



UNIVERSIDAD
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE

FACULTAD DE DERECHO

MAGISTER EN DERECHO PÚBLICO:

TRANSPARENCIA, REGULACIONES Y CONTROL

**ANÁLISIS DEL CRITERIO VALENCIA, DESDE UNA PERSPECTIVA
NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL**

ANDREA HERNÁNDEZ CURIVIL

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae,
para optar al grado de Magister en Derecho Público.

Profesor Guía: ALEJANDRO LEIVA LÓPEZ

Santiago, Chile

2023

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	3
INTRODUCCIÓN.....	5
1. OFICIO DE LA FISCALIA NACIONAL N° 298/2023, CONOCIDO COMO “CRITERIO VALENCIA”	8
1.1. Desarrollo del Criterio Valencia.	9
2. CRITICAS AL CRITERIO VALENCIA.....	14
2.1 Normativa transgredida por el criterio Valencia.	16
2.2. La ampliación de la detención por no contar con un RUN provisorio transgrede el derecho a la libertad personal y la seguridad individual.	17
2.3. La imposición de una prisión preventiva, es excesiva y desproporcionada cuando sólo se justifica en que un extranjero no cuenta con RUN provisorio.	19
3. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA AMPLIACIÓN DE LA DETENCIÓN.....	21
3.1. Recurso de Amparo.	22
CONCLUSIONES.....	32
BIBLIOGRAFIA CITADA.....	35
Jurisprudencia citada.	36

RESUMEN

El presente artículo persigue dos objetivos. Primero, desarrollar el contenido del oficio de la Fiscalía Nacional de fecha 10 de abril de 2023, dictado por el Fiscal Nacional Carlos Valencia y el contexto social que ha motivado su dictación. Dicho oficio, tiene por objeto impartir instrucciones a los fiscales y abogados asistentes de fiscal para solicitar al respectivo Juzgado de Garantía, ampliar la detención y en su caso solicitar la prisión preventiva respecto de personas extranjeras que no cuentan con RUT provisorio y que no tengan visa de turista vigente. Además, de realizar un análisis crítico de su contenido y la normativa jurídica aplicable. En segundo lugar, se analiza el criterio jurisprudencial de las Cortes de Apelaciones, al pronunciarse sobre los recursos de amparo interpuesto por la defensa, en los casos que se ha ampliado la detención, bajo el argumento del criterio Valencia.

Palabras claves: Criterio Valencia, ampliación de la detención, prisión preventiva, RUT provisorio, extranjeros.

Abstract

This article pursues two objectives. First, develop the content of the official letter from the National Prosecutor's Office dated April 10, 2023, issued by the National Prosecutor Carlos Valencia and the social context that motivated its issuance. The purpose of this document is to give instructions to prosecutors and assistant prosecutor lawyers to request the respective Guarantee Court to extend the detention and, where appropriate, request preventive detention with respect to foreigners who do not have a provisional RUT and who do not have a visa. of current tourist. In addition, carrying out a critical analysis of its content and the applicable legal regulations. Secondly, the jurisprudential criterion of the Courts of Appeals is analyzed, when ruling on the amparo appeals filed by the defense, in cases where the detention has been extended, under the argument of the Valencia criterion.

Key words: Valencia Criterion, extension of detention, preventive detention, provisional RUT, foreigners.

INTRODUCCIÓN

En Chile, desde hace varias décadas el flujo migratorio ha aumentado considerablemente, lo cual ha sido una de las principales preocupaciones para el Estado y sus políticas públicas. Sumado a esto, hemos visto un creciente aumento de la población migrante de carácter irregular, esto es, extranjeros que ingresan al país por pasos no habilitados. Sin existir un control migratorio, documentación, pasaportes de por medio, lo cual hace difícil para el Estado de Chile, tener un control y estadísticas sobre la población extranjera en condición irregular, una realidad que no ha podido ser frenada, por parte del poder ejecutivo. Como cabría esperar, efectivamente se aprecia un aumento significativo en las cifras de ingresos irregulares, durante el primer semestre del año 2020 (enero a julio), basado en la información entregada por la Policía de Investigaciones de Chile (PDI), se registraron 23.673 ingresos irregulares por pasos no habilitados, que es aproximadamente un 41% superior a toda la cifra registrada durante el año anterior (2020), donde se detectaron 16.848 casos.¹ Ahora bien, en relación a la creciente oleada de migrantes, muchos de ellos en calidad de irregular y provenientes de países que sufren crisis políticas y económicas, como Venezuela, Colombia y Haití. Según un estudio de la Universidad de Talca del año 2019, los principales aspectos negativos percibidos por los chilenos acerca de la inmigración son los relacionados con la delincuencia (35,3%), la sobrepoblación (16,2%), la competencia laboral (14,7%) y la pérdida cultural (11,1%).²

Tal fenómeno migratorio, ha traído como consecuencia la entrada en vigencia de la Ley N° 21.325 sobre Migración y Extranjería, con fecha 12 de febrero de 2022, la cual pretende modernizar y robustecer la institucionalidad migratoria en el país. Una de las innovaciones que tuvo dicha ley, en relación a la normativa anterior, es la no criminalización de la residencia irregular y eliminación de sanciones penales para infracciones migratorias.

Sin embargo, si la percepción de la mayoría de los chilenos respecto de la migración irregular era negativa y se asociaba a la delincuencia, ésta se vio aumentada este año con dos

¹ Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) (2022). Migración en Chile. Lecciones y desafíos para los próximos años: Balance de la Movilidad Humana en Chile 2018 - 2022. SJM: Santiago, Chile.

²http://www.cenem.otalca.cl/docs/publicaciones/INFORME_PERCEPCION_DE_LOS_CHILENOS_SOBRE_LA_INMIGRACION2.pdf

crímenes en contra de carabineros, en los cuales presuntamente tendría participación personas extranjeras en situación migratoria irregular. El primero de ellos, fue con fecha 12 de marzo de 2023, durante una fiscalización a una botillería que estaba funcionando fuera de horario legal, un funcionario de carabineros, el cabo primero de carabineros Alex Salazar falleció en ejercicio de sus funciones, siendo sindicado como autor del delito un ciudadano de nacionalidad venezolana y formalizado por los delitos de homicidio a Carabinero en servicio en grado de consumado; dos delitos de maltrato de obra a Carabineros con lesiones leves; y conducción en estado de ebriedad, quedando en prisión preventiva, la cual se ha mantenido al día de hoy. Posteriormente, con fecha 5 de abril de 2023, en un caso criminal que conmocionó al país, el funcionario de Carabineros en el desempeño de sus funciones, cabo Daniel Palma, es asesinado por 3 sujetos de nacionalidad extranjera, con antecedentes penales pretéritos, quienes sacaron un arma de fuego y percutaron dos disparos en su cráneo, falleciendo horas más tarde.

Como consecuencia de todo lo anterior, con fecha 10 de abril de 2023, la Fiscalía Nacional, dicta un oficio de carácter general y obligatorio en el cual se ordena a todos los fiscales solicitar ampliar la detención por un máximo de 3 días a todos los extranjeros, con o sin documentación oficial de su país de origen o pasaporte, que no cuenten con RUN provisorio, con la finalidad de obtener dicho dato. Del mismo modo, si en la audiencia de formalización no se cuenta con RUT provisorio, se ordena a los fiscales pedir prisión preventiva y apelar ante la Corte de Apelaciones respectiva, si no se da lugar a dicha solicitud. Dicho oficio de Fiscalía Nacional fue denominado “criterio Valencia”, dado que su autor era el recién nombrado Fiscal Nacional y fue objeto de múltiples críticas por parte de la ciudadanía por estimarlo discriminatorio y no cumplir con la finalidad de las medidas cautelares. Si bien es facultativo para Ministerio Público solicitar ampliación de la detención o prisión preventiva, la principal crítica ha sido que no discrimina el delito por el cual se detiene y se solicita sólo por tratarse de una persona extranjera que no cuenta con un número de identificación chilena, sin analizar las circunstancias del caso en concreto. De esta manera, han sido muchas las opiniones que consideran este criterio, como una forma de sancionar la migración irregular.

El presente trabajo tiene por objeto analizar en detalle el Oficio Nacional N° 298/2023, de fecha 10 de abril de 2023, denominado coloquialmente como “Criterio Valencia”, desarrollando cada punto de él y relacionándolo con la normativa procesal penal. En segundo lugar, se plantea las críticas a dicho oficio relacionándolo a la normativa legal, constitucional y las normas de derecho internacional que son vinculantes a nuestro ordenamiento vía bloque de constitucionalidad. Más aún si consideramos que la institución de la ampliación de la detención y prisión preventiva constituyen una trasgresión al derecho constitucionalmente reconocido de libertad personal y seguridad individual, por lo cual, si aplicación debe ser excepcional, fundada y de ultima ratio. En relación a ello, se explicará cuál es la finalidad de las medidas cautelares y los principios que la sustentan. En tercer lugar, se expondrá los principales fundamentos de las Cortes de Apelaciones en relación a la ampliación de la detención con la finalidad de obtener un RUT provisorio, la cual ha conocido vía recurso de amparo presentado por las defensas. Si bien el criterio Valencia presenta dos aristas, por una parte, la ampliación de la detención y por otra la prisión preventiva, el presente trabajo sólo analizará la jurisprudencia en torno a la ampliación de la detención, examinando las distintas perspectivas y argumentos presentados por las Cortes de Apelaciones de Arica, Antofagasta y Valparaíso, así como en otras regiones del país.

1. OFICIO DE LA FISCALIA NACIONAL N° 298/2023, CONOCIDO COMO “CRITERIO VALENCIA”.

En atención a lo señalado anteriormente, es que con fecha 10 de abril de 2023, el Fiscal Nacional Ángel Valencia, mediante oficio FN N°298/2023, imparte instrucción general sobre nuevos criterios de actuación respecto de imputados sujetos a audiencia de control de detención que no cuenten con un documento identificadorio.

“En dicho contexto, se instruye a todos los fiscales del Ministerio Público solicitar la medida cautelar personal de prisión preventiva establecida en el artículo 140 del Código Procesal Penal, concurriendo los presupuestos materiales contenidos en las letras a) y b) de dicha norma, fundado en lo señalado en la letra c) de esa disposición, esto es, en la existencia de peligro de fuga en todos aquellos casos de imputados por cualquier clase de delito que fueran pasados a audiencia de control de detención, que en caso de no contar con un documento identificadorio chileno que permita acreditar su identidad en relación a la referida necesidad de cautela”.³

Al respecto, cabe señalar que el instructivo general de la Fiscalía, es un oficio obligatorio sólo para los fiscales y abogados asistentes de fiscal, que comparezcan a las diversas audiencias penales. No constituye ley, no es obligatorio ni vinculante para los tribunales de justicia ni tampoco, un obstáculo para las peticiones que pueda realizar la defensa, en oposición a la ampliación de la detención y la solicitud de prisión preventiva en su caso. Conforme al artículo 17 de la Ley Orgánica Constitucional N° 19.640 que crea el Ministerio Público, se señala que corresponde al Fiscal Nacional impartir instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos constitutivos de delitos, el ejercicio de la acción penal, y la protección de víctimas y testigos. Los instructivos son instrucciones de carácter general que el Fiscal Nacional, como jefe superior de la Fiscalía de Chile y responsable de su funcionamiento, en uso de sus facultades y atribuciones legales, dicta para el cumplimiento de las finalidades ya expresadas.

³ Oficio de la Fiscalía Nacional N°298/2023, de fecha 10 de abril de 2023.

Es necesario tener presente que ninguna instrucción, criterio de actuación, oficio u otros instrumentos que emanen del Ministerio Público, puede modificar las normas constitucionales, de derecho internacional de los Derechos Humanos, ni legales que regulen la privación de la libertad de las personas en Chile.

1.1. Desarrollo del Criterio Valencia.

a) Los imputados extranjeros detenidos, que tengan cédula de identidad o pasaporte, pero no tengan RUN provisorio chileno, deberán pasar a control de detención por la comisión de un crimen o simple delito. Es importante destacar, que se exceptúa a dicha regla, tratándose de extranjeros que hayan ingresado a Chile de manera regular, en calidad de turista, pero sólo durante la vigencia de dicha calidad, a la época en que se lleve a cabo la audiencia de control de detención. De conformidad a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, los fiscales deben corroborar que las policías y carabineros hayan informado a los detenidos extranjeros de su derecho a contar con asistencia consular.⁴

Lo relevante, de este punto, es que la instrucción, no pretende que todos los extranjeros que no cuenten con RUT provisorio, al cometer un simple delito o crimen pasen inmediatamente a control de detención, si cumplen adecuadamente con la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, encontrándose dentro de la categoría migratoria de turista. Lo cual,

⁴ Artículo 36 de la Convención de Viena: “1. Con el fin de facilitar el ejercicio de las funciones consulares relacionadas con los nacionales del Estado que envía:

a) los funcionarios consulares podrán comunicarse libremente con los nacionales del Estado que envía y visitarlos. Los nacionales del Estado que envía deberán tener la misma libertad de comunicarse con los funcionarios consulares de ese Estado y de visitarlos;

b) si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deberán informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando, en su circunscripción, un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva. Cualquier comunicación dirigida a la oficina consular por la persona arrestada, detenida o puesta en prisión preventiva, le será asimismo transmitida sin demora por dichas autoridades, las cuales habrán de informar sin dilación a la persona interesada acerca de los derechos que se le reconocen en este apartado;

c) los funcionarios consulares tendrán derecho a visitar al nacional del Estado que envía que se halle arrestado, detenido o en prisión preventiva, a conversar con él y a organizar su defensa ante los tribunales. Asimismo, tendrán derecho a visitar a todo nacional del Estado que envía que, en su circunscripción, se halle arrestado, detenido o preso en cumplimiento de una sentencia. Sin embargo, los funcionarios consulares se abstendrán de intervenir en favor del nacional detenido, cuando éste se oponga expresamente a ello”.

en un país tan turístico como el nuestro, es común que ingresen extranjeros y que por distintas razones puedan cometer algún delito, pero portando su adecuada identificación, ya sea pasaporte o cedula de identidad nacional (para el caso de los nacionales de los países que integran el Mercosur y que sólo exigen como documento de viaje la cédula de identidad nacional, según el Decreto 239, individualiza los documentos de viaje de los Estados Partes del Mercosur y Estados Asociados.

Cabe tener presente que el oficio de Fiscalía Nacional N°298/2023, sólo tiene aplicación para los detenidos por crímenes o simple delitos, exceptuando de tal, a los responsables de faltas penales, cumpliendo con lo dispuesto en el artículo 124 inciso 1° del Código Procesal Penal.⁵

b) Tratándose de los extranjeros que no cuenten con RUT provisorio, en la audiencia de control de detención, los fiscales deberán solicitar al Tribunal que se oficie al Registro Civil e Identificación para su obtención, debiendo dicha institución informar directamente al Tribunal en el más breve plazo. Además, el fiscal deberá solicitar al Departamento de Extranjería de la Policía de Investigaciones de Chile información sobre la fecha de ingreso al país del extranjero y si lo hizo por paso habilitado o no y su situación migratoria actual. Dicha circunstancia será relevante para fundamentar el peligro de fuga del imputado extranjero, en caso de solicitar la prisión preventiva.

c) Dado que el Servicio de Registro Civil e Identificación, no cuenta inmediatamente o en el menor tiempo posible con los nuevos RUT provisorios que se otorgarán a los detenidos extranjeros, se instruye a los fiscales a solicitar la ampliación de la detención por el plazo de 3 días conforme al artículo 132 inciso 3° del Código Procesal Penal⁶, señalando

⁵ Artículo 124 del Código Procesal Penal: “Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación”.

⁶ Artículo 132 inciso 3° del Código Procesal Penal: “En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encuentre presente el defensor del imputado. En el caso de que no pueda procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuación en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida”.

como argumento la necesidad de contar con un RUN provisorio para asegurar el correcto registro e identificación del imputado extranjero como un fin del procedimiento.

Si bien, el artículo 132 del Código Procesal Penal, no señala expresamente como un motivo para solicitar la ampliación de la detención, la falta de RUT provisorio del detenido extranjero. Lo cierto es que la norma no establece ejemplos, sólo se limita a señalar que el Tribunal puede acceder a la ampliación de la detención a solicitud del fiscal cuando no pudiese proceder a formalizar la investigación y solicitar medidas cautelares, por no contar con los antecedentes necesarios o por no encontrarse presente el defensor (lo que en términos prácticos es poco probable, ya que, en ausencia de un defensor de confianza del imputado, siempre habrá un defensor penal público). La ampliación de la detención constituye una medida privativa de libertad, lo que en consecuencia vulnera la garantía de libertad individual, por lo cual su aplicación debe ser excepcional, de ultima ratio y debidamente fundada. Más aun considerando, que dicho imputado adquiere la calidad de detenido en tránsito, siendo puesto a disposición de Gendarmería de Chile y cumpliendo la medida cautelar en Recintos Penitenciarios.

Sin perjuicio, que como se señaló previamente, dicho instructivo sólo es obligatorio para el fiscal, pero en definitiva quien toma la decisión de conceder o no la ampliación de la detención es el Juez, para quien no es vinculante el Oficio N° 298/2023. Es por ello, que el Juez de Garantía debe realizar un caso de ponderación para establecer si es procedente o no la ampliación de la detención. *“El examen del juez debiera incluir, a nuestro modo de ver, un juicio de probabilidad acerca de la posibilidad de que se produzcan antecedentes que justifiquen una solicitud posterior de prisión preventiva y, por otra, la consideración de que la falta de dichos antecedentes en la audiencia de control no es imputable al ministerio público”*.⁷

d) En caso de ampliarse la detención, los fiscales en dicha audiencia deberán solicitar al Tribunal el resultado de la información solicitada al Servicio de Registro Civil e Identificación para la obtención de RUN provisorio del extranjero. En caso, de que se contare con el RUN provisorio y se informa en la audiencia, Fiscalía procederá conforme a las reglas generales de medidas cautelares, podría estimar que no es necesario solicitar alguna de ellas

⁷ HORVITZ Y LOPEZ (2002), p 388.

si se trata de un delito de menor entidad o las circunstancias del caso no lo ameritan, o solicitar lisa y llanamente una medida cautelar del artículo 155 del Código Procesal Penal.

e) Una vez transcurridos los 3 días de ampliación de la detención, el fiscal debe formalizar por el delito en cuestión, pero si el RUN provisorio aún no es informado por el Servicio de Registro Civil e Identificación por estar pendiente, debe solicitar la medida cautelar de prisión preventiva para asegurar la realización y obtención del RUN provisorio y la plena identificación del imputado como un fin del procedimiento y evitar un peligro de fuga, con el objetivo que estos imputados extranjeros no obtengan la libertad sin contar con su debido registro e identificación en el país. Con la finalidad de no terminar la causa penal en dicha audiencia, la instrucción de Fiscalía Nacional es no ofrecer salidas alternativas sino se cuenta con el RUN provisorio, tratándose de simples delitos, cuando procedan dichas formas de término anticipado.

Se debe tener presente que el Servicio de Registro Civil suele demorar bastante tiempo en realizar el trámite de obtención del RUN provisorio (trámite conocido como CANJE PENAL), lo cual implica tomar huellas digitales y asignar un RUT provisorio. Por lo que es altamente probable que no logre hacerlo en el plazo de la ampliación.

f) En los casos en que el Tribunal decreta la prisión preventiva y la defensa solicita reemplazar la medida cautelar a una caución, conforme al artículo 146 del Código Procesal Penal, por haberse decretado por peligro de fuga. Dicha norma permite el reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica cuando se impone para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena. *“El aseguramiento de la comparecencia del imputado no es una finalidad generalmente autorizada por la ley como justificación de la prisión preventiva, sino solo en los casos en que el imputado no cumple oportunamente con su deber de comparecencia”*⁸. El instructivo señala que el fiscal debe oponerse a la petición de la defensa y en caso de haberse acogido por el Tribunal, el fiscal debe apelar a dicha resolución.

⁸ HORVITZ Y LOPEZ (2002), p 424.

g) En los casos, en que el Juzgado de Garantía rechaza la medida cautelar de prisión preventiva en contra del imputado que no cuenta con un RUN provisorio y de esta manera con una identidad no acreditada, el fiscal debe apelar de dicha resolución.

h) Ahora bien, en los casos en que el Tribunal decreta la prisión preventiva, o en caso de no acogerla, la Fiscalía apela de dicha resolución y la Corte de Apelaciones revoca dicha resolución, ordenando la prisión preventiva del imputado extranjero. Se fija audiencia de revisión de prisión preventiva respecto del imputado sin RUN provisorio y estando pendiente la información por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación, los fiscales deben oponerse a la sustitución de la prisión preventiva por otra cautelar de menor intensidad, por estimar que no han variado las circunstancias que tuvo el tribunal para decretarla, solicitando que se pida cuenta a dicho servicio público del RUN provisorio del imputado. Si el Tribunal decide revocar la medida cautelar más intensa que contempla el ordenamiento jurídico, el Ministerio Público debe apelar de la resolución.

2. CRITICAS AL CRITERIO VALENCIA.

Como bien se dijo anteriormente, las instrucciones generales emitidas por el Fiscal Nacional sólo son vinculantes para los funcionarios del Ministerio Público, pero no constituyen ley, no es mandato legal para el poder judicial y tampoco puede ser un obstáculo para ejercer la labor de la defensa penal de un imputado. En consecuencia, la magistratura para determinar si es procedente o no la ampliación de la detención o la prisión preventiva de un imputado extranjero que no cuente con RUN provisorio, debe regirse por el mismo estándar que ha existido desde antes del Oficio N° 298/2023 de la Fiscalía Nacional.

Cabe destacar, que el denominado “Criterio Valencia” se torna arbitrario y discriminatorio, toda vez que plantea una exigencia que no se encuentra planteada por la ley para decretar una privación de libertad de una persona por el sólo hecho de ser extranjera y no contar con un RUN provisorio, a pesar de tener documentación oficial que permita su identificación como pasaporte o DNI de su país de origen. Dicho criterio no pondera el delito por el cual se formaliza, que puede ser de menor entidad como lesiones menos graves o un hurto simple, que no tengan asignada pena de crimen y sin analizar las circunstancias concretas en relación a la persona imputada como un grupo en situación de vulnerabilidad. No distingue si se trata de mujeres embarazadas, o personas con alguna discapacidad o enfermedad grave o si es adulto mayor. Puede incluir además a personas que no cuenten con ingresos en el sistema penal, que les beneficie la atenuante de irreprochable conducta anterior o que puedan ser candidatos objetivos de alguna salida alternativa. A esto, se debe considerar que los imputados cuya detención fue ampliada deben cumplirla en recintos penitenciarios, muchas veces colapsados y que fueron creadas inicialmente para condenados y presos preventivos.

El artículo 7° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece como requisito de la prisión preventiva su razonabilidad. Para que la aplicación de la prisión preventiva en un caso concreto resulte razonable, debe responder a una finalidad legítima y ser necesaria, idónea y proporcional para cumplir con dicha finalidad.

En consecuencia, de conformidad con las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos, no procede establecer el peligro procesal ni fundar la

necesidad de la prisión preventiva a partir de la sola condición migratoria irregular del imputado, sino que deben evaluarse todas las circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

Ni el ingreso irregular, ni permanecer en Chile en condición migratoria irregular, son constitutivos de delito. En efecto, la Ley N° 21.325 derogó el DL N°1094 que, hasta el año 2022, era uno de los cuerpos normativos que regulaba la migración. En la normativa derogada se contemplaba el ingreso ilegal como delito sancionado con pena privativa de libertad. Es más, el artículo 9° de la ley N° 21.325 dispone expresamente que *“la migración irregular no es constitutiva de delito”*.

Estimamos que el fondo de la discusión es poder determinar si el imputado extranjero que comparece a una audiencia de control de detención, puede, de cualquier manera, corroborar su identidad. Previo a la doctrina Valencia, era muy común que extranjeros que ingresaron por pasos fronterizos no habilitados y que no contaban con RUN provisorio, fueran detenidos, pasaran a control de detención y se identificaban mediante su pasaporte o su cédula de identidad nacional, ya que se trata de instrumentos públicos que tienen plena validez. El instructivo del Fiscal Nacional, parece reconocer como único documento válido para acreditar identidad en Chile a aquel documento proporcionado por autoridades chilenas, cédula de identidad nacional o RUN provisorio, lo cual contradice la normativa nacional sobre la materia y los acuerdos internacionales suscritos por Chile, y que se encuentran vigentes, como son, por vía de ejemplo, el artículo 24 inciso 2° de la ley N° 21.325, la Resolución Exenta N° 309, de fecha 15 de febrero de 2023, del Ministerio de Relaciones Exteriores o el Decreto N.° 239 de fecha 16 de diciembre del 2008 del Ministerio de Relaciones Exteriores que promulga el Acuerdo sobre documentos de viaje de los estados parte del MERCOSUR y Estados Asociados. El primer estándar que debe satisfacer una petición de la Fiscalía de ampliar una detención o de decretar una prisión preventiva a un migrante irregular es la razonabilidad y proporcionalidad de la petición; luego, si se cumplen las exigencias de las letras a) y b) del artículo 140 del Código Procesal Penal. El oficio de Fiscalía, no hace distinción alguna sobre el caso a caso de cada migrante irregular.

2.1 Normativa transgredida por el criterio Valencia.

En primer lugar, el criterio Valencia constituye una infracción a la garantía constitucional de libertad personal, ya que la regla general es la libertad de las personas y sólo en casos excepcionales y debidamente fundados puede ser coartado ese derecho. La detención o prisión preventiva sólo puede decretada en los casos en que la ley lo establece y cuando el juez lo estime como necesario para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. En específico, transgrede el artículo 19 n° 7 de nuestra Constitución Política de la República.

Además, dicho criterio se torna discriminatorio para los extranjeros que por distintas razones no cuentan con RUT provisorio, a pesar de contar con documentación oficial como pasaporte o cédula de identidad de sus países de origen, constituyendo una infracción al artículo 19 n°2 de la Constitución Política, que asegura a todas las personas, nacionales o extranjeras, un trato igualitario ante la ley.

En relación a lo anterior, debe tenerse en cuenta el principio de legalidad del artículo 6 de nuestra Constitución Política, que obliga a todos los órganos del Estado, incluido el Ministerio Público a someter su actuar a la Constitución y a las normas dictadas en conformidad a ella, con pleno respeto al principio de legalidad.

Además, de conformidad al bloque de constitucionalidad, debe tenerse en consideración el artículo 7 n°2 del Pacto de San José de Costa Rica⁹, en relación a que nadie puede ser privado de libertad, salvo en los casos que la Constitución y las leyes lo dispongan. Del mismo modo lo establece el artículo 9 n° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰.

⁹ Artículo 7 N°2 del Pacto de San José de Costa Rica: “(...) 2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”.

¹⁰ Artículo 9 N°1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta”.

Del mismo modo, lo establece la normativa legal, en el artículo 5 del Código Procesal Penal, además de agregar que las disposiciones que dicen relación con la restricción de libertad o de otros derechos del imputado deben ser interpretados restrictivamente.¹¹ También existiría una transgresión a la finalidad misma de las medidas cautelares, en cuanto deben entenderse como un fin procesal y no una pena anticipada, lo cual es reconocido expresamente por el artículo 122 del Código Procesal Penal.¹²

Para finalizar existiría una transgresión al artículo 132 inciso tercero del Código Procesal Penal, ya que en dicha norma se establece que el fiscal puede solicitar la ampliación de la detención hasta por 3 días para preparar su presentación, es decir, la formalización y solicitud de medidas cautelares. Sin embargo, la sola ausencia del RUT provisorio no es un impedimento para formalizar, ya que, previo al criterio Valencia los imputados extranjeros se identificaban con su pasaporte o cedula de identidad de su país de origen, sin necesidad de obtener un RUT provisorio para proceder a comunicar los hechos que se están investigando. Generalmente la ampliación de la detención es una institución aplicable a casos en que no se cuenta con antecedentes de investigación necesario para formalizar, como el caso de faltar la autopsia en un caso de homicidio.

2.2. La ampliación de la detención por no contar con un RUN provisorio transgrede el derecho a la libertad personal y la seguridad individual.

Resulta imperioso preguntarnos para aclarar ese punto ¿Cuáles son los fines del proceso? Ya el art. 19 N°7 letra e) nos da luces sobre lo anterior al prescribir que la libertad

¹¹ Artículo 5 del Código Procesal Penal: “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad. No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes. Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

¹² Artículo 122 del Código Procesal Penal: “Finalidad y alcance. Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”.

del imputado es la regla general, salvo que su detención o prisión preventiva sea necesaria *“para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”*. En este sentido Falcone explica que *“La regulación general se encuentra en la letra e), inciso 1, de la disposición, que en lo pertinente indica: “La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad”. De aquí se extraen tres fines del procedimiento aplicables a la detención. Más que criticarlos, interesa considerar que la Constitución dispone que, alguno de ellos, debe estar presente y vincularse con la medida que se decreta”*.¹³

Por ejemplo, en los casos en que la libertad de un imputado extranjero no es un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima, e igualmente se haya dictado la prisión preventiva. Por ejemplo, cuando es formalizado por un delito que no tenga asignada pena de crimen, tenga irreprochable conducta anterior, tenga antecedentes sociales, laborales o familiares que permitan acreditar un arraigo social o domiciliario. En consecuencia, queda dilucidar si el obtener el RUT provisorio es un fin del proceso penal. Para ello es menester definir que entendemos por fines del proceso *“Por esta razón se ha dicho que las medidas cautelares personales no pueden tener, ni siquiera implícitamente, un carácter sancionatorio, sino que deben estar orientadas exclusivamente a la obtención de fines procesales. En otras palabras, las medidas cautelares no pueden estar destinadas a cumplir las finalidades retributivas o preventivas generalmente asociadas a la pena. Esta noción se encuentra consagrada, con categoría de principio, en el artículo 122 CPP conforme al cual “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento...”*. Aunque la ley no expresa cuáles son estos fines, se ha dicho a menudo que son dos: *el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal”*.¹⁴

En consecuencia, la obtención de un RUN provisorio no es un fin del procesal penal, no tiene relación con la búsqueda del establecimiento de la verdad o de la actuación de la ley penal. Se trata más bien de un aspecto de carácter administrativo, que como bien ocurría con

¹³ FALCONE (2012), p 478.

¹⁴ HORVITZ Y LOPEZ (2002), p 346.

anterioridad al Criterio Valencia, no impide al Ministerio Público formalizar la investigación ni solicitar medidas cautelares. El ente acusador cuenta con los antecedentes necesarios para formalizar la investigación y solicitar cautelares, por algo, paso a control de detención al imputado. Existe un parte de detención, declaraciones de víctima o testigos, acta de apercibimiento del artículo 26 del Código Procesal Penal, por consiguiente, no se encuentra en una hipótesis propia del art. 132 inciso tercero de dicho cuerpo normativo. En el caso de que la magistratura decida ampliar la detención, transgrede el supuesto normativo del art. 132 inciso tercero del CPP.

Por último, la ampliación de la detención de un extranjero que ingresó al país por paso no habilitado y que no cuenta con RUN provisorio, transgrede gravemente el principio de proporcionalidad en sentido estricto y de necesidad, ambos recogidos en el inciso primero del art. 122 del CPP. No es indispensable la privación de libertad del individuo para obtener un RUT provisorio, ni tampoco se asegura que producto de dicha privación de libertad necesariamente se va a lograr aquel resultado, como se mencionó anteriormente, muchas veces PDI demora más de 3 días en obtener un RUN provisorio. Asimismo, cuando ponderamos la privación de libertad de una persona por tres días, para obtener un fin administrativo, no existe coherencia y adecuación entre la afectación total de una garantía fundamental para aquella finalidad de índole administrativo y migratorio.

2.3. La imposición de una prisión preventiva, es excesiva y desproporcionada cuando sólo se justifica en que un extranjero no cuenta con RUN provisorio.

Todas las personas, en virtud de su dignidad humana, están protegidos por el derecho internacional de los derechos humanos, sean nacionales o extranjeros, sin discriminación alguna, independientemente de su categoría migratoria o situación administrativa. No es posible fundar la solicitud de prisión preventiva en la situación migratoria irregular, pues atenta contra el principio de igualdad y no discriminación en la persecución penal. Cuando se decreta una prisión preventiva debe considerarse el principio de proporcionalidad en sentido estricto, de necesidad y excepcionalidad, recogidos en el inciso primero del artículo 122 y el artículo 139 del Código Procesal Penal.

Que, el Tribunal decreta una prisión preventiva sólo en base, a que un extranjero que no cuenta con RUN provisorio resulta excesivo y desproporcionado, además de infringir la finalidad legítima de la medida cautelar más grave que contempla nuestro ordenamiento jurídico.

En cuanto a la finalidad legítima de la prisión preventiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido que: *“la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo- generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto”*.¹⁵

Asimismo, la Corte IDH ha sostenido que los elementos que constituyen la finalidad legítima deben acreditarse en el caso concreto: *“El peligro de fuga no puede medirse únicamente sobre la base de la gravedad de la posible pena a imponer. Debe evaluarse con referencia a una serie de otros factores relevantes que pueden confirmar la existencia de un peligro de fuga, como por ejemplo aquellos relacionados con el hogar, ocupación, bienes, vínculos familiares y todo tipo de vínculos con el país en el que está siendo procesado”*¹⁶

El mero hecho de que se trata de tratarse de extranjeros en situación irregular en Chile, que hayan ingresado por paso fronterizo no habilitado, que no cuenten con un RUN provisorio o no contar con un lugar de residencia determinado en el país no obsta que, mientras dura el proceso y los imputados se encuentren amparados por la presunción de inocencia, pueda dictarse una medida cautelar del artículo 155 del Código Procesal Penal, para asegurar la comparecencia al proceso cuando sean requeridos por el Tribunal o en la ejecución de una eventual sentencia condenatoria.

¹⁵ Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.

¹⁶ Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 15 de octubre de 2019, párr. 105.

3. JURISPRUDENCIA EN RELACIÓN A LA AMPLIACIÓN DE LA DETENCIÓN.

En cuanto a la posición jurisprudencial de los tribunales sobre la materia, una vez adoptado el criterio ya mencionado por las diversas Fiscalías del país, se produjo una serie de resoluciones en las magistraturas inferiores, dando como consecuencia la acogida del Criterio Valencia por algunos sentenciadores, y el rechazo bajo los mismos supuestos de hecho, por otros. En cuanto a las peticiones del Ministerio Público, amparadas en la doctrina del nuevo Fiscal Nacional, si bien se analizó en el punto 2 se limitarían a la solicitud de dos instituciones procesales, la medida cautelar de “prisión preventiva”, y la “ampliación de la detención”. Debido a la importante falta de certeza jurídica, la labor de armonización recayó sobre los tribunales superiores de justicia, en este caso las Cortes de Apelaciones de las distintas jurisdicciones.

Respecto a la Excelentísima Corte Suprema, su ausencia sobre esta materia, se debe principalmente a la provisionalidad de las medidas solicitadas por el Ministerio Público, y la inmediatez en la resolución del conflicto, por la seguridad de las garantías de la persona imputada involucrada. No siendo compatible este último punto en muchos de los casos, con el lato procedimiento que significaría la aplicación de una estrategia procesal que obligue a la Excelentísima Corte Suprema de Justicia a pronunciarse sobre la materia, como sería la apelación al fallo de primera instancia sobre el recurso de amparo respecto a la ampliación de la detención.

En cuanto a las resoluciones que se expondrán sucintamente a continuación, es importante destacar que el factor común será la institución del artículo 132 del Código Procesal Penal, la “ampliación de la detención”, esto debido a que los tribunales centraron sus diferencias en este punto, donde fue más patente la aplicación del Criterio Valencia sólo porque el detenido no contaba con un RUN provisorio. En este artículo académico se ha dejado de lado la discusión respecto a la imposición de la prisión preventiva sólo en base a los argumentos del Criterio Valencia, debido a que el estándar de exigencia que estableció el legislador para su procedencia es alto, ya que según el artículo 139 y 140 del Código Procesal, establecen que se debe acreditar primeramente el presupuesto material de la medida cautelar

y en segundo lugar la necesidad de cautela, dificultándose por normativa nacional la concesión de la prisión preventiva, sólo en base a los argumentos del Criterio Valencia.

Con lo anterior el Ministerio Público al solicitar la prisión preventiva, si bien argumentó la circunstancia de que una persona extranjera no cuenta con RUN provisorio para efectos de sustentar la petición de la medida cautelar de ultima ratio de nuestra legislación, en la mayoría de los casos, solo se expuso como una argumentación accesoria, a las argumentaciones que pudieran plantearse con motivo de delitos de carácter grave o que tengan asignada una pena de crimen. En cambio, tratándose de la ampliación de la detención, en que muchos casos como se evidenciará, se solicitaron sólo en base a tratarse de una persona extranjera y que no cuenta con RUN provisorio, sin exponer otros argumentos de fondo distintos a los migratorios.

Las herramientas de revisión de la libertad individual, esgrimidas por la defensa respecto de la ampliación de la detención se traducen en el “Recurso de Amparo”, debido a que constituye la vía más rápida y eficaz. La organización de la poca jurisprudencia de Corte de Apelaciones sobre la materia se ordenará de la misma forma, pero con la distinción en aquellos casos en que se acogió, y en los que se rechazó.

3.1. Recurso de Amparo.

En la búsqueda de jurisprudencia sobre la materia, se debe destacar que el problema, se manifiesta sectorialmente en las Cortes de Apelaciones de las jurisdicciones de Arica, Antofagasta, y Valparaíso. Sin perjuicio de que, se trate en menor medida en otras regiones del sur país, como evidenciará en el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia que se expondrá.

En cuanto al criterio predominante de las Cortes de Apelaciones del país, destacan los siguientes argumentos esgrimidos por los ministros para efectos de plantear un rechazo a las acciones de amparos presentadas por la defensa de las personas imputadas.

En múltiples casos, una de las argumentaciones planteadas por la defensa para efecto de oponerse a la medida de ampliación de la detención, radica en la idoneidad de los

documentos extranjeros, para establecer la identidad de una persona. En respuesta, el Ministerio Público difiere, estimando que no existe suficiente veracidad en los datos que se contienen, puesto que, siendo un registro nacional de otros países, carecería de confiabilidad, no siendo suficiente por tanto la presentación de instrumentos emitidos por autoridad extranjera. En consecuencia, debe accederse a la ampliación de la detención, hasta que se obtenga un RUN provisorio, que permita establecer conforme a la fe pública del Estado de Chile, una certeza en la identidad de una persona. Al respecto las Cortes de Apelaciones han fallado de la siguiente forma:

Desde un punto de vista del rechazo a lo planteado por la defensa, en Causa Amparo Rol 142- 2023, Corte de Apelaciones de Rancagua¹⁷, argumentación idéntica en amparo Rol 131-2023 ante la misma Corte¹⁸.

“Tercero: (...) A folio N°3, consta el informe requerido a don Gianni Pozzi Anilio, Juez Suplente del Juzgado de Garantía de Graneros, quien indica que accedió a la solicitud del Ministerio Público, toda vez que, si bien existe un número de pasaporte del extranjero, lo cierto es que no consta la autenticidad del referido documento, de forma tal que no es posible establecer fehacientemente que la persona detenida corresponda a la persona indicada en el documento. Además al solicitarle un domicilio, no indicó uno dentro del radio urbano de Graneros”.

En un sentido contrario, la misma Corte de Apelaciones razona a favor de la validez de todos los medios de identificación, inclusive documentación extranjera, circunscribiendo la fundamentación del Ministerio Público, solo al ámbito administrativo. Dicho fallo entiende que la solicitud de Rut provisorio es un trámite administrativo requerido para iniciar la regularización de la migración en el país, más no un trámite necesario para la procedencia de la ampliación de la detención conforme al artículo 132 del Código Procesal Penal.

Amparo Rol 142-2023 Corte de Apelaciones de Rancagua.

“Cuarto: Que, aun cuando en la audiencia de formalización de fecha 15 de mayo de 2023, se ordenó la libertad del amparado, de igual forma aquél estuvo privado de libertad durante

¹⁷ Corte Apelaciones de Rancagua, Rol N° 142-2023, de 16 de mayo de 2023

¹⁸ Corte Apelaciones de Rancagua, Rol N° 131-2023, de 8 de mayo de 2023

tres días. En ese sentido, si bien el Ministerio Público tiene la facultad de solicitar la ampliación de la detención dentro del plazo legal, el motivo que sustentó dicha petición, en este caso no se justificaba, puesto que al momento de su detención, el 11 de mayo del año en curso, se contaba con su DNI, sus huellas dactilares, fotografía, nombre completo y fecha de nacimiento, antecedentes que permitían en su oportunidad identificar adecuadamente al actor, teniendo además presente, que finalmente en la audiencia de formalización de 15 de mayo de 2023, el ente persecutor formalizó y solicitó medidas cautelares, las que se presume no deberían haber variado de no haberse contado con el RUN provisorio del imputado”.

“Quinto: *Que en razón de lo antes señalado, la ampliación de la detención del amparado se torna ilegal y arbitraria, razón por la cual se acogerá la presente acción”.*

En la misma línea, el fallo en causa ROL150-2023 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción¹⁹ se refiere a la validez de ciertos documentos contemplados en tratados internacionales. Si bien dicho fallo rechaza el recurso de amparo interpuesto por la defensa, lo hace meramente por temas procesales, por pérdida de oportunidad, ya que, al momento de resolverse el recurso de amparo, el imputado ya había sido formalizado y ser puesto en libertad. Cabe hacer presente que en dicho caso el imputado no tenía antecedentes penales, fue formalizado por el delito de hurto simple del artículo 446 N°3 del Código Penal, se le imputaba haber sustraído diversas especies del Supermercado Unimarc de la comuna de Lebu, valuadas en \$51.030, contaba con un domicilio conocido en dicha comuna y proporcionó un correo electrónico al individualizarse en la audiencia de control de detención, en la cual fue apercibido por el artículo 26 del Código Procesal Penal. Normalmente, en un caso similar, tratándose de un ciudadano chileno o extranjero que cuente con RUN, hubiese sido formalizado y se habría ofrecido alguna salida alternativa en la misma audiencia de control de detención, quedando en libertad. Sin embargo, respecto a dicho imputado su detención se amplió por dos días, permaneciendo como detenido en tránsito en el Centro de Detención Provisorio de Lebu. Cabe hacer presente, que posterior a la audiencia de formalización, el imputado quedó sólo con la medida cautelar de arraigo nacional.

¹⁹ Corte Apelaciones de Concepción, Rol N° 150-2023, de 29 de abril de 2023.

“Noveno: Que se debe tener presente, que actualmente, todos los países que conforman el Mercosur, lo que incluye a Venezuela, tienen el derecho de acreditar su identidad con las cédulas de identidad de su país de origen o el pasaporte de viaje, el que el amparado sí tenía, por lo que se podría haber tenido por acreditada su identidad por ese medio, sin necesidad otra exigencia adicional como la planteada por el ente persecutor. Como consecuencia de ello, el adoptar una medida que involucró la privación de libertad del amparado, en un caso, no contemplado en la ley, además de ser ilegal, como ya se dijo, es arbitrario, en relación a los ciudadanos extranjeros”.

Dicho fallo es tan relevante, que incluso reconoce jurisprudencialmente lo señalado anteriormente, en cuanto a que anterior al criterio Valencia, bastaba que las personas extranjeras pudieran identificarse con algún documento oficial, sin exigir la existencia de RUT provisorio para formalizar.

“Décimo: Que se debe tener en cuenta también, que la medida de ampliación de la detención por 2 días, comenzó a pedirse por el Ministerio Público en el último tiempo, es decir, anterior a ello, el ente persecutor no lo consideraba necesario, pese a concurrir en abundantes casos el mismo supuesto de hecho del presente caso, esto es, imputados extranjeros que no tienen rut provisorio en Chile.

Que refuerza la conclusión anterior, que la medida pedida por el Ministerio Público resultó ser inútil, pues según se indicó por los comparecientes que en la audiencia de 26 de abril pasado, el imputado seguía sin contar con rut provisorio, sin perjuicio de ello el Ministerio Público pudo formalizó la investigación en su contra, sin que la situación del amparado haya cambiado en nada, con respecto al 24 de abril precedente”.

En la misma línea falla la Ilustrísima Corte de Valparaíso en causa Rol 1201- 2023²⁰. En dicha causa, la imputada, que no contenía antecedentes penales, fue detenida por un delito de Tráfico de drogas del artículo 3 de la Ley 20.000, su detención fue ampliada por 3 días y en la audiencia de formalización, ya se había obtenido el RUT provisorio y se decretó la prisión preventiva.

²⁰ Corte Apelaciones de Valparaíso, RolNº 1201-2023, de 15 de junio de 2023

“Segundo: *Que a juicio de esta Corte, el sólo hecho de que la imputada no cuente con un Registro Único Nacional provisorio, no autoriza a decretar la medida excepcional ya indicada de ampliación de control de la detención, por cuanto la razón aludida para aumentar el plazo de la detención, no es un fin del procedimiento penal ni afecta el éxito de la investigación, la seguridad de la sociedad ni de víctima alguna, por lo que la resolución que así lo ordenó adolece de ilegalidad.*

Tercero: *Que se debe tener presente que actualmente, todos los países que conforman el Mercosur, lo que incluye a Venezuela, tienen el derecho de acreditar su identidad con las cédulas de identidad de su país de origen, que en el caso de Venezuela se denomina “DNI”, la que la amparada sí tenía, por lo que se podría haber tenido por acreditada su identidad por ese medio. Como consecuencia de ello, el adoptar una medida que involucró la privación de libertad de la amparada, en un caso no contemplado en la ley, además de ser ilegal, como ya se dijo, es arbitrario, en relación a los ciudadanos extranjeros”.*

En relación a documentos específicos, el amparo Rol 1121-2023 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso²¹, acoge y considera ilegal la ampliación solicitada por el ministerio público, puesto que el pasaporte extranjero es un documento válido para efectos de identificación en territorio nacional. En dicha oportunidad, el imputado estuvo tres días detenido en tránsito en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de San Antonio, por el delito de Conducción de vehículo motorizado sin licencia debida, quedando con la medida cautelar de arraigo nacional. Cabe hacer presente que el recurso de amparo fue acogido el mismo día de la audiencia de formalización. Actualmente la causa sigue con plazo de investigación vigente y con fecha de audiencia de salida alternativa fijada.

“Segundo: *Que en cuanto al fondo, la resolución resulta ilegal porque, si bien es efectivo que se requiere conocer la identidad de la persona respecto de quien se deba formalizar una investigación, en este caso esa identidad constaba suficientemente por medio de los documentos a que se refirieron tanto el Defensor Penal Público como el representante del Ministerio Público ante estrados y, particularmente, por medio del pasaporte, que es un instrumento al que específicamente nuestra normativa le concede habilidad para establecer*

²¹ Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1121-2023, de 27 de mayo de 2023

aquella identidad personal. En consecuencia, no existía justificación alguna para prorrogar la detención, lo que obliga a acoger esta acción constitucional”.

En la misma línea se alinea la ministra Sra. Silvana Donoso Ocampo de la Corte de apelación de Valparaíso en Causa Rol 1322 -2023 ²², en que, pese al rechazo planteado por la sala, argumenta como voto disidente la validez del pasaporte.

“Acordada la decisión con el voto en contra de la Ministra Sra. Silvana Donoso Ocampo, quien fue del parecer de acoger el recurso de amparo por estimar que la ampliación de la detención resulta ilegal toda vez que el actor portaba su documento de identificación –pasaporte- no siendo un trámite contemplado en el artículo 131 del Código Procesal Penal, obtener RUN chileno como única forma de probar su identidad, resultando, por tanto, improcedente acceder a la referida ampliación”.

Distinta es la situación de hecho en que la persona imputada, carezca de cualquier documentación identificatoria, ya que, en los casos anteriores los imputados contaban con documentos extranjeros no validados en Chile. Al respecto la argumentación de la defensa, plantea que el artículo 132 del Código Procesal Penal, se refiere a identificación, no exigiéndose aspectos formales para la misma, pudiendo comprobarse la identidad de las personas por cualquier otro medio, transformándose la exigencia de un Rut provisorio, en un requisito adicional, no lógico ni razonable para los efectos de privar a una persona de su libertad.

A favor de los planteamientos de la defensa podemos encontrar los siguientes fallos: Libro Amparo, Rol 126- 2023 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua.²³

“Cuarto: Que, aun cuando en la audiencia de formalización de fecha 2 de mayo de 2023, se ordenó la libertad del amparado, de igual forma aquel estuvo privado de libertad durante dos días. En ese sentido, si bien el Ministerio Público tiene la facultad de solicitar la ampliación de la detención dentro del plazo legal, el motivo que sustentó dicha petición, en este caso no se justificaba, puesto que al momento de su detención, el 30 de abril del año en curso, se obtuvieron sus huellas dactilares, fotografías, nombre completo y fecha de

²² Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1322-2023, de 12 de julio de 2023

²³ Corte Apelaciones de Rancagua, Rol N° 126-2023, de 4 de mayo de 2023

nacimiento, antecedentes que permitían en su oportunidad identificar adecuadamente al actor, teniendo además presente, que finalmente en la audiencia de formalización de 2 de mayo de 2023, (...)

Quinto: *Que en razón de lo antes señalado, la ampliación de la detención del amparado se torna ilegal y arbitraria, razón por la cual se acogerá la presente acción”.*

Por el contrario, en causa Rol 299-2023 de la Ilustrísima Corte de Arica²⁴ rechazó el recurso de amparo en contra de la ampliación de la detención, debido a un delito de receptación, siendo inclusive la persona imputada un menor de edad, que se rigen por una normativa distinta y excepcional en cuanto a la privación de libertad de los adolescentes. Lo anterior con base a argumentación relativa al ejercicio de la facultad de del artículo 132.

TERCERO: *Que, el artículo 132 del Código Procesal Penal dispone lo siguiente “En la audiencia, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, procederá directamente a formalizar la investigación y a solicitar las medidas cautelares que procedieren, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado. En el caso de que no pudiere procederse de la manera indicada, el fiscal o el abogado asistente del fiscal actuando en la forma señalada, podrá solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida.”.*

Del artículo citado se colige que el Ministerio Público es el legitimado activo para instar por la ampliación de la detención si no cuenta con los antecedentes necesarios para la formalización, y en el presente caso, carecer de la individualización del imputado, quien no portaba ningún documento de identificación y quien tampoco se encontraba enrolado en las bases del Registro Civil, situación que obstaba su formalización y la discusión reflexiva acerca de la necesidad de cautela.

CUARTO: *Que, de esta forma, si bien dicha actuación pareciera coartar la libertad ambulatoria del amparado -exigir la ampliación de la detención- aquello obedeció al*

²⁴ Corte Apelaciones de Arica, Rol N° 299-2023, de 21 de julio de 2023.

ejercicio de una norma legal vigente, debidamente ponderada por el Juez de Garantía al aplicar la norma en comentario.

Esta última argumentación tiene mucha importancia, debido a que idéntica se repite en los fallos de Rol 179 – 2023²⁵, Rol 155-2023 ²⁶, Rol 151-2023 ²⁷, Rol 148-2023 ²⁸, Rol 141-2023 ²⁹, Rol 157-2023 ³⁰, todos de la Corte de Apelaciones de Arica, al igual que el fallo Rol 67 – 2023 ³¹ de la Corte de Apelaciones de Valdivia y el fallo Rol 101-2023 de la Corte de Antofagasta³², todos con resultado de rechazo de acciones de amparos en contra de ampliaciones decretadas en Tribunales de su Jurisdicción, comenzando a uniformarse dicho tribunal respecto de las acciones que busquen un pronunciamiento sobre la materia.

Complementando el recurrente razonamiento anterior, la Corte de Apelaciones de Arica en el fallo de amparo Rol 299-2023 agrega con posterioridad, que, para efectos de reforzar el razonamiento, un reconocimiento y legitimación de la actividad del juez de garantía en la materia, remitiéndose al aspecto discrecional del mismo, para efectos de la concesión de la ampliación.

*“CUARTO: Que, de esta forma, si bien dicha actuación pareciera coartar la libertad ambulatoria de la amparada -exigir la ampliación de la detención- aquello obedeció al ejercicio de una norma legal vigente, debidamente ponderada por el Juez de Garantía al aplicar la norma en comentario”.*³³

Esta construcción se repite de manera idéntica en los fallos Rol 139-2023 ³⁴ y Rol 132-2023 de la Ilustrísima Corte de apelaciones de Arica ³⁵, y en el fallo Rol 125- 2023 de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua. ³⁶

²⁵ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 179-2023, de 1 de junio de 2023.

²⁶ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 155-2023, de 22 de mayo de 2023

²⁷ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 151-2023, de 19 de mayo de 2023.

²⁸ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 148-2023, de 19 de mayo de 2023.

²⁹ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 141-2023, de 12 de mayo de 2023.

³⁰ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 157 -2023, de 22 de mayo de 2023.

³¹ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 67-2023, de 11 de mayo de 2023.

³² Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 101-2023, de 22 de abril de 2023.

³³ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 299-2023, de 21 de julio de 2023.

³⁴ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 139-2023, de 9 de mayo de 2023.

³⁵ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 132-2023, de 5 de mayo de 2023.

³⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 125-2023, 4 de mayo de 2023.

En cuanto al carácter de meramente administrativa de la gestión de obtención de RUN provisorio como argumenta la defensa, la Corte de Valparaíso se hace cargo en el fallo Rol 1115-2023 ³⁷, en que rechaza el amparo en contra de la ampliación:

“Primero: Que el objeto de la audiencia de control de la detención es formalizar la investigación contra el imputado y, eventualmente, solicitar alguna medida cautelar, por ende, aunque se exhiba el DNI del señalado imputado, el tribunal no cuenta con los medios para discernir si se trata de un documento auténtico o no, y al no existir certeza sobre la identidad del justiciable, faltan antecedentes para formalizar la investigación, que es el supuesto contenido en el artículo 132 del Código Procesal Penal, que permite decretar la ampliación de la detención.

Segundo: Que en el mismo orden de ideas, la obtención de un rut provisorio no es una gestión meramente administrativa, como afirma la defensa, sino que es fundamental para efectuar la persecución penal, esto es, tener claridad en contra de quién se sigue una investigación penal. Se debe considerar que si una persona ingresa de forma irregular a Chile, su pasaporte o DNI no tiene validez para efectos de permitir su identificación, puesto que no fue objeto de revisión por parte de ninguna autoridad en frontera, y por ende, no permite otorgar certeza sobre la identidad del imputado, siendo el proceso identificatorio en un proceso penal un tema primordial”

Ampliando la discusión a un criterio distinto, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica en la causa Rol 261- 2023 ³⁸, rechazó el recurso de amparo interpuesto por la defensa en contra de la ampliación de la detención, toda vez que consideró que la solicitud de Fiscalía se ajustó a derecho. Más aún, cuando se requiere la identidad del imputado para continuar con el proceso.

“CUARTO: Que, a mayor abundamiento la falta de determinación de la identidad del imputado en la audiencia de control de detención constituye una circunstancia que impide un debate debidamente informado acerca de las medidas cautelares que pudieren proceder para el caso concreto”.

³⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1115-2023, 26 de mayo de 2023.

³⁸ Corte de Apelaciones de Arica, Rol 261-2023, de 5 de julio de 2023.

Destaca respecto de los razonamientos de las diversas cortes, la falta de referencia al cambio de criterio del ente persecutor, al respecto solo la Ilustrísima Corte de Valparaíso razonó en esta línea en el fallo de la causa Rol 1201-2023 ³⁹, al acoger el amparo presentado por la defensa, fundamentando de la siguiente forma:

“Cuarto: Que, en este punto, se debe tener en cuenta también que la medida de ampliación de la detención por 3 días comenzó a pedirse por el Ministerio Público en el último tiempo, es decir, anterior a ello el ente persecutor no lo consideraba necesario, pese a concurrir en abundantes casos el mismo supuesto de hecho del presente caso, esto es, imputados extranjeros que no tienen Rut provisorio en Chile”.

³⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1201-2023, de 15 de junio de 2023.

CONCLUSIONES

Han transcurrido casi 6 meses desde la entrada en vigencia del Oficio de la Fiscalía Nacional N° 298/2023 y su origen pareciera ser más bien una respuesta a una crisis migratoria que ha tenido una alta cobertura en los medios de comunicación, en relación además a crímenes que han tenido alta connotación pública y que presumiblemente hasta hoy, han tenido participación personas extranjeras que ingresaron al país de manera irregular y no tenían RUN provisorio. Por lo cual, estimamos que su creación tiene más relación a un tema de política criminal y políticas públicas, que debe ser responsabilidad del poder ejecutivo que del poder judicial. Lo cual contradice incluso la Ley N° 21.325 sobre Migración y Extranjería que entró en vigencia un año antes, pareciera ser que el criterio Valencia constituye una sanción al ingreso de extranjeros al país por pasos no habilitados, ya que al ser detenidos y no contar con RUN provisorio, su detención podría ser ampliada. Esto es totalmente contrario a los principios de dicha ley, que pretende no criminalizar la migración irregular y despenalizar el ingreso por pasos no habilitados.

Si bien, es facultad del Fiscal Nacional impartir instrucciones generales como jefe del servicio, estimamos que ellas deben ser respetando las normas constitucionales, procesales e incluso principios que han sido consagrados en Pactos Internacionales sobre derechos humanos y que tienen plena vigencia en nuestro ordenamiento jurídico, en virtud del artículo 5° inciso segundo de nuestra Carta Fundamental. En consecuencia, como jefe del servicio, al dictar instrucciones generales debe dar cumplimiento estricto al principio de legalidad, consagrados en los artículos 6 y 7 de la Constitución. Como bien señala el artículo 132 del Código Procesal Penal, el fiscal puede solicitar la ampliación de la detención por un máximo de 3 días con la finalidad de que pueda preparar su presentación al formular cargos contra el imputado. Sin embargo, previo al denominado “Criterio Valencia”, el hecho de tratarse de una persona extranjera, sin RUN provisorio, no constituía impedimento para individualizar y formalizar a un imputado, si contaba con documentación oficial como pasaporte o cedula nacional de su país de origen.

El principal problema respecto a dicho oficio, es que no distingue situaciones en concreto, como el delito por el cual se detiene (podría tratarse de un simple delito o un

crimen), si la persona registra ingresos previos en el sistema penal o no, si lo beneficia alguna atenuante, sobretudo la irreprochable conducta anterior. Más grave aún, cuando se trata de personas en situaciones de vulnerabilidad, como mujeres embarazadas o al cuidado de menores, personas con enfermedades graves que requieran cuidados especiales o adultos mayores; teniendo presente que ser una persona extranjera ya constituye per se una situación de especial vulnerabilidad, ya que muchas veces desconocen el sistema penal chileno. En consecuencia, estimamos que el criterio Valencia, en relación a la solicitud de ampliación de la detención constituye una infracción a los principios de excepcionalidad y necesidad de las medidas cautelares, ya que transforma la ausencia de un trámite administrativo (como el RUN provisorio) a una privación de libertad. Debe tenerse en consideración como se indicó previamente, que ello se materializa en recintos penitenciarios, lo cual no hace más que colapsar y contribuir a las condiciones de hacinamiento de las cárceles actualmente.

Si bien la defensa tiene herramientas procesales para oponerse a una ampliación de la detención decretada, mediante el recurso de amparo. Según el análisis jurisprudencial, muchas veces dicha vía se torna inocua, debido a que pierde oportunidad, ya que, al momento del fallo, el amparado ya fue puesto en libertad, generalmente con medidas de baja intensidad, como la situación que se plantea en la causa Rol 150-2023 de la Corte de Apelaciones de Concepción. Sin perjuicio de ello, la persona estuvo detenida en un Centro Penitenciario por 3 días, para posteriormente quedar con arraigo nacional.

Queda claro, que al fin y al cabo, quien toma la decisión final es el poder judicial, en primera instancia el Juez de Garantía y luego las Cortes de Apelaciones, pero como se revisó previamente, la jurisprudencia se ha inclinado en legitimar el “criterio de Valencia” respecto de los extranjeros que residan en el país, sin perjuicio de tener matices según la zona jurisdiccional, así la Corte de Apelaciones de Arica presenta un mayor número de recursos de amparo, al igual que la Corte de Antofagasta, y en menor medida la de Valparaíso. Cabe tener presente que la situación geográficamente como se anunció previamente pareciera extenderse desde la zona centro hacia el norte del país, ausentándose en la materia la Zona sur, lo que puede deberse a que los ingresos fronterizos más usados para la migración se encuentran en el norte del territorio nacional. Básicamente han fallado que el Ministerio Público es el legitimado activo para instar por la ampliación de la detención sino cuenta con

los antecedentes necesarios para formalizar, como la identificación del imputado, lo que implica tener un RUT provisorio, por lo cual la ampliación de la detención decretada por los Jueces de Garantía no se torna en ilegal.

BIBLIOGRAFIA CITADA

1. Centro Nacional de Estudios Migratorios de la Universidad de Talca (2019): “Percepción de los chilenos sobre la inmigración”. Disponible en: http://www.cenem.otalca.cl/docs/publicaciones/INFORME_PERCEPCION_DE_LOS_CHILENOS_SOBRE_LA_INMIGRACION2.pdf [visitado el 10 de octubre de 2023].
2. FALCONE SALAS, Diego (2012): “Concepto y sistematización de la detención ilegal en el proceso penal chileno” en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (N° 38). Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071868512012000100011 [visitado el 10 de octubre de 2023].
3. HORVITZ LENNON, M. y LOPEZ MASLE, J. (2002). Derecho procesal penal chileno Tomo I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) Tomo I.
4. Oficio de la Fiscalía Nacional N°298/2023, de fecha 10 de abril de 2023. Disponible en: <https://media.elmostrador.cl/2023/04/Instructivo-Fiscal-Nacional-prisio%CC%81n-preventiva.pdf> [visitado el 10 de octubre de 2023].
5. Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) (2022). “Migración en Chile. Lecciones y desafíos para los próximos años: Balance de la Movilidad Humana en Chile 2018 – 2022”. SJM: Santiago, Chile. Disponible en: https://www.observatoriomigraciones.cl/wp-content/uploads/2022/10/Informe-Consulta-ciudadana-a-Poblacion-Migrante-04_10-def.pdf [visitado el 10 de octubre de 2023].

Jurisprudencia citada.

Corte IDH. Caso Romero Feris Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de fecha 15 de octubre de 2019, párr. 105.

Corte IDH. Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, Miembros y Activista del Pueblo Indígena Mapuche) Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de mayo de 2014, párr. 312.

/CAMPUSANO (2023): Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol 101-2023, 22 abril 2023 (acción de amparo)

LUIS GERARDO MENDEZ SALAS con JUZGADO DE LETRAS Y GARANTIA DE LEBU (2023): Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 150-2023, 29 abril 2023 (acción de amparo).

DAYERSON DINIS CÁCERES REYES con JUZGADO DE GARANTIA DE SAN FERNANDO (2023): Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 125-2023, 4 mayo 2023 (acción de amparo).

VICTOR CONTRERAS ANGULO con TORRES (2023): Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 126-2023, 4 mayo 2023 (acción de amparo).

/JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA JUEZA ANA PAULA SEPULVEDA (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 132-2023, 5 de mayo 2023.

WEYFFER JESUS GOTOPO GARCIA con JDO. GARANTÍA DE RANCAGUA (2023): Corte Apelaciones de Rancagua, Rol N° 131-2023, 8 mayo 2023.

/JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA JUEZA ANA PAULA SEPULVEDA (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 139-2023, 9 mayo 2023.

/ACOSTA (2023): Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol 67-2023, 11 mayo 2023.

JOEL ABRAHAM MAYTA VASQUEZ con HECTOR BARRAZA AGULERA JUEZ DEL JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 141-2023, 12 de mayo 2023.

RUDY ORASMA LANDAETA con JUZGADO GARANTIA GRANEROS (2023): Corte Apelaciones de Rancagua, Rol N° 142-2023, 16 mayo 2023.

/CALAS (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 148-2023, 19 mayo 2023

/ORMEÑO (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 151-2023, 19 mayo 2023.

JOSE ZARRICUETA ROBLE con JUEZ DE GARANTIA GABRIEL ORMEÑO VALDEBENITO (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 155-2023, 22 mayo 2023.

/JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA JUEZ GABRIEL ORMEÑO VALDEBENITO (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 157 -2023, 22 mayo 2023.

ZAPATA con JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR (2023): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1115-2023, 26 mayo 2023.

LOPEZ RONDON con JUZGADO DE GARANTÍA DE SAN ANTONIO (2023): Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol 1121-2023, 27 mayo 2023.

/JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 179-2023, 1 junio 2023.

TUBIÑEZ con JUZGADO DE GARANTÍA DE VIÑA DEL MAR (2023): Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1201-2023, 15 junio 2023.

GOMEZ con BARRAZA (2023): Corte de Apelaciones de Arica, Rol 261-2023, 5 de julio 2023.

JEAN HERNOT JAICIUS con JUZGADO GARANTÍA DE LA CALERA (2023): Corte Apelaciones de Valparaíso, Rol N° 1322-2023, 12 julio 2023.

ISRAEL LUIS SANCHEZ PEÑALOZA con JUZGADO DE GARANTIA DE ARICA (2023): Corte Apelaciones de Arica, Rol N° 299-2023, 21 julio 2023.