

- LEIVA, Carla y PASTOR, Daniel. Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Santiago: Legal Publishing, 2012. 661 p.

- MAIER, Julio. Derecho procesal penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1996. 918 p.

- MATURANA, Cristián y MONTERO. Raúl. Derecho Procesal Penal. 2ª.ed. Santiago: Legal Publishing, 2012. 1263 p.

- MORALES, Julio Cesar. Derecho a defensa técnica y a guardar silencio: irrenunciables por Constitución. Diario Chañarcillo. [En linea] 2011. [Citado el: 24 de Julio de 2011]. Disponible en: <www.chanarcillo.cl>

- NÚÑEZ, Miriam y HENRÍQUEZ, Juan Ignacio. 2011. Reforma al artículo 19 Nº 3 de la Constitución: ¿inconstitucionalidad del artículo 91 del CPP? Diario Constitucional. [En linea] 2011. [Citado el: 24 de Octubre de 2011]. Disponible en: <www.diarioconstitucional.cl>

- REBOLLEDO, Juan Carlos. El derecho irrenunciable a la asistencia de un abogado defensor y sus alcances. Diario Aysén. [En linea] 2011.[Citado el: 19 de Julio de 2011]. Disponible en: <www.diarioaysen.cl>

- RIOS, Rodrigo. Apuntes de Cátedra de Derecho Procesal Penal. Santiago, Chile: Universidad Finis Terrae, 2012. 322p.

- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 2003. 601 p.

- SALAS, Jaime. Derecho y proceso. [En línea] 27 de agosto de 2011. [Citado el: 19 de agosto de 2012.] Disponible en: http://jaimesalasastrain.blogspot.com/2011/07/comentarios-la-ley-n20516-reforma.html

- SUAREZ Sanchez, Alberto. El debido proceso penal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998. 321p.

- ZALAQUETT, José y NASH, Claudio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Revista de Derecho Procesal. Universidad de Chile, 1(20):61-97, 2005.

Anexos

ANEXO 1

LEY 20.516

LEY NÚM. 20.516

REFORMA CONSTITUCIONAL QUE ESTABLECE LA OBLIGACIÓN DE OTORGAR DEFENSA PENAL Y ASESORÍA JURÍDICA A LAS PERSONAS NATURALES QUE HAN SIDO VÍCTIMAS DE DELITOS Y QUE NO PUEDEN PROCURÁRSELAS POR SÍ MISMAS

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente Proyecto de Ley, iniciado en Moción de los Honorables Senadores señores Alberto Espina Otero, José García Ruminot y Baldo Prokurica Prokurica y de los ex Senadores señores Andrés Allamand Zavala y Sergio Romero Pizarro.

Proyecto de Reforma Constitucional:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en la Constitución Política de la República:

1. Efectúanse las siguientes enmiendas en el número 3° del artículo 19:

a.- Agrégase en el párrafo tercero la siguiente oración: "La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.".

b.- Intercálase el siguiente párrafo cuarto, pasando los restantes a tener el orden correlativo correspondiente:

"Toda persona imputada de delito tiene derecho irrenunciable a ser asistida por un abogado defensor proporcionado por el Estado si no nombrare uno en la oportunidad establecida por la ley.".

2.- Sustitúyese en el inciso primero del artículo 20, la primera vez que figura, la expresión "inciso cuarto" por "inciso quinto".".

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 24 de junio de 2011.- SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.- Cristián Larroulet Vignau, Ministro Secretario General de la Presidencia.- Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro del Interior y Seguridad Pública.- Felipe Bulnes Serrano, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda atte. a Ud., Claudio Alvarado Andrade, Subsecretario General de la Presidencia.

ANEXO 2

LEY 20.592

LEY NÚM. 20.592

DERECHO DE DEFENSA A LOS IMPUTADOS

Teniendo presente que el H. Congreso Nacional ha dado su aprobación al siguiente proyecto de ley, iniciado en una Moción de los Honorables Senadores señor Alberto Espina Otero, señora Soledad Alvear Valenzuela y señores José Antonio Gómez Urrutia, Hernán Larraín Fernández y Patricio Walker Prieto.

Proyecto de ley:

"Artículo único.- Introdúcense las siguientes enmiendas al Código Procesal Penal:

1) Agrégase, en el inciso primero del artículo 8°, las siguientes oraciones finales: "Todo imputado que carezca de abogado tendrá derecho irrenunciable a que el Estado le proporcione uno. La designación del abogado la efectuará el juez antes de que tenga lugar la primera actuación judicial del procedimiento que requiera la presencia de dicho imputado.".

2) Agrégase, en la letra g) del inciso segundo del artículo 93, remplazándose el punto y coma final (;) por un punto seguido (.), las siguientes oraciones: "Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 91 y 102, al ser informado el imputado del derecho que le asiste conforme a esta letra, respecto de la primera declaración que preste ante el fiscal o la policía, según el caso, deberá señalársele lo siguiente: "Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra.";".

3) Suprímese, en el inciso primero del artículo 102, la frase: "el ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien".".

Y por cuanto he tenido a bien aprobarlo y sancionarlo; por tanto promúlguese y llévese a efecto como Ley de la República.

Santiago, 22 de mayo de 2012.- SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República.- Rodrigo Hinzpeter Kirberg, Ministro del Interior y Seguridad Pública.- Teodoro Ribera Neumann, Ministro de Justicia.

Lo que transcribo a Ud. para su conocimiento.- Saluda atte. a Ud., Rodrigo Ubilla Mackenney, Subsecretario del Interior.