

Julían López

**"Debido proceso en Chile: hacia un principio
generador de reglas"**

"Justicia constitucional y derechos fundamentales",
Bordalí, Andrés (Coord.), Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 181-207.

DEBIDO PROCESO EN CHILE:
HACIA UN PRINCIPIO GENERADOR DE REGLAS

*Julían López Masle **

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se divide en cuatro partes: en la primera, voy a sostener que el origen de la fama y prestigio de que goza en el mundo el *principio del debido proceso* es la doble función que ha cumplido en los Estados Unidos de América. Denominaré la primera de esas funciones como *función de integración de otros derechos fundamentales* y, la segunda, como *función de generación de reglas de persecución penal*; en la segunda, voy a argumentar que si bien el principio fue recogido en Chile con la intención de que cumpliera la función integradora, tal intención resultó, primero, ilusoria, por la forma en que el principio fue consagrado, y más tarde, superflua, por la vigencia posterior de tratados internacionales sobre derechos humanos que incorporaron al derecho chileno un extenso catálogo de garantías judiciales de carácter autónomo; en la tercera parte, voy a sostener que la Reforma Procesal Penal asignó al principio del debido proceso la nueva función de generar reglas de persecución

* Abogado, Magíster en Derecho, Profesor de Derecho Procesal Penal, Universidad de Chile, Santiago de Chile.

penal dando a los tribunales de justicia las mayores facultades en esta materia; en la cuarta parte, voy a analizar la jurisprudencia de la Corte Suprema durante los cinco primeros años de funcionamiento del nuevo sistema y afirmar que ella no evidencia que la Corte haya asumido, hasta la fecha, la función que el nuevo sistema le ha encomendado.

A través de este trabajo pretendo revisar mi propio escepticismo sobre la verdadera utilidad del principio en Chile¹ y sugerir un modelo que le permita cumplir, en el futuro, un rol importante en la tutela de los derechos fundamentales frente a la persecución penal.

II. ORÍGENES DEL DEBIDO PROCESO

Y SU DOBLE FUNCIÓN EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

1. *Función de integración de otros derechos fundamentales*

Existe actualmente coincidencia en que el principio del debido proceso es el resultado de una larga evolución histórica en el sistema del *common law*, que tendría sus orígenes en la Carta Magna Inglesa de 1215. Ella establecía la prohibición de que un hombre fuera privado de su libertad o de sus bienes, o perjudicado de cualquier forma "sino en virtud del juicio legal de sus pares o de la Ley del Territorio (Law of the Land)".² La expresión "due process of

¹ Vid. LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M. I.), *Derecho procesal penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, t. I, pp. 65-71.

² La Carta Magna incluía, entre las libertades otorgadas por el Rey Juan de Inglaterra, la siguiente: "Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso, ni desposeído de sus bienes, ni declarado fuera de la Ley, ni destruido ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procesado, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares y por la ley del país" BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAR, J. M., *Derecho fundamental al debido proceso y el tribunal Constitucional*, Aranzadi, 1992, p. 46.

law", sin embargo, no habría de aparecer sino hasta un siglo más tarde, en Inglaterra³.

Aunque parte de la doctrina considera que existe identidad entre el concepto "Law of the Land" de la Carta Magna y el concepto "due process of law" utilizado posteriormente⁴, lo cierto es que, en los Estados Unidos —con excepción del Estado de Nueva York— las constituciones estatales, optaron preferentemente, por el uso del término "Law of the Land". El concepto de *debido proceso* empezó a jugar un rol protagónico con su incorporación, en 1791, en la Quinta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos, que alude a él en los siguientes términos: "Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o de otra ofensa infamante, sin la denuncia o imputación de un gran jurado, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia cuando se encuentre en servicio actual en tiempo de guerra o peligro público; ni será ninguna persona sometida dos veces al riesgo de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le forzará en ningún caso criminal a declarar contra sí misma; ni se le privará de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley; ni se le expropiará la propiedad privada para uso público sin una justa indemnización"⁵.

³ Una ley inglesa dictada durante el Reinado de Eduardo III declaraba que "No man, of what estate or condition that he be, should be put out of his land or tenements, nor taken, nor imprisoned, nor disinherited nor put to death without being brought to answer by due process of law". (Ningún hombre, cualquiera sea su estado o condición, será expulsado de sus tierras o habitaciones, ni detenido, hecho prisionero, desheredado, o condenado a muerte sin ser emplazado conforme al debido proceso de ley". LAFAYE, W., ISRAEL, J., y KING, N., *Criminal procedure*, West Group, 3ª ed., St. Paul Minn., 2000, p. 57.

⁴ LAFAYE, ISRAEL y KING, op. cit., p. 57.

⁵ "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb, nor shall be compelled in

Hay que notar, sin embargo, que la incorporación de la *cláusula del debido proceso* corre en paralelo con la incorporación de muchas otras garantías que tienen un contenido procesal, tanto en enmiendas anteriores como simultáneas. Así, se ha contabilizado que las primeras 8 enmiendas aluden a 27 garantías separadas, de las cuales 16 se refieren al proceso de justicia criminal⁶.

De esta manera, en su diseño original, la cláusula del debido proceso no aparece revestida del carácter amplio, integrador de diversas garantías judiciales, con que se le asocia hoy en día. Es apenas una de las numerosas garantías de la "Bill of Rights" norteamericana que tienen un contenido procesal penal. Aparece separada de garantías tales como el derecho al juez imparcial, al juicio público y al juicio rápido y también separada del derecho a defensa. Por esta razón, en su origen, la cláusula es interpretada con un carácter sumamente restrictivo, como sinónimo del derecho a ser juzgado por la ley vigente al tiempo de comisión del delito, o como adhesión a ciertos princi-

Continuación nota ⁵

any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation" [Traducción nuestra].

⁶ Siguiendo a LAFAYE, ISRAEL y KING deberíamos considerar en la Cuarta Enmienda: (1) la garantía contra arrestos y allanamientos ilegales; (2) la prohibición de la emisión de órdenes sin "causa probable" y la exigencia de descripción particularizada de la persona que será arrestada o lugar que será registrado; en la Quinta Enmienda: (3) la exigencia de acusación por gran jurado en casos de pena capital y otras "ofensas infamantes"; (4) la prohibición de doble incriminación por la misma ofensa; (5) la prohibición de ser testigo contra sí mismo; (6) la prohibición de privación de vida, libertad o propiedad sin debido proceso de ley; en la Sexta Enmienda (7) el derecho a juicio rápido; (8) el derecho a juicio público; (9) el derecho a jurado imparcial; (10) el derecho al jurado preestablecido del lugar de comisión del delito; (11) el derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; (12) el derecho a confrontar a los testigos de cargo; (13) el derecho a procedimientos compulsivos para obtener la declaración de testigos de descargo; (14) el derecho a la asistencia de un abogado defensor; y en la Octava Enmienda: (15) la prohibición de imposición de fianzas y multas excesivas; y (16) la prohibición de imposición de penas "cruelles e inusuales". LAFAYE, ISRAEL y KING, op. cit., p. 49.

pios del common law que no estaban incorporados en las demás garantías consagradas constitucionalmente⁷.

En realidad, la importancia de la cláusula del debido proceso no proviene de su incorporación en la Quinta Enmienda sino, de su reiteración, muchos años más tarde (1868), en la Decimocuarta Enmienda. Se trató ésta de una enmienda orientada a conceder a los ciudadanos, frente a sus gobiernos estatales, la misma protección constitucional que la *Bill of Rights* les concedía frente al gobierno federal. La cláusula reza, en su sección 1: "Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado dictará ni hará cumplir ninguna ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; ni privará a ninguna persona de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso de ley; ni negará a ninguna persona que se encuentre dentro de su jurisdicción la igual protección de las leyes"⁸.

La incorporación de esta cláusula dio origen a tres líneas interpretativas en la Corte Suprema Norteamericana, todas las cuales suponen que la cláusula del debido proceso transfiriere garantías desde el sistema federal al estatal, difiniendo sólo en la intensidad y características de esta transferencia⁹.

⁷ LAFAYE, ISRAEL y KING, op. cit., p. 58.

⁸ "All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the state wherein they reside. No state shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any state deprive any person of life, liberty or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws" [Traducción nuestra].

⁹ La primera línea interpretativa, conocida como la posición de la "incorporación total" (*total incorporation*), sostiene que la Enmienda XIV incorpora frente a cada Estado todas las garantías que el ciudadano tiene frente al gobierno federal y en los mismos términos; la segunda, conocida como "justicia fundamental" (*fundamental fairness*) sostiene que ella prohíbe sólo las violaciones de las garantías individuales que pueden ser consideradas como "fundamentales", y en los términos descriptos por el caso planteado ante la Corte Suprema; la

En un primer sentido, es precisamente esta ubicación de la cláusula del debido proceso, como vehículo para la transferencia de derechos fundamentales desde el sistema federal al sistema estatal, y su aceptación como principio de contenido indeterminado, integrador de numerosas otras garantías procesales (e incluso sustantivas) la que ha dotado al principio del debido proceso de su rol clave en el derecho constitucional norteamericano. Establecer el alcance de la cláusula del debido proceso resulta determinante, en ese país, porque en la medida en que una garantía individual reconocida en el sistema federal sea considerada parte del debido proceso, se le reconocerá a esa garantía un carácter obligatorio también, para los estados. Y es así, entonces, que desde el mismo momento de la incorporación de la Enmienda XIV a la Constitución Norteamericana, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema se abocará a la definición de los alcances y contornos del debido proceso, como aspecto esencial de la definición de sus derechos fundamentales. El debido proceso cumplirá, en ese sistema, una función integradora de los derechos fundamentales de las personas.

2. *Función de creación de reglas de persecución penal*

Pero, existe, también, una segunda función que el principio del debido proceso cumple en los Estados Unidos, que no tiene que ver ya con el reconocimiento de otros derechos fundamentales que podrían perfectamente tener una consagración autónoma, sino con la

Continuación nota ⁹

tercera, conocida como "interpretación selectiva" (*selective incorporation*), considera también que incorpora sólo los derechos considerados como fundamentales (*ordered liberty standard*) pero con un agregado importante: cuando una garantía es considerada "fundamental" ella se incorpora completa, en los mismos términos en que es entendida para el gobierno federal. Mientras la primera posición no ha encontrado nunca mayoría en la Corte Suprema, la última posición es la vigente en Estados Unidos desde la década de 1960.

creación de reglas que limitan el poder de persecución penal, y que obligan tanto a los jueces como a los fiscales y policías.

Quiero explicar esta función, a partir de un ejemplo:

En 1961, en Long Island, el Sr. Stovall fue detenido bajo la imputación de haber robado y dado muerte a un médico que había sido asaltado en su propia casa. Inmediatamente después de producida la detención, fue conducido a un hospital con la intención de que fuera reconocido por la esposa del fallecido, quien a su vez había recibido once puñaladas durante el asalto. El imputado fue sometido al reconocimiento siendo el único individuo de raza negra en la habitación, mientras se encontraba esposado a uno de los cinco policías que, junto a dos fiscales, se encontraban presentes. Tras ser reconocido en esas condiciones, Stovall fue acusado y llevado a juicio, en el transcurso del cual la víctima lo reconoció nuevamente. El jurado lo encontró culpable y el tribunal lo condenó a muerte. Stovall recurrió a la Corte Suprema sosteniendo que las circunstancias en que se había practicado el reconocimiento violaban, entre otros, su derecho constitucional al debido proceso de ley, reconocido en las Enmiendas V y XIV de la Constitución Federal de los Estados Unidos. A su juicio, la infracción se producía porque la diligencia de reconocimiento previa al juicio se había realizado bajo circunstancias que injustamente habían focalizado la atención del testigo sobre su persona, determinando tanto ese reconocimiento como el realizado posteriormente durante el juicio.¹⁰

La Corte Suprema, al resolver el caso, no consideró que éste ameritara la anulación del juicio, pero ello no fue obstáculo para que elaborara una regla que habría de regir, a partir de entonces, la forma en que la policía debía comportarse al realizar diligencias de reconocimiento que respetaran las exigencias del debido proceso. El problema debía ser resuelto analizando si el proceso de identificación "fue

¹⁰ STOVALL v. DENNO, 388 U.S. 293 (1967).

tan impermisiblemente sugestivo como para dar lugar a una muy sustancial probabilidad de identificación errónea irreparable". La Corte consideró condenable, en principio, "la práctica de mostrar sospechosos a personas para propósitos de investigación en forma individual (*showup*) y no como parte de una rueda (*lineup*)", pero sostuvo que la situación estaba regida por un criterio de "totalidad de circunstancias". En el presente caso esas circunstancias incluían a una víctima en riesgo inminente de muerte y la necesidad urgente de someter al imputado al reconocimiento de la única persona que podía exonerarlo de la sospecha, las que impedirían considerar que se hubiera producido una infracción del debido proceso¹¹.

El problema de la admisibilidad del reconocimiento de acusados en juicio cuando había precedido un reconocimiento inaceptable durante la investigación preliminar volvió a ser presentado ante la Corte en *Foster v. California* (1969)¹². Aquí, sin embargo, ya no se trataba de un reconocimiento individual, sino que se cuestionaban las condiciones en que se había practicado la rueda de identificación que había precedido al reconocimiento del acusado en el juicio. El Sr. Foster, a quien se le imputaba un robo, había sido puesto por la policía en una rueda de presos con otros dos hombres que eran aproximadamente quince centímetros más bajos que él, siendo, además, el único que vestía una chaqueta de cuero similar a la que—según se sabía—había sido usada por el asaltante. Cuando el testigo fue incapaz de reconocerlo, en la primera oportunidad, se intentó un reconocimiento individual que volvió a fracasar, tras lo cual se citó al testigo diez días después para una tercera y última rueda en la que el acusado era el único que se repetía, y al que la policía se refirió varias veces diciendo: "This is the man". La Corte consideró que el procedimiento erosionaba de tal manera la credibilidad del testimonio que debía considerarse constitutivo de una violación del debido proceso.

¹¹ *Idem*, at 302.

¹² *Foster v. California*, 394 U.S. 440 (1969).

Estos casos constituyen, a mi juicio, buenos ejemplos de la forma en que el principio del debido proceso sirve, en los Estados Unidos, a la creación de reglas dirigidas a los agentes de la persecución penal. La revisión por la Corte sobre la legitimidad o ilegitimidad de una conducta policial en un caso concreto, genera una regla acerca de las condiciones que deben ser cumplidas por la actuación policial en los casos futuros, constituyéndola en una condición de legitimidad de los juzgamientos¹³.

III. LAS (ESCASAS) POSIBILIDADES DE LA FUNCIÓN INTEGRADORA DEL PRINCIPIO DE DEBIDO PROCESO EN CHILE

El principio del debido proceso aparece en el derecho constitucional chileno con la Constitución de 1980. En su texto original, la Carta Fundamental habría de establecer en su art. 19 N° 3° inciso 5° que: "Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento racional y justo"¹⁴.

¹³ La función de creación de reglas que se observa en estos casos, en que el principio del debido proceso aparece sirviéndoles de fuente, no se manifiesta sólo en la investigación policial, sino en las diversas etapas del procedimiento. Así, en la jurisprudencia norteamericana, el debido proceso ha sido invocado para prohibir la destrucción intencional de prueba exculpatoria por parte del fiscal; para asegurar el derecho del imputado indigente a disponer de peritos y la obligación del fiscal a mostrar la evidencia exculpatoria; para regular el grado de información mínima de que debe disponer el acusado antes de aceptar una sálida negociada basada en la admisión de responsabilidad; para asegurar el derecho a un juez y jurado imparcial y el derecho del acusado a estar presente en el juicio; para prohibir la incorporación por el fiscal de prueba que sabe falsa o el desarrollo de un alegato final "intelectual de injusticia". El principio, se activa, incluso, si el juez tolera que se produzca en el tribunal una conducta que produce una "atmósfera carnavalesca" en perjuicio de la defensa. *LaFare, Israél y King*, op. cit., pp. 78-79.

¹⁴ El artículo único, N° 1, de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, de 16 de septiembre de 1999, reemplazó luego la frase "un racional y justo procedimiento", por "un procedimiento y una investigación racionales y justos".

Esta forma particular en que el principio del debido proceso quedó incorporado a la versión original de la Constitución, encuentra su explicación en la discusión de la Comisión Constituyente que está registrada en las Actas Oficiales de sus sesiones 101ª, 102ª y 103ª, celebradas entre el 9 y el 16 de enero de 1975.

Una somera revisión de dichas evidencia que los comisionados entendieron el debido proceso como un principio que comprendía múltiples otras garantías judiciales y consideraron favorablemente la posibilidad de que su consagración cumpliera una función integradora de los derechos fundamentales. Buscaron, sin embargo, la forma de evitar que, junto con el principio, se incorporara a la constitución el desarrollo que éste ya tenía en el derecho norteamericano.

Para lograr esto, tomaron dos decisiones: la primera, fue la de preferir una “expresión escueta” a un catálogo de garantías procesales mínimas que debieran ser consideradas como integrantes del principio. En palabras del comisionado Sr. Guzmán, se requería “un concepto cuyas precisiones pueden ir evolucionando de acuerdo con el tiempo y ser recogidas y precisadas por la jurisprudencia, de manera que se deja abierto un campo al respecto”¹⁵. La segunda, fue que esa “expresión escueta” no fuera “debido proceso” sino “justo y racional procedimiento”. La razón de la preferencia por esta variante queda de manifiesto en la opinión expresada por el comisionado Sr. Evans en la sesión 101ª, donde señala que “no le atrae la idea de emplear escuetamente la expresión ‘debido proceso’ porque existe una historia anglosajona que la puede complicar mucho más; añadiendo luego que, “aunque es partidario de un texto escueto”, él “tiene el te-

¹⁵ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 101ª, p. 13. La decisión de no explicitar el contenido del debido proceso llegó al punto de rechazar la propuesta del comisionado Sr. Silva Bascañán en orden a que se explicara que el procedimiento racional y justo era aquel que permitiera “por lo menos, oportuno conocimiento de la acción, adecuada defensa y producción de la prueba que corresponda”, de lo que sólo se acordó dejar constancia en actas. Véase sesión 103ª, pp. 11-20.

mor... de obligar al intérprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente... de la doctrina y la jurisprudencia anglosajona”¹⁶.

Sin embargo, tan clara como la intención de que el contenido del “procedimiento racional y justo” fuera objeto de un desarrollo posterior de la jurisprudencia, fue la decisión de que ese desarrollo no se hiciera a través de un proceso de creación de reglas al modo de la jurisprudencia norteamericana, sino a través del control de reglas creadas *legalmente*, por la vía exclusiva del recurso de inaplicabilidad. Ello se expresa en la decisión de evitar que el principio del debido proceso pudiera ser usado como un estándar contra el cual contrastar la legitimidad de las *sentencias*, prefiriendo, en cambio, convertirlo en un estándar de legitimidad de las *leyes*.

Así, en la sesión 102ª el comisionado Sr. Evans se explaya explicando la razón por la cual ha dividido su propuesta en dos partes: la primera referida a la “legalidad del juzgamiento”, que se expresa en la necesidad de que toda sentencia se funde en un proceso previo legalmente tramitado, y la segunda, referida al debido proceso, que se expresa en la frase: “Corresponde al legislador establecer siempre las garantías de un racional y justo proceso”. Según consta en las actas, a juicio del comisionado Sr. Evans “no hay otro camino que encargarle al legislador que establezca garantías mínimas para un racional y justo proceso. Porque si se acuerda que toda sentencia debe emanar de un proceso legalmente tramitado que sea justo y racional, se abren las compuertas para interponer un sinnúmero de recursos, porque no

¹⁶ Actas Oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 101ª, p. 14. Este criterio fue, luego, apoyado por el comisionado Sr. Silva Bascañán, de quien se deja constancia, en la misma sesión que “piensa que realmente sería bastante peligroso incorporar al texto constitucional una frase de la Constitución inglesa (sic) que está insertada en el sistema jurídico anglosajón, porque les llevaría a una serie de confusiones, tanto en la relación de los dos sistemas jurídicos como de la recta interpretación del sistema jurídico que la Comisión desea incorporar en nuestra Constitución”. Véase sesión 101ª p. 15.

habrá nadie en Chile que no recurra a los tribunales para sostener que si bien la tramitación del pleito se ajustó a la ley, él no fue ni justo ni racional”¹⁷.

Las posibilidades de desarrollo jurisprudencial del debido proceso a partir de esta particular consagración constitucional eran, como se comprende, muy escasas. Excluida por el artículo 20 CPR de las garantías que habilitaban la interposición del recurso de protección y confinada a servir de parámetro de las leyes cuya constitucionalidad fuera impugnada por la vía del recurso de inaplicabilidad, puede perfectamente comprenderse la escasa significación del principio en la jurisprudencia previa a la Reforma Procesal Penal.

Pero otro factor iba a contribuir también a este fenómeno: la incorporación al derecho chileno de los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, a la fecha en que la Comisión Constituyente discutía el proyecto que iba a dar lugar a la Constitución de 1980, Chile había ya suscrito y ratificado dos tratados internacionales cuyos alcances pasaron completamente inadvertidos para la Comisión: el primero de ellos es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, suscrito por Chile el 16 de diciembre de 1969 y ratificado el 10 de febrero de 1972; el segundo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”) suscrito por Chile el 22 de noviembre de 1969 y cuya ratificación se encontraba pendiente. Estos dos pactos, que el Gobierno Militar no había considerado vigentes por encontrarse pendientes, el primero, de su ratificación y, el segundo, de su publica-

ción en el Diario Oficial, fueron incorporados al derecho chileno mediante la modificación del inciso 2º del art. 5º CPR, operada por el artículo único, Nº 1, de la Ley de Reforma Constitucional Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989. A partir de ese momento, la Constitución Política declararía que: “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”; y que: “Es deber del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Esa modificación constitucional, que precedió a la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos, efectuada con fecha 21 de agosto de 1990, y publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, y a la publicación en el Diario Oficial del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, con fecha 29 de abril de 1989, iba a incorporar en el derecho chileno un extenso catálogo de *garantías judiciales*, que aparecen enunciadas, como tales, en dichas convenciones, descritas con la misma precisión y especificidad que los constituyentes habían evitado al optar por la “expresión escueta” tantas veces mencionada.

Así, revisando el PIDCP se puede constatar que esta Convención establece en su artículo 14 un extenso catálogo de garantías de orden procesal, omitiendo toda referencia al concepto de “debido proceso”¹⁸. La CADH, del mismo modo, alude sólo incidentalmente a la

¹⁷ Y agregar: “Entonces, lo anterior no puede establecerse como garantía sustantiva del proceso, sino como una exigencia para que el legislador se preocupe de que, cuando se establecen normas de procedimiento, el proceso sea racional y justo, en términos tales que si el día de mañana un legislador arbitralario pretendiera, en materia de tribunales vecinales o de lo que fuere, establecer procedimientos que fueran manifestamente irracionales, se pueda, en mérito de este precepto, recurrir a la Corte Suprema para solicitar que todas las disposiciones que establecen ese proceso son inaplicables, porque el legislador no ha cumplido ni cautelado la obligación de establecer normas que garanticen un racional y justo proceso”.

¹⁸ Las garantías enumeradas son las siguientes: 1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los

noción de debido proceso en su art. 46.2¹⁹, pero al regular las garantías de orden procesal, lo hace enumerándolas detalladamente en su artículo 8º bajo el ya citado título de “garantías judiciales”²⁰:

Continuación nota 18

intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario. 2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley. 3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella; b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección; c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas; d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo; e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo; f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal; g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable. 4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social. 5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. 6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido. 7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

¹⁹ Este artículo exige a las denuncias y reclamos por violaciones de la Convención del requisito de agotamiento de los recursos internos y del plazo límite de seis meses para su interposición cuando “no exista en la legislación interna del Estado de que se trata el *debido proceso legal* para la protección del derecho o derechos que se alega han sido violados”.

²⁰ El artículo 8º reza textualmente: Artículo 8. Garantías judiciales. 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la

El resultado de lo anterior es evidente: incorporado a nuestro derecho interno un extenso catálogo de garantías de este orden, que se sitúan a la par de la fórmula del “justo y racional procedimiento”, la función integradora de este último se convierte en superflua. Allí donde las garantías judiciales que podrían ser integradas tienen un reconocimiento autónomo, el aporte que puede hacer la cláusula del debido proceso resulta prácticamente nulo.

IV. LAS (ENORMES) POSIBILIDADES
DE LA FUNCIÓN DE GENERACIÓN DE REGLAS
A PARTIR DE LA REFORMA PROCESAL PENAL CHILENA

La aparente intrascendencia que el principio del debido proceso parecía condenada a tener, desde entonces, en el derecho constitu-

Continuación nota 20

ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculpa-do de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculpa-do de la acusación formulada; c) concesión al inculpa-do del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculpa-do de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpa-do no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de inter-rrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obliga-do a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable; y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculpa-do solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculpa-do absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

cional chileno, habría de cambiar, no obstante, con la legislación generada por la Reforma Procesal Penal Chilena de fines del siglo XX.

Junto con imponer una razonable división de los poderes de persecución penal, la Reforma convirtió en función central de la judicatura asegurar el respeto de los derechos fundamentales a través de diversos sistemas de control, preventivos y correctivos. Entre los primeros, merecen destacarse (1) el mecanismo de autorizaciones judiciales de los artículos 80A CPR y 9º CPP, que requiere de la intervención judicial previa a toda actuación del procedimiento que “privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare”; y (2) el sistema de cautela de garantías establecidos por el artículo 10 CPP que se aplica cuando “el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la Constitución Política, en las leyes o en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Entre los segundos, deben mencionarse (1) el régimen de nulidades procesales, que exige presumir de derecho la existencia del perjuicio “si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República” (art. 160 CPP); (2) la exclusión de prueba ilícita, que impone al juez de garantía el deber de excluir “las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales” (art. 276 CPP); y (3) el recurso de nulidad, que asigna a la Corte Suprema la función de declarar la nulidad del juicio oral y la sentencia “cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”²¹.

²¹ Me he referido antes a estos mecanismos de protección de garantías en LÓPEZ, J. (con HORVITZ, M. I.), cit., t. I, pp. 100-103.

En esta realidad normativa, resulta evidente que lo que se impone a los jueces es la utilización de los principios constitucionales como estándares frente a los cuales debe enfrentarse ya no sólo la legislación, sino también la conducta de los agentes de la persecución penal e, incluso, de los propios jueces. Los principios constitucionales deben necesariamente convertirse en fuentes generadoras de reglas para la persecución penal y, entre ellos, el principio del debido proceso es llamado a cumplir un rol protagónico.

Así, y para comenzar, la denominación de “juez de garantía”, se funda en la convicción de que su función primordial era asegurar el respeto a la garantía del principio del debido proceso²². Aunque errónea²³, esta decisión refleja hasta qué punto este principio constituyó

²² En efecto, el proyecto de ley de nuevo Código Procesal Penal presentado por el Ejecutivo no utilizaba la expresión “juez de garantía”, sino la más tradicional de “juez de control de la instrucción”. En su segundo trámite constitucional, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado acogió por unanimidad de sus miembros dos indicaciones (indicación Nº 10, del Senador Parra, y Nº 10 bis, de los Senadores Cordero y Sange), que habían sido presentadas para reemplazar la frase “juez de control de la instrucción” por “juez de garantía”, por estimar que es la denominación adecuada “dado que su función no es controlar la instrucción sino garantizar el respeto de las garantías constitucionales de los intervinientes” MARRUFA, C., (coord.), *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, t. I, p. 340. Este acuerdo fue corroborado por la aprobación ulterior de la ley Nº 19.665 de 9 de marzo de 2000 que reformó el Código Orgánico de Tribunales, consagrando la denominación de juez de garantía o juez de juzgado de garantía. Sin embargo, el proyecto del Ejecutivo no hablaba de juez “de garantía” (en singular) sino “de garantías” (en plural). La expresión “juez de garantía” usada así, en singular, obedece a una indicación del Senador Parra durante la tramitación del proyecto de reforma al Código Orgánico de Tribunales, en el sentido de que la función del juez sería “hacer efectiva la garantía del debido proceso consagrada en el numeral 2º (sic) de la Constitución Política, por lo que la expresión “garantía” debe ser usada en singular”.

²³ La decisión de usar el singular en la denominación “juez de garantía” es errónea porque la función del juez de garantía excede la cautela del debido proceso, ya que incluye la protección de los derechos de terceros que no pueden invocar ese principio (v.gr. art. 80 A inc. 3º CPR y art. 9º CPP) y porque comprende la cautela de otras garantías que no integran la del debido proceso (v.gr. inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada (art. 19 Nº 5º CPR); derecho de propiedad (art. 19 Nº 24 CPR).

un punto focal de la discusión legislativa de la Reforma Procesal Penal.

La misma situación se observa si se revisa la discusión legislativa de los diversos mecanismos de control de garantías constitucionales descritos más arriba. Así, por ejemplo, en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó constancia que uno de los dos “objetivos fundamentales” a los que apuntaba el recurso de nulidad era “la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule)...”²⁴

Si se analizan las funciones asignadas a la judicatura; los mecanismos de protección de garantías constitucionales que se crean; y la forma en que la ley se refiere a las garantías contenidas en la Constitución y en los tratados, resulta absolutamente evidente que, en su diseño, la Reforma Procesal Penal no pretendió *generar legislativamente* reglas de procedimiento que determinaran la conducta de los agentes de la persecución penal, sino que dejó entregada la función de generar dichas reglas a *los tribunales de justicia*, a partir de un desarrollo jurisprudencial que supone verificar, caso a caso, la consistencia de conductas pretendidas (autorizaciones judiciales, cautela de garantías) o realizadas (nulidades, exclusiones probatorias), con principios de orden constitucional que deben ser dotados de contenido.

Este diseño constituye un cambio fundamental en el rol de los tribunales de justicia que abre enormes posibilidades a todas las garantías constitucionales, y, en particular, al principio del debido proceso. Si el principio del debido proceso había perdido importancia con la incorporación de las garantías judiciales contenidas en los tratados internacionales, la Reforma Procesal Penal volvió a ponerlo en

el centro del debate, requiriendo de nuestros tribunales un importante esfuerzo por determinar su sentido y alcance. Los jueces de garantía, haciendo honor a su nombre, resultan así llamados a resolver en cada caso si las conductas de los fiscales y policías respetan ese principio al autorizar medidas intrusivas, cautelar garantías y excluir pruebas; las cortes de apelaciones asumen el mismo rol al conocer de la impugnación de las resoluciones que excluyen la prueba ofrecida por el Ministerio Público y la Corte Suprema es llamada a ejercer el rol protagónico al concedérsele la última palabra por la vía del conocimiento y fallo del recurso de nulidad.

Si todo funcionara conforme a lo proyectado, la Reforma Procesal Penal debería ser, probablemente, el hito más importante en el desarrollo de las garantías constitucionales en Chile y, en particular, de la garantía del debido proceso: al cabo de algunas décadas, la situación de los derechos fundamentales en Chile podría escribirse a partir de la jurisprudencia producida en materia procesal penal.

V. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA EN MATERIA DE DEBIDO PROCESO, DURANTE LOS CINCO PRIMEROS AÑOS DE REFORMA PROCESAL PENAL

¿Están respondiendo a estas expectativas nuestros tribunales de justicia, ahora que se cumplen, en diciembre de 2005, los primeros cinco años de funcionamiento de la Reforma Procesal Penal?

Paremos nuevamente con un par de ejemplos, que constituyen casos en que la Corte Suprema chilena ha debido lidiar con situaciones muy similares a las que enfrentó la Corte Suprema norteamericana en *Stowall v. Danno* y *Foster v. California*.

Comencemos por la causa rol N° 3.319-02 (2002), en la que se planteó el problema del reconocimiento individual (*showup*). En su recurso de nulidad, el defensor reclamaba la concurrencia de tres vi-

²⁴ MATURANA, C. (coord.), cit., t. III, p. 109.

cios en la actuación policial, uno de los cuales era el “reconocimiento que la víctima efectuó respecto del imputado, sin cumplir con aspectos básicos; como sería la orden previa del Fiscal, ya que sólo se efectuó por iniciativa de Carabineros y sin incluir en el reconocimiento a otros individuos para dicha confrontación”. De hecho, el reconocimiento se había efectuado, en este caso, por la dependiente del local asaltado al interior del radiopatrullas donde se encontraba el detenido. En este primer caso, la Corte no se pronunció acerca de si el reconocimiento era adecuado o no porque, luego de observar que existía otro testigo y que hubo detención flagrante, concluyó que no existía una infracción sustancial de garantías. Así, en su sentencia de 29 de octubre de 2002, concluyó: “En estas condiciones, aun aceptando, lo que no está demostrado por quien recurre, que no se observó profliamente los detalles procesales de la incautación del arma, su cadena de custodia y con el reconocimiento que hizo la víctima respecto del detenido en este procedimiento, el que por lo demás corresponde claramente al de un delito flagrante, lo cierto es que esas probables deficiencias no tienen el carácter de sustanciales que permitan a este tribunal disponer la nulidad del juicio y, consecuentemente, de la sentencia en contra de la cual se recurre”.

El tema de las condiciones en que se practica, en Chile, el reconocimiento en rueda de presos (*lineup*) surgió, por su parte, en el caso públicamente conocido como “Monjas de La Serena”, que fue sometido a la Corte Suprema en recurso de nulidad rol N° 964-2003. La situación del reconocimiento era crítica porque el Tribunal de Juicio Oral había resuelto, en definitiva, condenar a dos personas (Armando Tapia y Carlos Vivanco) por un hecho que sólo se había considerado originalmente cometido por una. En el juicio, nueve religiosas habían señalado, coincidentemente, que en la madrugada de 17 de octubre de año 2001 habían visto a un hombre en el interior de colegio, específicamente en el sector de los dormitorios que ellas ocupaban, llevando un cuchillo en sus manos y que habían visto

su rostro cuando éste, al recibir un golpe en la cabeza, se levantó el gorro pasamontañas que usaba. De las nueve, ocho reconocieron en el juicio a Armando Tapia como la persona que vieron ese día. Armando Tapia, sin embargo, había negado categóricamente toda participación en el hecho que, por el contrario, había sido completamente admitido por otro imputado (Carlos Vivanco), quien declaraba haber actuado solo y no conocer siquiera al señor Tapia. El tribunal se encontró, entonces, con víctimas que afirmaban haber visto a un solo autor, con un acusado confeso que no era reconocido como tal por las víctimas, y con un acusado que clamaba inocencia y que había sido, sin embargo, reconocido por casi todas ellas.

La conclusión a que había llegado el Tribunal de Juicio Oral era que la explicación para esta situación era que había dos autores que habían actuado en etapas distintas de la comisión del delito, y los había condenado a ambos. Pero la decisión no había sido unánime. En su voto disidente, una de las jueces que había integrado el tribunal se había manifestado partidaria de absolver a Armando Tapia poniendo énfasis en las condiciones en que se practicó su reconocimiento previo al juicio. La disidente explicaba que de las ocho monjas que reconocieron al acusado, cuatro de ellas habían visto antes a Armando Tapia en la Subcomisaría de las Compañías, el día 18 de octubre de año 2001, en una diligencia que ella calificaba de “muy peculiar”. Según su relato, Tapia había sido sacado de su hogar engañado por la policía y conducido al cuartel policial a pretexto de control de identidad, y puesto luego frente a una ventana a través de la cual había sido mostrado a las cuatro religiosas mientras conversaba con un policía. Tapia se encontraba sin cordones y con parches en la cara. Las cuatro monjas estaban juntas, tres de ellas mirando al mismo tiempo mientras una de ellas permanecía atrás. La persona con la cual conversaba Tapia era un policía que estaba investigando el caso y que había visitado a las monjas previamente. Tras ser reconocido por las religiosas en estas circunstancias, cinco de ellas habían sido lleva-

das a la ciudad de Vicuña, algunos días después, para un nuevo reconocimiento. Se trataba, ahora, de una rueda de presos en la que, además de Armando Tapia, se encontraba presente el homicida confeso, Carlos Vivanco. La primera monja que había pasado a practicar el reconocimiento era Aurelia Velásquez, una de las que mejor había visto el rostro del autor el día de los hechos. Ella había sido la primera en verlo, lo había visto sacarse el pasamontañas y herir con el cuchillo a la religiosa que luego resultó muerta. La religiosa, que no había participado en el anterior reconocimiento en el cuartel policial al ser sometida al nuevo reconocimiento en rueda de presos, reconoció a Carlos Vivanco –y no a Armando Tapia– como el autor. Pero luego de que pasaran las demás testigos, que lo hacían una a una, Aurelia Velásquez había solicitado ingresar de nuevo a la sala de reconocimientos, modificando su anterior apreciación e identificando esta vez a Armando Tapia.

La Corte Suprema dictó sentencia en este recurso con fecha 12 de mayo de 2003, considerando que el juicio y la sentencia eran nullos por insuficiente fundamentación de la condena de Carlos Vivanco, en cuanto no se había explicado cómo se superaban científicamente las contradicciones entre diversos informes periciales psiquiátricos, uno de los cuales diagnosticaba una psicosis paranoide crónica de Vivanco. Acogiendo, así, el recurso por la causal del art. 374 letra e), la Corte omitió pronunciamiento sobre los demás fundamentos del recurso, conforme a lo previsto por el art. 384 CPP, dejando así, sin solución, los graves problemas que la diligencia de reconocimiento planteaba.

La Corte dejaba pasar así, por segunda vez en menos de un año, una extraordinaria oportunidad para pronunciarse acerca de las condiciones que la policía debía cumplir para reconocer legitimidad a las diligencias de reconocimiento de imputados en Chile.

¿Son, éstos, casos aislados, o manifiestan una actitud general ante el desafío de la creación de reglas? La única manera de aproximarnos

a una respuesta más amplia es revisando de manera general la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal desde los comienzos de la Reforma Procesal Penal Chilena. Utilizando la base de datos más completa de la que disponemos hoy en día, es posible observar que al 2 de noviembre de 2005, nuestra Corte Suprema ha producido a lo menos 62 fallos que han considerado en algún modo el concepto de “debido proceso”²⁵.

El análisis de estos fallos se resume en lo siguiente:

(1) En doce casos²⁶, sólo existe una alusión incidental al concepto de “debido proceso” en el texto del recurso, de la sentencia recurrida, o de la propia decisión de la Corte Suprema (ej.: se reproduce un argumento de la parte en que se mencionó el debido proceso, o el tribunal lo menciona como una condición genérica de legitimidad de sus resoluciones);

(2) En cuatro casos²⁷, se invoca infracción del principio del debido proceso pero la Corte sólo dice que no hay violación, sin explicar los alcances del principio (ej.: se dice que no se violó el debido proceso porque la resolución “fue expedida por tribunal competente, que se ha ajustado en todo al procedimiento señalado por la ley” (rol Nº 1765-05); o que sí se violó porque “del contenido del juicio no se

²⁵ Para este trabajo, he usado la base de datos de LexisNexis actualizada al 2 de noviembre de 2005, utilizando cuatro modos de búsqueda: (1) combinación de descriptores “debido proceso”-“Corte Suprema”-Nuevo Proceso Penal; (2) combinación de descriptores “racional” y “justa”-Corte Suprema-Nuevo Proceso Penal; (3) combinación de descriptores “proceso previo”-Corte Suprema-Nuevo Proceso Penal; y (4) combinación de descriptores “19 No 3”-Corte Suprema-Nuevo Proceso Penal. No me fue posible intentar una investigación similar en relación con las resoluciones de los juzgados de Garantía ni Cortes de Apelaciones, dado que las bases de datos nacionales no recogen en forma extensiva ni sistemática el trabajo de estos tribunales.

²⁶ Roles Nºs. 1393-02; 1633-02; 2975-02; 4361-02; 1424-03; 1743-03; 4793-03; 5259-03; 1880-04; 2108-04; 3090-04; 1025-05.

²⁷ Roles Nºs. 5156-02; 260-04; 2108-04 y 1765-05.

desprenden elementos suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia” (rol N° 2108-04);

(3) En veinte casos²⁸, se invoca infracción del debido proceso pero la Corte no se pronuncia por considerar que el recurso es de competencia de la Corte de Apelaciones ya que la infracción podría constituir un motivo absoluto de nulidad del art. 374 CPP, o la causal de la letra b) del art. 373 CPP;

(4) En tres casos²⁹, se invoca infracción del debido proceso pero la Corte no se pronuncia por considerarlo innecesario (ej.: se acoge el recurso por el motivo absoluto de nulidad el art. 373 letra e) CPP, limitándose a analizar esa causal conforme al art. 384 inc. 2° CPP (rol N° 964-2003);

(5) En cinco casos³⁰ se invoca infracción del debido proceso pero la Corte no se pronuncia por considerar la alegación extemporánea (ej.: se dice que “los argumentos esgrimidos por los recurrentes al sustentar el recurso y la causal que le otorga competencia a esta Corte, dicen relación... con vicios acaecidos con anterioridad al juicio oral, por lo que no pueden ser objeto de este recurso” (rol N° 4377-04);

(6) En cinco casos³¹ se invoca infracción del debido proceso pero la Corte rechaza el recurso por vicios formales en su interposición (ej.: la Corte sostiene que el recurso no contiene peticiones concretas porque “se limita a pedir la nulidad del fallo, en circunstancias que en tal evento lo que correspondería sería la nulidad del juicio, petición que no se ha formulado” (rol N° 3989-04); o que no contiene peticiones concretas porque el recurso no reiteró en el peticorio la

²⁸ Roles N°s. 1660-01; 3154-01; 3563-01; 5018-01; 1529-02; 1754-02; 2539-02; 4880-02; 1192-03; 2307-03; 4332-03; 4502-03; 5176-03; 5445-03; 1610-04; 4179-04; 4230-04; 4269-04; 237-05; y 740-05.

²⁹ Roles N°s. 964-03; 4483-03 y 5444-04.

³⁰ Roles N°s. 1831-03; 4482-03; 4377-04; 4727-04 y 5154-04.

³¹ Roles N°s. 5018-01; 2020-02; 4451-02; 4296-04 y 3989-04.

mencción de la causal del artículo 373 letra a) CPP que había sido invocada como fundamento del recurso (rol N° 4451-02);

(7) En tres casos³² se invoca el debido proceso pero el recurso se rechaza por considerarse que la infracción no es sustancial (ej.: la Corte considera que existe prueba de cargo independiente suficiente para condenar, por lo que, aun de existir irregularidades –lo que no declara– ellas no tendrían un carácter sustancial (roles N° 3319-02 y 5444-04);

(8) En dos casos³³ la Corte sólo se pronuncia sobre la titularidad del derecho al debido proceso;

(9) En sólo siete casos³⁴, la Corte analiza el concepto debido proceso. En ninguno de ellos, sin embargo, ese análisis sirve para fijar una sola regla de persecución penal. Predomina, por el contrario, la idea de que el principio del debido proceso dice relación con el respeto de garantías generales del juzgamiento³⁵, que no puede existir

³² Roles N°s. 2438-02; 3319-02 y 5444-04.

³³ Roles N°s. 1989-02 y 2538-02.

³⁴ Roles N°s. 1831-03; 4423-03; 5362-03; 5393-03; 1024-04; 3097-04 y 3303-04.

³⁵ Así: (i) en causa rol N° 1831-03, se declara que el principio del debido proceso “condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional, en primer término a la existencia de un órgano dotado de la facultad de conocer y juzgar una causa civil o criminal, en los términos del artículo 73 de la Constitución Política y, en segunda, a que la sentencia sea la consecuencia de un proceso previo, que en el sentir del constituyente, esté asegurado por reglas formales que conformen un racional y justo procedimiento e investigación, cuya regulación deberá verificarse a través de la ley, que contemple una etapa de la investigación que no se aparte de las normas de actuación del Ministerio Público y de la policía, de un oportuno conocimiento de la acción, una adecuada defensa y la producción de la prueba correspondiente en las audiencias practicadas ante el Juzgado de Garantía o ante el Tribunal del Juicio Oral en lo penal”; (ii) en causa rol N° 5362-03, se afirma que, independientemente de la decisión sobre el fondo, no hay infracción al debido proceso ya que “la conducción del proceso estuvo a cargo de jueces cuya independencia e imparcialidad no ha sido cuestionada; que el afectado tuvo información de las conductas ilícitas que se le imputaban; fue oído y expuso, a través de su defensa letrada, los argumentos convenientes a sus intereses; se le brindó la ocasión de rendir prueba; se pronunció por el tribunal una sentencia razonada que dirimió la controversia con la debida oportunidad; y, por último, el acusado ejerció ante el órgano jurisdiccional competente el derecho a impugnar lo resuelto.”

infracción al debido proceso si la conducta que se reprocha está de alguna manera autorizada por la ley³⁶ y que a la Corte no le corresponde ir más allá de los términos en que la garantía ha sido reconocida por la Constitución.³⁷

De esta manera, a cinco años de aplicación de la Reforma Procesal Penal, la jurisprudencia de la Corte Suprema prácticamente no da cuenta de que la función de generación de reglas esté siendo cumplida. Ello puede deberse, en parte, a que hasta hace poco tiempo nuestro máximo tribunal mantuvo una interpretación sumamente estrecha del artículo 373 letra a) CPP, conforme a la cual sólo le correspondía conocer de las infracciones al principio cometidas durante el juicio oral y no en las etapas anteriores del procedimiento. Ese criterio fue corregido por la Ley N° 20.074 de 14 de noviembre de 2005, que modificó el artículo 373 letra a) CPP para imponer a la Corte el deber de declarar la nulidad cuando la infracción se hubiere producido en “cualquier etapa del procedimiento”. Si la única razón del problema fuera esa, podríamos, entonces, considerarlo solucionado.

Pero lo cierto es que la modificación de esa norma no asegura que el principio del debido proceso pase ahora a cumplir la función de generación de reglas que el sistema reclama, porque para ello se re-

³⁶ Así: (i) en causa rol N° 4423-03 se declara que no hay infracción al debido proceso por la admisión de un testigo con identidad reservada si ella está autorizada por el legislador; (ii) en causa rol N° 5393-03, que no constituye violación del debido proceso la incorporación durante el juicio oral de una prueba que el Tribunal de Juicio Oral admitió, obrando legítimamente, en uso de una atribución legal que manifiesta la voluntad expresa del legislador; (iii) en causa rol N° 3097-04, que no es inaplicable por inconstitucional la norma que permite pronunciarse sobre el desahucio en delitos de acción privada con base en el exclusivo mérito de la querrela; y (iv) en causa rol N° 1024-2004, que constituye infracción al debido proceso aprehender con arresto a dos testigos para que se practiquen pericias psicológicas que habían sido solicitadas por el defensor para producir prueba de descargo, en un caso en que la ley no admite esa diligencia.

³⁷ Así, en causa rol N° 3303-04, se declara que a la Corte Suprema no le corresponde “entrar a pronunciarse acerca de la calidad de la defensa, por ser una cuestión que abiertamente excede las facultades de este tribunal”.

quiere que los tribunales de justicia asuman esa función en propiedad, tomando los casos que se les presentan como oportunidades para pronunciarse sobre los aspectos centrales de la actividad de persecución penal. Hemos dicho ya que esta función no le corresponde sólo a la Corte Suprema, sino también a los jueces de garantía y a las Cortes de Apelaciones. Se trata de una función que asigna a los tribunales un rol crucial en la definición de los derechos fundamentales y que les permite, por tanto, modelar la sociedad en que vivimos determinando el alcance de las garantías de las que todos gozamos.

El ejercicio de un rol de esta importancia no debería seguir siendo pospuesto.

VI. CONCLUSIONES

1. El principio del debido proceso está llamado a cumplir dos posibles funciones normativas: la primera, es una función integradora de otros derechos fundamentales y, la segunda, es una función de generación de reglas de persecución penal.

2. En Chile, la función integradora de otros principios resulta superflua, porque el ordenamiento interno chileno contempla, a través de los tratados internacionales sobre derechos humanos, un catálogo suficientemente amplio de garantías judiciales de carácter autónomo, que no requieren ser incorporadas a través del principio del debido proceso.

3. La Reforma Procesal Penal ha asignado al principio del debido proceso la función de generar reglas de persecución penal, a través de la jurisprudencia de los tribunales de justicia, entre las cuales la más importante es la que produce la Corte Suprema a través del recurso de nulidad.

4. Las garantías constitucionales, y entre ellas el principio del debido proceso, servirán para modelar la conducta de los agentes de persecución penal y determinar el alcance de los derechos fundamentales sólo en la medida que nuestros tribunales asuman esta función, y consideren los casos que se presenten ante ellos como oportunidades para ejercerla.