

## COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL 1108-2011 DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL

¿EXISTE UN VERDADERO CONFLICTO NORMATIVO ENTRE LA NORMA DEL  
MODIFICADO ARTÍCULO 19 N° 3 INCISO CUARTO DE LA CONSTITUCIÓN Y  
LA NORMA DEL ARTÍCULO 91 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL?

MIRIAM LORENA HENRÍQUEZ VIÑAS<sup>1</sup>  
Prof. Derecho Constitucional U. de las Américas.  
Email: mhenriquez@udla.cl

### 1. INTRODUCCIÓN

El comentario que realizaré tiene como objeto la sentencia de segunda instancia, dictada por la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 5 de septiembre de 2011 (Rol 1108 – 2011), y pronunciada por su Sexta Sala. El apelante, el Ministerio Público, recurrió contra la resolución dictada por don Jaime Salas, Juez del 15° Juzgado de Garantía de Santiago, por el cual se declaró ilegal la detención de don José Flores, por estimar que la declaración del imputado frente a la policía sin la asesoría técnica de un abogado infringe normas legales y constitucionales.

El Ministerio Público fundamentó su recurso en que el inciso cuarto del artículo 19 N° 3 de la Constitución no modificó los artículos 85 a 91 del Código Procesal Penal, puesto que a su juicio dicha norma asegura únicamente la defensa técnica estatal, mas no la material ni la privada. En este sentido solicitó que se declare que la detención de don José Flores es legal.

Así, el fallo en comento plantea una serie de interesantes y controvertidos asuntos en relación con el alcance y efectos de la reforma al artículo 19 N° 3 de la Constitución, y que resumiendo son: a) El fin perseguido con la reforma cons-

---

<sup>1</sup> Abogado, Universidad Nacional del Comahue (Argentina). Magíster en Derecho Público, Pontificia Universidad Católica de Chile (Chile). Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad de Santiago de Compostela (España). Profesora de Fuentes del Derecho, LLM Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesora de Derecho Constitucional de las Universidades Alberto Hurtado, Andrés Bello y De Las Américas. Email: [miriamhenriquez@yahoo.es](mailto:miriamhenriquez@yahoo.es) – [mhenriquez@udla.cl](mailto:mhenriquez@udla.cl)

titucional; b) El alcance del derecho “irrenunciable” del imputado a contar con una defensa técnica; c) La habilitación de la Constitución al legislador para que sea él quien fije la oportunidad en que el imputado debe contar con la asistencia de un abogado<sup>2</sup>; d) La eventual inconstitucionalidad de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 91 del Código Procesal Penal<sup>3</sup>; e) Los efectos de la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad y su impacto en la legalidad de la detención o de la licitud de la prueba; f) La duda sobre el órgano competente para resolver tal “contradicción normativa”, esto es si puede ser declarada por los Jueces de Garantía, los del Tribunal de Juicio Oral o el Tribunal Constitucional; g) La vigencia de la reforma constitucional, es decir si tiene efectos retroactivos por aplicación del principio “pro imputado”<sup>4</sup>, y h) La nulidad del procedimiento penal por la ausencia del defensor en aquellas actuaciones en que la ley la exigiere expresamente.

Sin perjuicio de todas las cuestiones abordadas, la arista que analizaré en este comentario se formula mediante una pregunta: ¿Existe un verdadero conflicto normativo entre la norma del modificado artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución y la norma del artículo 91 inciso segundo del Código Procesal Penal?, cuestión crucial para dar respuesta a los puntos relativos a los efectos de la declaración de inaplicabilidad o inconstitucionalidad y el órgano competente para resolverlo. Cabe apuntar que el artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución fue modificado por reforma constitucional N° 20.516, de 11 de julio de 2011.

Comenzaré realizando el presente análisis a partir de una serie de precisiones y distinciones: a) Primeramente buscaré diferenciar entre norma y proposición normativa. Esto al solo efecto de precisar que los conflictos normativos sólo se producen entre normas; b) Luego, abordaré una importante distinción –que emplea como criterio la condición de aplicación de las normas– entre norma categórica e hipotética; c) Puntualizaré sobre los requisitos que dan origen a los conflictos normativos, sus clases y criterios de solución; d) Una vez dilucidadas

<sup>2</sup> En este punto las posiciones de la Defensoría Penal y el Ministerio Público son contrapuestas. Por un lado la Defensoría Penal sostiene que la Constitución reconoce al imputado el derecho irrenunciable a ser asistido por un abogado defensor desde el inicio de la investigación, mientras que el Ministerio Público considera que la oportunidad establecida en la ley es la primera audiencia judicial

<sup>3</sup> A juicio de la Defensoría Penal Pública el artículo 91 del Código Procesal Penal es “inconciliable” con el nuevo inciso cuarto del numeral 3° del art. 19 de la Constitución. A mayor abundamiento, la minuta N° 3 de julio de 2011 de ese mismo órgano, señaló que la renuncia del imputado a declarar sin la asesoría previa del defensor contraviene el derecho irrenunciable a contar con una defensa técnica

<sup>4</sup> En este sentido, la Defensoría Penal Pública señala en su mencionada minuta que debe reconocerse a la reforma aplicación retroactiva, lo que importaría afectar aquellos procesos penales en los que se hayan utilizado las declaraciones prestadas por el imputado en ausencia de su abogado defensor.

o definidas tales categorías, intentaré examinar la norma contenida en la proposición normativa del inciso cuarto, número tercero, del modificado artículo 19 constitucional, así como de la norma contenida en el inciso segundo del artículo 91 del Código Procesal Penal, a fin de identificar el tipo de norma de que se trata y si existe un tal conflicto entre las mismas; e) En caso de existir un conflicto normativo, analizaré su tipo, el criterio de solución de aquél, el órgano con competencia para resolverlo y sus efectos. Esto último, con el objeto de establecer si el eventual conflicto que se suscita corresponde resolverlo al tribunal de justicia mediante la institución de la derogación tácita de preceptos preconstitucionales; o por el contrario corresponde al Tribunal Constitucional declarar inaplicable o inconstitucional la norma legal que contraviene la Constitución modificada, en base a la institución de la inconstitucionalidad sobrevenida. Todo como se dijo en el contexto del fallo de 5 de septiembre de 2011 de la Corte de Apelaciones de San Miguel (Rol N° 1.108-2011).

## II. PRECISIONES Y DISTINCIONES

### *A. Norma y proposición normativa*

No existe consenso sobre qué debe entenderse por “norma”. A los efectos de este trabajo el concepto que seguiré es aquél propuesto por Bulygin y Mendonca, quienes señalan que la norma es una prescripción emitida por un agente humano, denominado autoridad normativa, dirigida a uno o varios agentes humanos, denominados sujetos normativos, que obliga, prohíbe o permite determinadas acciones o estados de cosas<sup>5</sup>.

Como es sabido, la comunicación de las normas requiere del uso de un lenguaje común tanto por la autoridad normativa como por los sujetos normativos. En este contexto surge la necesidad de distinguir la norma de su formulación lingüística que es la proposición normativa. Así puede decirse –siguiendo a Bulygin y Mendonca– que la proposición normativa es la proposición acerca de normas<sup>6</sup>.

A su vez, corresponde señalar, siguiendo a Bulygin, que: a) las normas jurídicas son prescripciones que prohíben, ordenan o permiten ciertas conductas en determinadas circunstancias o casos. Por lo tanto pueden ser calificadas como válidas, justas, convenientes o no, eficaces o ineficaces, pueden ser obedecidas o desobedecidas, pero como no describen nada, no pueden ser verdaderas o falsas<sup>7</sup>.

<sup>5</sup> BULYGIN y MENDONCA (2005) p. 16.

<sup>6</sup> BULYGIN y MENDONCA (2005) p. 19.

<sup>7</sup> BULYGIN (2006) p. 75.

En cambio las proposiciones normativas son verdaderas o falsas, pero no pueden ser obedecidas ni desobedecidas; b) las normas son prescriptivas, mientras que las proposiciones normativas son descriptivas, entre otras diferencias.

Lo relevante de esta distinción, a los efectos de este comentario, es que sólo respecto de las normas –y no de las proposiciones normativas– pueden suscitarse conflictos normativos.

### *B. Norma categórica y norma condicional o hipotética*

Siguiendo con las distinciones, corresponde diferenciar entre norma categórica y norma condicional o hipotética.

Previo a ello, corresponde ilustrar –siguiendo a Von Wright– que las normas prescriptivas tienen un núcleo normativo formado por: a) su carácter, b) contenido, y c) condición de aplicación.

El carácter que tiene una norma está en función de que la norma se da para que algo deba, no deba o pueda ser hecho. Es decir, las normas mandan, prohíben, permiten. Cuando la norma se da para que algo deba hacerse, la norma es de obligación. En el caso de que la norma se formule para que algo no deba hacerse, la norma es prohibitiva. Cuando la norma tiende a que algo pueda hacerse, su carácter es permisivo.

Por su parte, el contenido es lo que una norma declara prohibido, obligatorio o permitido, o sea sus acciones o actividades.

La condición de aplicación es la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de la norma. Desde esta última perspectiva las normas se clasifican, a su vez, en categóricas o condicionales o hipotéticas. Son categóricas aquellas normas que sólo suponen las condiciones para que haya oportunidad de realizar su contenido, en este caso las condiciones surgen del mismo contenido. En cambio, son hipotéticas las normas que, aparte de las condiciones de aplicación que permiten una oportunidad para la realización de su contenido, prevén condiciones adicionales que no se infieren de su contenido. Para que una norma sea hipotética, ella debe establecer condiciones, no para la realización de la acción sino para que esa realización pueda calificarse de prohibida, permitida u ordenada<sup>8</sup>.

Nos enseña Von Wright que buena parte, quizás la mayoría, de las normas promulgadas son condicionales o hipotéticas. Normalmente, se formulan lingüísticamente diciendo que si alguna determinada cosa es el caso (o es hecha), entonces otra determinada cosa debe (puede) también (no) ser el caso (o ser hecha)<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> NINO (2001) pp. 70 - 76.

<sup>9</sup> WRIGHT (2001) p. 53.

### C. Requisitos y tipos de conflicto normativo

Como es sabido, la doctrina ha debatido arduamente sobre la existencia de conflictos normativos en el orden jurídico, discutiendo en definitiva sobre el carácter coherente del mismo. Sin embargo, en este comentario suponemos que los conflictos normativos son inevitables en un ordenamiento jurídico por razón de su dinamismo y la diversidad de poderes normativos que coexisten en los ordenamientos complejos<sup>10</sup>.

El concepto de conflicto normativo dista de ser claro, sin embargo podemos definirlo siguiendo a Huerta como aquel que se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles<sup>11</sup>. Precisando, corresponde hablar de “infracción” cuando la incompatibilidad en comento sea formal, es decir cuando no se hayan cumplido debidamente las normas procedimentales o existen vicios de competencia. Si por el contrario, la incompatibilidad normativa es material corresponde hablar de “contradicción normativa”, lo que generalmente se produce por contradicción en el carácter de la norma (contradicción deóntica) o en su contenido (contradicción lógica)<sup>12</sup>.

Constituyen ejemplos de contradicción deóntica los casos en que: a) una norma manda a hacer alguna cosa y una norma prohíbe hacer esa misma cosa, b) una norma manda hacer alguna cosa y otra permite no hacer esa misma cosa, c) una norma prohíbe hacer alguna cosa y otra permite hacer esa misma cosa<sup>13</sup>.

#### D. ¿Conflicto normativo entre la norma del artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución y del artículo 91 inciso segundo del Código Procesal Penal?

Una vez realizadas brevemente las distinciones de rigor corresponde intentar identificar las normas contenidas en las proposiciones normativas objeto de nuestro examen.

La norma contenida en el artículo 19 N° 3 inciso 4° 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*”.

<sup>10</sup> El conflicto normativo es aquella situación de incompatibilidad que se produce entre dos normas que pertenecen al mismo ordenamiento y tiene el mismo ámbito de validez, en virtud de la cual la aplicación de una de las normas conduce a resultados contrarios a los que se generan con la aplicación de la otra. Bobbio (1987), pp. 201 - 202.

<sup>11</sup> HUERTA (2007), p. 52.

<sup>12</sup> HUERTA (2007), pp. 52 – 58.

<sup>13</sup> RUIZ (2002) p. 45.

La norma en comento tiene la siguiente estructura y características: a) Es prescriptiva; b) Según su núcleo normativo es una norma cuyo carácter impone una obligación, es decir la norma se da para que el Estado deba proporcionar un abogado defensor público; c) El contenido de la norma es una actividad consistente en proporcionar un abogado defensor público a la persona imputada de delito; d) La norma finalmente es hipotética. La obligación del Estado está condicionada a que el imputado no haya nombrado un abogado defensor en la oportunidad establecida por la ley<sup>14</sup>. De esta forma, si el imputado nombró un abogado de su confianza, no surge tal obligación para el Estado<sup>15</sup>; e) La referencia que hace la norma a ley importa conferir una potestad al legislador para que sea él quien fije la oportunidad en que el imputado deba contar con un abogado defensor.

En el mismo sentido razona la Corte de Apelaciones de San Miguel, que en su considerando séptimo expresó: *“De lo analizado se concluye en lo pertinente que la intervención del constituyente fue elevar a garantía constitucional el derecho del imputado a ser asistido por un profesional abogado otorgado por el Estado si no pudiere procurarse uno por sus propios medios”*.

En cuanto a la oportunidad que fija la ley, el considerando octavo del fallo en comento señaló: *“Que la resolución recurrida impugna el hecho de haber declarado el imputado sin asesoría técnica de un abogado, estimando que la Ley N° 20.516 que establece el derecho irrenunciable de asesoría técnica prima sobre el artículo 91 del Código Procesal Penal. Sin embargo de la interpretación armónica de la norma del artículo 19 N° 3 párrafo cuarto de la Constitución Política, al establecer “si no nombrare alguno en la oportunidad establecida por la ley” aparece que dicho derecho*

---

<sup>14</sup> La ley –fundamentalmente el Código Procesal Penal– ha previsto la oportunidad en que el imputado debe contar necesariamente con la asistencia de un abogado defensor. Así, el derecho de defensa jurídica comprende el derecho a defensa técnica, que en el ámbito procesal penal se traduce en la facultad del imputado de ser defendido por un abogado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8° inciso 1° CPP y artículo 102 letra b). Por su parte el artículo 7° inciso 2° del mismo Código señala que se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquier diligencia 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. Por otra parte, el artículo 102 señala que 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 ministerio público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso –y esta es la oportunidad que fija la ley para contar necesariamente, so pena de nulidad, con un abogado defensor– la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.

<sup>15</sup> Es a esta condición que el Ministerio Público le llama “derecho a defensa jurídica subsidiaria”, pues procede solamente a falta de designación del abogado o defensor de confianza.

*nace desde la primera audiencia, mas no en la detención por flagrancia como sucede en el presente caso, como interpreta la resolución recurrida”.*

Como expresa el fallo bajo análisis la oportunidad que fija actualmente la ley es aquella prevista por el artículo 102 del Código Procesal Penal, es decir antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado y no la del artículo 8º, que dispone que el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra. Esto por cuanto la primera norma, la formulada en el artículo 102, es obligatoria en orden a contar con un abogado defensor, bajo sanción de nulidad; mientras que la segunda, la del artículo 8º, es meramente permisiva o facultativa para contar con la asesoría jurídica de un letrado desde la primera actuación del procedimiento.

De esta forma, puede decirse que la norma formulada en el nuevo artículo 19 Nº 3 inciso cuarto de la Constitución manda al Estado proporcionar un abogado defensor público a la persona imputada de delito. Esta obligación del Estado tiene su correlato en el derecho irrenunciable del imputado a contar con tal asistencia. Tal obligación del Estado –como se dijo– está condicionada a que el imputado no haya nombrado un abogado defensor privado en la oportunidad establecida por la ley. La oportunidad fijada por la ley, so pena de nulidad del procedimiento, es la que señala el artículo 102 del Código Procesal Penal, esto es antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado. Así, si el imputado nombró un abogado de su confianza, no surge tal obligación para el Estado.

Por su parte, el artículo 91 inciso segundo del Código Procesal Penal señala: *“Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”.*

La norma que destaca a los fines de este comentario es aquella que importa una obligación de hacer a la policía, que es interrogar al imputado en las condiciones que fija la ley. Esta segunda norma es condicional, toda vez que está sujeta a la condición de que el imputado manifieste su deseo de declarar sin la presencia de un abogado defensor.

La norma contenida en esta proposición normativa da cuenta, a su vez, que en esta oportunidad no se exige como un imperativo que el imputado cuente con la asistencia de un letrado, es más condiciona el actuar de la policía al hecho de que no haya nombrado uno en esta etapa “preliminar” o de “actuaciones de investigación”. Lo afirmado es totalmente compatible con lo dispuesto por la norma constitucional reformada que –como se dijo anteriormente– atribuye al legislador la fijación de la oportunidad para contar con la asistencia de un abogado defensor.

Como se observa entre las referidas normas no existe conflicto normativo porque no se cumplen los requisitos para que se produzca uno, esto por cuanto: a) ambas son normas que establecen una prescripción que manda a hacer alguna cosa; b) se trata de dos normas que contemplen comportamientos lógicamente compatibles, y c) las referidas normas no tienen el mismo ámbito de validez en su aplicación, al menos personal y material.

Al no producirse conflicto normativo entre las normas analizadas, no será necesario entonces examinar la problemática de los efectos de declaración de inconstitucionalidad y si el presente es un caso de derogación tácita de preceptos preconstitucionales o inconstitucionalidad sobrevenida.

#### CONCLUSIONES

De lo dicho puede concluirse que la norma formulada en el nuevo artículo 19 N° 3 inciso cuarto de la Constitución manda al Estado proporcionar un abogado defensor público a la persona imputada de delito.

Esta obligación del Estado tiene su correlato en el derecho irrenunciable del imputado a contar con tal asistencia.

Tal obligación del Estado está condicionada a que el imputado no haya nombrado un abogado defensor privado en la oportunidad establecida por la ley. La oportunidad fijada por la ley, so pena de nulidad del procedimiento, es la que señala el artículo 102 del Código Procesal Penal, esto es: antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado. De esta forma, si el imputado nombró un abogado de su confianza, no surge tal obligación para el Estado.

En el mismo sentido analizado razona la Corte de Apelaciones de San Miguel en el fallo de 5 de septiembre de 2011, diciendo que los funcionarios policiales actuaron dentro de sus facultades legales al detener al imputado, revocando la resolución del 15° Juzgado de Garantía de Santiago y disponiendo que toda la evidencia recogida por el personal policial al momento de practicarse la detención del imputado se efectuó dentro de los márgenes que establece la ley.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, Norberto (1998): *Teoría general del derecho* (Debate, Madrid)
- BULYGIN, Eugenio (2006): *El positivismo jurídico* (Distribuciones Fontamara, México) 167 p.
- HART, Herbert (1998): *El concepto de Derecho* (Abeledo-Perrot, Buenos Aires) 332 p.

- HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam (2008): “La derogación tácita de los preceptos pre-constitucionales”, Actas XXVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público (Concepción), pp. 193 – 204.
- HUERTA OCHOA, Carla (2007): Conflictos normativos (UNAM, México) 263 p.
- NINO, Carlos Santiago (2001): Introducción al análisis del Derecho (Ariel, Barcelona) 477 p.
- RUIZ SANZ, Mario, (2002): Sistemas Jurídicos y conflictos normativos, (Dykinson, 2002) 147 p.
- WRIGHT, Georg, (2001): Normas, Verdad y Lógica (Fontamara, México) 142 p.

