

BITÁCORA DE CURSO

PROCESAL IV

PROF. FLAVIA CARBONELL

Algunas abreviaciones que se usarán en este documento:

CPR: Constitución Política de la República. **CPP:** Código Procesal Penal. **TT.II.:** Tratados internacionales. **DD.FF.:** Derechos Fundamentales. **C.A.D.H.:** Convención Americana de Derechos Humanos. **PIDCP:** Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. **MP:** Ministerio Público. **DPP:** Defensoría Penal Pública. **T.J.O.P/T.O.P.:** Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. **J.G.:** Juzgado de Garantía. **A.C.D.:** Audiencia de Control de Detención. **A.P.J.O.:** Audiencia Preparatoria del Juicio Oral. **A.J.O. o J.O.:** Audiencia de Juicio Oral. **CENC:** Comisión de Estudios para una Nueva Constitución. **P.I.:** Presunción o principio de inocencia. **MATDR:** Estándar probatorio “más allá de toda duda razonable”. **NNA:** Niñas, niños y adolescentes.

Clase 1 (25.08)

El objetivo del curso de Derecho Procesal Penal es que puedan conocer los fundamentos de los sistemas procesales penales, las razones que sustentan cada institución - que pueden variar en el tiempo- y los principios que rigen y modelan la persecución penal en el ordenamiento jurídico chileno. Establecido este marco general, luego pasaremos a un estudio más detallado del funcionamiento del proceso penal propiamente tal, partiendo por el modelo de proceso penal ordinario (RG), para luego ver los procedimientos especiales que existen en esta materia.

A diferencia del derecho penal, que muchas veces no alcanza a referirse a la persona de carne y hueso, el derecho procesal penal se sitúa en la vereda opuesta, afectando de manera concreta a la persona en su interacción social. En ese sentido, el derecho procesal penal permite darle cierta identidad al sistema político bajo el cual queremos vivir, pues la definición de las conductas punibles y la manera en que estas se investigan y sancionan es una cuestión básica para la convivencia social, no sólo porque el bien jurídico que se afecta con la sanción es, generalmente, la libertad personal, sino porque también incumben al proceso penal la discusión sobre cómo se sanciona, cuáles son las garantías que ofrecerá la estructura procesal, o si es debido modificar el modelo procesal que rige en asuntos civiles para adaptarlo a las particularidades y garantías que estimemos deben tenerse en consideración respecto del imputado; es en este sentido que el modelo procesal penal constituye una decisión política importante.

Historia del proceso penal¹

Sistemas acusatorio e inquisitivo

En un primer momento encontramos los sistemas acusatorios, de hecho, este era el sistema en las antiguas Grecia y Roma, con algunas particularidades en la configuración de los sujetos intervinientes en el proceso.

Con proceso penal acusatorio nos referimos a uno en que los poderes que se ejercen se encuentran divididos entre un acusador, un imputado y un tribunal, el que está a cargo de dirimir la contienda entre acusador e imputado. Históricamente, el acusador no era siempre un órgano del Estado, existiendo a veces acusaciones particulares; esto significa que cualquier miembro de la comunidad, o incluso la víctima, podía acusar un delito o conducta típica considerada especialmente grave o con determinado tipo de sanciones

El sistema acusatorio se vincula a principios que dicen relación con la máxima latina “*nemo iudex sine actore*”, es decir, que no hay juez sin acusación, por lo que tampoco puede proceder de oficio el juez directamente (prescindiendo de una acusación).

Como contraparte al acusador, encontramos al imputado, la persona contra quien se dirige la acusación, la imputación de a ver realizado una conducta típica sancionada por el ordenamiento jurídico con una pena especialmente gravosa. Durante la antigüedad, el imputado era un sujeto de derechos, que ocupaba una posición similar a la del acusador frente al tribunal, pudiendo defenderse durante el proceso, que tenía la forma de un debate público, oral, continuo y contradictorio, en que acusador e imputado tenían la capacidad de contradecir lo que decía la parte contraria, utilizando la prueba como mecanismo para verificar que aquello que se afirmaba fuese verdadero. De estimarlo así el juez, se dictaba una sentencia condenatoria en tal sentido.

Este sistema acusatorio finaliza hacia el siglo XIII con la llegada de la Inquisición, instalándose, salvo en algunos países como Inglaterra, ese modelo inquisitivo, que está vinculado a la estructura del sistema político inquisitivo. Es importante tener presente que el sistema político vigente tiene relación con el modo en que un modelo procesal penal toma forma en una determinada comunidad, así, el modelo político inquisitivo, absolutista, en que el poder quedaba configurado de manera centralizada en el monarca, se refleja en lo procesal concentrando el poder en el inquisidor. Se trata de un sistema político absolutista que traspasa esa lógica a la configuración del proceso penal.

La diferencia en la manera en que se concibe el proceso penal en un sistema acusatorio y uno inquisitivo es muy grande. En el último, el imputado deja de ser un sujeto de derechos que concurre en igualdad de posición ante un tribunal, para pasar a ser un objeto de investigación sobre si ha realizado o no una determinada conducta prohibida, sancionada por el

¹ Tener como referencia el texto de Maier.

ordenamiento. Además, la investigación es llevada a cabo por el mismo inquisidor, eliminándose la idea de división de funciones entre ente acusador y tribunal, siendo el mismo inquisidor quien investiga y decide si corresponde sancionar o no al imputado. En este sentido, podemos hablar de persecución penal pública, porque es la autoridad que concentra el poder político quien acusa. Debemos tener presente que en este período la posibilidad de producir prueba no se encontraba restringida por consideraciones de derechos humanos, que fueron muy posteriores, comenzando a instalarse en el imaginario colectivo de forma posterior a la II° Guerra Mundial.

En este contexto, la averiguación de la verdad de la realización de la conducta perturbadora del orden jurídico podía alcanzarse por cualquier medio, lo que implicaba que no se articulara el proceso en torno a la noción del derecho a la defensa, existiendo una concepción de la “verdad” sin límite, admitiéndose medios probatorios que hoy consideraríamos ilícitos.

La investigación realizada por el juez inquisidor era secreta, y sin existencia de debate en el curso de esta. Todo el procedimiento se realizaba por escrito, de manera discontinua, a partir de la incorporación de las distintas diligencias al proceso. En cuanto a la prueba, imperaba el sistema de prueba legal o tasada, que fijaba las condiciones para dar por acreditados los enunciados sobre hechos, de manera análoga a lo que estudiamos a propósito del proceso civil.

El sistema inquisitivo, así configurado, tuvo extensa aplicación en Europa continental entre los siglos XIII y XVIII, espacio de tiempo en que fue característica del sistema que se autorizara a obtener confesiones de manera compulsiva, sin que ello se estimare contrario a la noción de DDHH.

En el caso chileno, el sistema establecido por el Código de Procedimiento Penal era inquisitivo. Nuestro ordenamiento establecía la presunción de inocencia, pero esta no se encontraba respaldada por otras normas del mismo código, el que inducía a concluir justamente lo contrario: el proceso era secreto, la prisión preventiva se decretaba casi automáticamente, y el imputado recibía el trato de un culpable, por lo que la PI era sólo un principio sin vigencia efectiva o material. Además, el imputado no era considerado realmente sujeto de derechos, consistiendo el procedimiento en un intento del inquisidor de llegar a la verdad por cualquier medio, incluso la tortura.

La descripción de Maier incluye también un **sistema mixto**, que sería el que prevalece en los países occidentales con posterioridad al s. XVIII. En este sentido, es la Revolución Francesa el punto de inflexión para el derecho y la configuración de los modelos procesales penales. Maier se refiere a estos sistemas como “sistema inquisitivo reformado” o “sistema mixto”, y son aquellos en que se mantienen elementos del sistema inquisitivo, combinándolos con algunos del modelo acusatorio, y agregando también nuevas consideraciones al modelo de proceso penal.

Frente al triunfo político del iluminismo, la Revolución Francesa, y el advenimiento de la independencia de EE.UU. como fenómenos históricos contemporáneos, la tendencia es a regresar a un sistema acusatorio, incluso de acusación popular, como los que existieron en las antiguas Grecia y Roma, y que había sido conservado en Inglaterra durante la época de la Inquisición. Hasta ese momento, los sistemas inquisitivos seguían reivindicando la persecución penal pública, y teniendo como baluarte la idea de obtención de la verdad como finalidad epistémica principal del proceso, pero con la Revolución Francesa comienza a ponerse acento en la cautela de los derechos del individuo, en el tratamiento como inocente de la persona del imputado, el derecho a un juicio previo, la idea de que todos debiesen gozar de una defensa eficaz y, especialmente, que la libertad es un bien jurídico que no puede afectarse a menos que hubiera recaído sentencia de culpabilidad en contra de un sujeto, lo que llevó también a la prohibición de coacción a los sujetos sometidos a un proceso penal. Todas estas cuestiones fueron morigerando la idea de un proceso puramente inquisitivo, y dando paso a sistemas mixtos.

Estos sistemas mixtos se caracterizaron por tener, al menos, tres pasos o etapas, lo que se replicaron en nuestro CPP del año 2000, con ciertas características particulares.

1. **Etapas de investigación.** En ella, el ente persecutor -público- realiza una serie de actos destinados a investigar la denuncia de que se ha cometido un delito.
2. **Etapas intermedia.** Esta “etapa” en realidad tiene por objeto ser una especie de cedazo, que asegure que la persecución penal pública tiene cierto sustento: que es una acusación seria respecto de la cual existe prueba. Esta etapa tiene lugar antes de que se pase a la última etapa, de juicio público, con el fin de que lleguen a esa instancia sólo aquellas acusaciones fundadas, permitiendo que en ella se desplieguen otras características de un proceso penal, como son el debate público y la contradicción.
3. **Etapas de Juicio.** El juicio, propiamente tal, se lleva a cabo frente a un tribunal de justicia, el que no siempre estuvo integrado por jueces profesionales, pues dependiendo del modelo, podemos encontrar tribunales constituidos por jueces legos, accidentales, o derechamente juicio por jurados.

La descripción hecha por Maier de los sistemas mixtos se basa en el Código de Instrucción Criminal francés de 1808, extrayendo de él una serie de características relevantes propias de los sistemas mixtos, con prevalencia de las características de un modelo acusatorio:

1. **Existencia de una jurisdicción penal.** Esta se ejerce por tribunales, aunque la configuración de estos puede variar entre jueces profesionales y jueces no profesionales, con mayor participación popular: lo que conocemos como juicio por jurados.
2. **La persecución penal se encuentra en manos de órganos estatales específicos.** Se trata de órganos de la administración con el carácter *sui generis* de cumplir como función la persecución penal. En principio, había ciertas excepciones en que algunos tipos de delito sólo pueden ser perseguidos por el ofendido -lo que nosotros

llamaremos delitos de acción penal privada- pero la regla general es que la persecución sea llevada delante de forma pública por el órgano estatal encargado de ella.

3. **El imputado es considerado un sujeto de derechos.** Durante el juicio, el imputado tiene la posición jurídica de inocente², la que sólo puede ser revertida demostrando su culpabilidad. A esto, en Derecho Penal, se llama principio de culpabilidad, y es la contracara del principio de presunción de inocencia en materia procesal penal. Esta posición implica que, en el sistema mixto, la privación de libertad es excepcional, y el sujeto imputado -que es sujeto de derechos- cuenta además con la posibilidad de defenderse jurídicamente (derecho a la defensa, que estudiaremos como parte integrante del debido proceso penal).
4. **Procedimiento dividido en etapas.**
 - a. **Investigación preliminar o etapa preparatoria.** Se deja constancia de las diligencias en actas, las que en principio eran secretas, abandonando ese carácter a finales del s. XIX (salvo en Chile, en que el resguardo del secreto sumario era la regla en el antiguo proceso penal, que estuvo vigente hasta el año 2000).
 - b. **Etapas intermedia.** Tiene por objeto verificar que la acusación sea seria, y controlar los actos del ente acusador (en el caso chileno, el Ministerio Público), cuestión que se mantiene en la actualidad.
 - c. **Etapas de juicio.** En el juicio propiamente tal se lleva a cabo el debate público, estructurado sobre determinados principios, tales como oralidad, publicidad, concentración de las gestiones en una única audiencia o en audiencias sucesivas, continuidad, presencia ininterrumpida de los sujetos procesales como garantía de la inmediación de los jueces, y la libre defensa del imputado.
5. **Valoración de la prueba.** En los modelos mixtos, los sistemas de valoración que encontramos son el de íntima convicción, y libre convicción o sana crítica.
 - a. Con “sistemas de íntima convicción” hacemos referencia a aquellos en que las no existe la obligación de justificar o exteriorizar las razones que sustentan la decisión del tribunal. Este tipo de sistemas se asocia a aquellos en que el tribunal se compone por jueces no profesionales o de jurados; en estos casos, la íntima convicción se producirá a partir de lo que se percibe, de la historia que se reconstruye a través de las actuaciones de los intervinientes, sin necesidad de fundar sus fallos.

Podría pensarse que este sistema de íntima convicción escapa de la práctica de dar razones que legitimen el actuar del tribunal porque existe un modelo político en que el poder está muy concentrado, pero contra intuitivamente, los sistemas inquisitivos estaban regidos por sistemas de valoración legal o tasada, que pretendía limitar las amplias facultades del inquisidor en la etapa de investigación, aunque siendo un límite más bien formal, con que se permitía que siempre se recabare prueba suficiente para arribar a una condena.

² Más adelante, nos referiremos a esto como “presunción de inocencia como regla de trato”.

Dado que en estos sistemas no se exige justificar la decisión o exteriorizar las razones que llevan a ella, difícilmente puede existir un control racional de la decisión.

- b. Por otra parte, un sistema mixto que tenga como regla rectora de valoración de la prueba la libre convicción o, mejor dicho, de sana crítica, generalmente se asocia a la presencia de jueces profesionales, conocedores del derecho y del conocimiento del material normativo vigente, lo que les permite arribar a una determinada decisión. En los sistemas de libre valoración o sana crítica, el tribunal tiene la obligación de justificar su decisión de acuerdo con límites de racionalidad epistémica general, que son aquellos que concentran reglas de sana crítica como la de nuestro art. 297 inc. 1° CPP que indican que, al valorar, el juez debe atenerse a los conocimientos científicamente afianzados, máximas de la experiencia y reglas de la lógica; como hemos visto en otras ocasiones, estas son consignas del legislador, pero más allá del derecho, son reglas de racionalidad epistémica general, que tienen por objeto justificar una determinada decisión, dar cuenta de las razones que la sustentan, y permitir un control de ella, sea procesal o público.

Desde la teoría de la prueba, los sistemas de íntima convicción no encajan en una concepción racionalista, pues en ellos no son relevantes las razones sino la persona de que adopta la decisión, con lo que se alejan del marco conceptual de Estado de Derecho, cuya principal característica en cuanto modelo de organización política consiste en que los órganos del Estado sometan su actuar a las condiciones que el propio derecho les impone, sean estas condiciones formales (actuación, competencias), o sustantivas (respetar los derechos subjetivos de las personas). Recordemos que, de acuerdo con Atria, el Estado de Derecho es una red más o menos compleja de instituciones y modos de decisión, y legitimación, que tienen por aspiración hacer posible la vida en comunidad sin opresión, limitando el poder político, lo que se produce por el propio derecho. Si es correcto lo hasta aquí indicado, un sistema de íntima convicción se posiciona fuera de los márgenes; además, no contribuye a seguridad jurídica, si la entendemos como la capacidad que tienen los sujetos destinatarios de las normas jurídicas y las decisiones judiciales, de identificar las conductas permitidas, prohibidas y obligatorias, y tener, al menos, la posibilidad de ajustar su actuación a dichas conductas.

La “íntima convicción”, en definitiva, puede hacer desaparecer la idea de previsibilidad de decisiones judiciales, siendo muy perjudicial para un Estado de Derecho, pues incluso si el fallo debe enmarcarse en un ordenamiento jurídico, es difícil pensar que ello sea revisable si no se cuenta con las razones que subyacen a la decisión.

Preguntas

→ *¿Qué pasa cuando el mismo sistema no es garantía para sus propios ciudadanos, por ejemplo, en el caso Huracán? El proceso falla como garantía al debido proceso. ¿Existió alguna sanción más allá del ámbito administrativo? ¿Cómo implementar sanciones reales en caso de obtener pruebas ilícitas y si aparataje internacional es posible de contribuir a esa sanción?*

El diseño de modelos de proceso penal no logra revertir o aplacar todos los posibles defectos en su implementación. Aun cuando es posible tener un excelente código con garantías, la implementación puede ser desastrosa. No es el caso de la reforma procesal chilena, pero muchas cuestiones han fallado por falta de implementación, como capacitaciones a la policía o falta de eficacia en las sanciones administrativas o penales.

Desde el punto de vista del derecho internacional pueden existir sanciones al Estado si este no remedia este tipo de situaciones, por ejemplo, cuando el Estado ha incurrido en falencia en la investigación de ilícitos penales debidamente denunciados. Un caso famoso el de Campo Algodonero contra México, en ese caso existieron defectos graves en el proceso de investigación, que trajeron consecuencias para el resultado del caso (homicidio de jóvenes). Dado que la policía incumplió su rol garantista, el Estado Mexicano fue sancionado. Esa una vía, pero no es fácil ni oportuna a la cual acceder.

Cualquier proceso nacional puede tener defectos, y las respuestas pueden ser administrativas, indemnizatorias y también penales, en caso de comisión de ilícitos por los funcionarios intervinientes.

→ *¿Podría existir defecto del sistema, si es el mismo sistema (caso huracán) el que, al realizarse la denuncia, responde anulando mediante un recurso de apelación la prisión preventiva que había sido dictada y que, además, ahora está respondiendo mediante el enjuiciamiento de los presuntos responsables?*

Respondiendo de forma general, a veces el sistema tiene ciertos mecanismos para evitar este tipo de problemas pero, y en forma global, sobrevienen falencias en su implementación. En perspectiva, la cantidad de irregularidades que cometen las policías en sus actividades en sede de investigación son muchísimas, y eso hace que luego que mucha de la prueba que se genere, o la falta de ella incluso, traiga consecuencias perjudiciales para un proceso penal guiado por la presunción de inocencia y el fin epistémico de la averiguación de la verdad.

Hay formas de reaccionar, pero la crítica debe ser más general, dirigida a tomarse en serio los procesos de implementación y seguimiento de cambios legislativos de esta envergadura.

Existen ciertos análisis al respecto, pero hay falta de acceso datos sobre la forma en que ha funcionado el proceso penal desde la reforma, nuestro sistema solamente ha tenido una evaluación parcial, y ha decepcionado en un porcentaje importante, incluso a quienes promovieron la reforma. No funciona tan bien como se pretendía, y ello no responde a una cuestión exclusiva y necesariamente legislativa, sino a la capacitación de las personas que

están operando en este sistema: jueces, policías, MP, defensores, etc. Es un problema más general, la persistencia de alegaciones de prueba ilícita por parte de la defensa no da cuenta de una estrategia defensiva, sino que se están cometiendo irregularidades en este aspecto.

→ *¿Características de los modelos indicados anteriormente aplican de manera general o hay ciertas diferencias según algún grupo (privilegios)?*

La referencia fue de manera general, pero que no se diferenció según el contexto social-político de cada una. Solamente con posterioridad a la revolución francesa, en cierta medida, uno podría hablar de algo así como un derecho a la igualdad que también tenga efectos en contextos procesales más general. Este punto de inflexión en materia de igualdad jurídica, política y procesal tardó mucho en consolidarse. Basta con ver las diferencias que aún subsisten en el ordenamiento jurídico que impactan en la configuración del proceso penal.

Antes existían juicios diferentes según la calidad de las personas, que, no siendo lo mismo, se pueden asimilar a la existencia de normas de fuero. Había otros sujetos que ni siquiera eran consideradas sujetos de derecho, y que no recibían el trato que va aparejado a tal calidad en un sistema mixto, luego del siglo XVIII. Tengamos presente que la esclavitud llegó hasta bien avanzado el siglo XIX, y durante el siglo XX existieron aún otro tipo de formas de esclavitud, no jurídicas, pero que producen consecuencias similares.

La subsistencia de posibles privilegios en el acceso a la justicia podría dar a entender que el camino todavía no está emparejado de forma completa, y menos en los tiempos pasados. Todavía hay que hacer muchos cambios en orden a evitar los problemas que se manifiestan en desigualdad de trato, dependiendo de cierta posición económica o política.

Proceso Penal como herramienta de política criminal

Los sistemas mixtos más inclinados a sistemas acusatorios han sufrido modificaciones durante el siglo XX, producto de distintas influencias y fuentes. La principal fuente, de gran importancia, a estos cambios es la consolidación de los DDHH. Tratados como la Declaración Universal de los DDHH, la Convención Interamericana de DDHH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Europea de DDHH, entre muchos más, han tenido un efecto importante en el diseño de los modelos procesales penales, en orden a asegurar el respeto de los derechos de los intervinientes durante el juicio, especialmente los del imputado o imputada. En concreto, se han instaurado modificaciones con que se busca introducir limitaciones al poder estatal, en el caso del proceso penal, específicamente el del órgano que persigue las conductas tipificadas como delito (MP en el caso chileno).

Por su parte, desde el punto de vista de la política criminal más ampliamente considerada tras la II°G.M. se ha dado un cuestionamiento bastante generalizado al rol del derecho penal como instrumento de poder del Estado, vale decir, la potestad punitiva del Estado ha sido puesta en

cuestión, y de modo más específico, se ha criticado la forma de reaccionar penalmente: la prisión como forma de reacción punitiva estatal, así como la capacidad de estas formas de reacción para cumplir con ciertos fines que suelen atribuirse a la pena, sean estos de prevención general, sean de prevención especial. A partir de este cuestionamiento surge la necesidad de volver a plantearse el derecho penal con carácter de *última ratio*, y ligado a un proceso penal que logre vehiculizarlo y compatibilizar el clamor por justicia con penas alternativas y no privativas de libertad, como centro de gravedad de los procesos penales.

Existen también críticas a la efectividad del modo en que opera el proceso penal, pues desde una perspectiva empírica, los datos permiten dudar sobre si la prisión es la mejor manera de atacar las conductas que una sociedad determinada estime reprochables. En este sentido, se amplía la forma en que podemos cuestionar los pilares del sistema, si constatamos que la pena privativa no resuelve todos los problemas y, además, da ningún tipo de beneficio a la víctima.

El trabajo de Lorca pone el foco en esta cuestión, indagando si el derecho penal es o no una herramienta adecuada de represión de conductas típicas, ante a la fuerte correlación que existe entre pobreza y personas condenadas por delitos.

Esta crítica de la política criminal, a la vez que cuestiona el rol del derecho penal como instrumento del poder estatal y de las penas privativas de libertad como la forma de reaccionar penalmente, cuestiona la racionalización de estos juicios de reacción penal, preocupándose de cómo se justifica, no solo la decisión, sino también la facultad del juez para decidir la pena dentro de un rango prefijado legislativamente, como ocurre en el sistema chileno, buscando que también esa decisión debe ser justificada.

Otras preocupaciones surgidas en el siglo XX que han afectado los modelos procesales tienen que ver con el rol de la víctima en el proceso penal, que en algunos casos era más bien mínimo, quedando fuera de la discusión, por lo que se ha reivindicado el derecho a ser informada previamente.

Durante el periodo también ha prevalecido una mirada realista del ejercicio de la persecución penal por parte del Estado, en el sentido de reconocer que ella no siempre es necesaria y obligatoria, consagrándose el principio de oportunidad en nuestro CPP, y limitaciones a la persecución penal en orden a que se reduzca la persecución a conductas de las cuales exista fundamento plausible y el MP pueda tomar decisiones para perseguir con mayor rigurosidad aquellas conductas más graves, o que puedan llegar a mejor puerto. En la misma línea, los modelos procesales actuales contemplan ciertas formas de privatización del derecho penal, o de disponibilidad de realizar juicios abreviados, o acordar reparaciones a la víctima, por ejemplo, con algún tipo de indemnización pecuniaria.

Entonces, durante el s. XX vemos que se comienza a dar más peso a nuevas preocupaciones: el principio de la persecución legal se ve morigerado por el principio de oportunidad y por los DDHH, que introducen nuevas instituciones como la exclusión de la prueba ilícita, el

cuestionamiento de la política criminal y las reacciones penales de los Estados, y la aparición de nuevas formas alternativas de cumplimiento de la pena. Incluso se ha llegado a que la falta de evidencia conlleve a la suspensión condicional del procedimiento. Todo esto refuerza la afirmación de que el contexto político y social es muy importante para ir analizando en concreto un sistema procesal penal en particular.

Tensión eficacia/garantía³

Eficacia en la persecución penal vs. garantías del imputado frente al uso de la fuerza estatal.

La pregunta sobre qué hace distintos a los modelos procesales penales hace referencia a cuáles son los elementos o dimensiones que se tienen a la vista a la hora de configurar un modelo. Algunos autores señalan que estas variables pueden resumirse en dos sistemas históricos: básicamente, tenemos sistemas acusatorios y sistemas inquisitivos.

Tanto Binder como Damaška critican la dicotomía entre modelo inquisitivo/acusatorio como óptica de análisis de los modelos procesales penales, este último estima que la dicotomía propuesta caricaturiza lo que ha sucedido, y que no es muy útil en miras a construir un nuevo modelo procesal, indicando que lo verdaderamente importante es la función que cumple el modelo procesal y el rol del Estado, en ese sentido, estima que los procesos penales pueden cumplir dos tipos de funciones: de implementación de políticas públicas, y de resolución de conflictos. La primera función podrá cumplirla un modelo con un Estado activo, mientras que un Estado reactivo sólo actúa a petición de parte.

Binder, por su parte, considera que el estudio de los procesos penales debe realizarse bajo el prisma de la tensión entre eficacia y garantía: la eficacia de la persecución penal por parte del Estado, versus las garantías de los individuos frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Dicho de otra forma, Binder estima que en la base de la configuración de todo sistema procesal penal nos encontramos con una síntesis de dos variables en tensión, la eficiencia o eficacia de la persecución penal pública, vale decir, cuán eficaz es el Estado en perseguir penalmente aquellas conductas que una determinada comunidad ha determinado graves y reprochables, de las que la sociedad requiere ser protegida, o cómo logra el Estado garantizar que las conductas constitutivas de delitos sean efectivamente perseguidas y sancionadas, protegiendo los intereses de la sociedad o la seguridad de los individuos; y, por otra parte, las herramientas que proporciona el derecho para garantizar a los individuos que son perseguidos penalmente por el aparato estatal el respeto de sus derechos, o evitar que el Estado se extralimite en sus atribuciones, vulnerando los derechos de los individuos, como la presunción de inocencia o la libertad personal actuando sin cumplir las condiciones que la

³ Tener presentes texto de Binder, y el libro de Damaška “Las dos caras de la justicia y el poder del Estado: análisis comparado del proceso legal”.

legislación establece, o vulnerando la integridad física o psíquica de los y las imputadas intentando obtener medios de prueba mediante métodos compulsivos.

La tensión referida por Binder es concretamente perteneciente al proceso penal, estando relacionada al rol particular que tiene el Derecho Penal y la responsabilidad del Estado de garantizar el cumplimiento de las normas penales, pero siempre respetando las garantías del ciudadano imputado por el delito, tratándolo como inocente hasta la constatación de su culpabilidad mediante las pruebas que se viertan en el proceso, y respetando el órgano acusador, y todos aquellos que colaboran en esta etapa, los límites legales y constitucionales a las actuaciones de investigación, que impiden lesionar los derechos subjetivos de las personas.

Binder indica que los modelos van calibrando esta tensión, mediante síntesis concreta, que implica que en algunos casos deben conseguirse herramientas para garantizar la eficacia de la persecución: por ejemplo, la regulación de la prisión preventiva y los requisitos para que sea procedente⁴, en esta institución se valora más altamente la eficacia de la persecución que la garantía de libertad del imputado. El mismo análisis se puede realizar sobre muchas instituciones del proceso penal, pudiendo identificarse qué tiene más peso para el legislador, o qué es lo que busca resguardarse con las instituciones procesales penales.

Hacia el final del texto, Binder afirma que la síntesis de la tensión a que deben aspirar los modelos es lograr la máxima eficiencia en la persecución penal, conservando un respeto absoluto a la dignidad humana. El cómo esto se plasma en la regulación, y cómo se implementa, es una cuestión bastante menos sencilla.

Es relevante entender esta tensión, ya que la eficacia del derecho es un tema ampliamente teorizado, pero ¿qué significa que el derecho sea eficaz? Podría afirmarse que derecho eficaz es aquel que sirve a las funciones para las que fue establecido, por ejemplo, dirigir la conducta humana, controlar a la sociedad, y alentar o desalentar la realización de determinadas conductas; también podría considerarse que la función del derecho es reaccionar de acuerdo a lo establecido por el ordenamiento jurídico, vale decir, atribuir efectivamente la consecuencia jurídica prevista como sanción por la norma penal a una conducta que se considera ser un caso particular de una conducta regulada de una manera general en la norma aplicable, tarea que corresponde a los tribunales. Esta idea de aplicación del derecho, de ejercicio de la jurisdicción, es fundamental en todos los casos procesales, y es una idea que debe estar presente a la hora de construir normas procesales penales, pues lo que se espera por parte de la comunidad es que la persona realmente culpable sea efectivamente sancionada, es por eso que se construye un modelo de persecución penal pública en que el Estado debe impulsar la persecución, pero también se espera que en el ejercicio de ese poder el órgano persecutor público se mantenga dentro de los márgenes del estado de derecho, vale decir, que tenga los límites -no solo formales o procedimentales- sino límites sustantivos que

⁴ Temor de que el imputado vaya a ausentarse del juicio (“fuga”) o pueda destruir prueba (ver art. 140 CPP).

están representados en los derechos subjetivos de quienes intervienen en el proceso, especialmente del imputado.

Posteriormente veremos con instituciones particulares esta reflexión sobre el sentido del castigo penal y sobre cómo el sentido del castigo penal se actualiza en cada decisión judicial. En perspectiva más amplia, entre jueces garantistas y punitivistas, que asignan penas más altas o que asignan siempre el límite inferior. Lo mismo vale para algunas discusiones sustantivas sobre, por ejemplo, cómo se configuran los elementos de un tipo penal que, a la hora de avanzar a un escenario probatorio, también requieren tomar forma, conceptualmente.

A estas tensiones del proceso penal que deben tenerse en cuenta a la hora de diseñar un proceso penal, se debe sumar otra clasificación, general a todos los procesos. Nos referimos a la tensión entre decisión correcta o corrección y decisión definitiva o clausura de la discusión: siempre se debe tener en cuenta cuál es la última posibilidad que contempla el sistema para impugnar la decisión judicial (si conoce en primera -supone que hay más- o única instancia). Los procesos necesitan terminar en algún punto, por lo que la corrección de posibles errores por parte del decisor no puede ser infinita. En el proceso penal, luego del juicio oral y la decisión, está la posibilidad de recurrir de nulidad y también hay una posibilidad de obtener la revisión de una decisión que ya ha gozado de autoridad de cosa juzgada. Este punto de término nos dice cuáles errores van a ser remediados, cuáles no van a ser tolerados por el sistema, y junto con ello, cuál es el punto final o quién tiene la última palabra; cuestión fundamental para el diseño de cualquier modelo procesal. Esta tensión tiene que estar a la vista aunque en este curso no se revisan los recursos de nulidad y revisión, pues debemos considerar el punto de llegada y tolerancia máxima del error, esto es, aquellos que no se podrán corregir, aunque se sancione a una persona inocente.

Clase 2 (27.08)

Historia del CPP⁵

El antiguo proceso penal chileno se regulaba en el Código de Procedimiento Penal del año 1906, que estuvo vigente hasta el 2000, cuando se aprobó el actual Código Procesal Penal.

Para esta sesión, tendremos a la vista el manual de los profesores María Inés Horvitz y Julián López, quienes realizan una revisión del origen de la reforma de la justicia penal chilena; y el proyecto presidencial, en que se destacan muchos puntos importantes que se tuvieron a la vista al momento de forjar esta reforma, en él se habla bastante del rol que debe tener el Estado en la persecución criminal, y como contraparte, también en la garantía de derechos fundamentales de los ciudadanos que son imputados de una conducta desviada, sancionada penalmente. La verdad es que en el mensaje también hay mucha “prosa bonita”, por lo que

⁵ Tener como referencia el manual de Horvitz y López, y el mensaje del CPP.

debemos preguntarnos si se han cumplido las expectativas que se tenían para la implementación de este nuevo sistema de justicia penal.

El cuestionamiento al sistema procesal penal comienza con el regreso a la democracia, habiendo en 1995 un proyecto concreto de CPP, que ustedes pueden encontrar en u-cursos bajo el título “Historia de la Ley 19.696”, ese proyecto tardó en su tramitación y fue aprobado el año 2000. En paralelo, se llevó a cabo una reforma constitucional ('97) que incluyó la regulación del Ministerio Público, en el actual capítulo VII. Así, se fueron forjando de manera paralela dos cuestiones necesarias para un nuevo sistema procesal penal: una reforma orgánica que era requerida por el nuevo CPP (concentrar las funciones de investigación en un órgano persecutor público, autónomo: el Ministerio Público), mientras se tramitaba la parte más procedimental a través de los trámites legislativos que permitieron luego aprobar el CPP.

El antiguo sistema procesal penal

El Código de Procedimiento Penal de 1906 fijaba un proceso penal de corte inquisitivo, basándose en alguna legislación penal preexistente, en específico la ley de enjuiciamiento criminal de 1882.

En el mensaje de dicho Código se hacía referencia de la función que se esperaba que cumpliera el juez durante la persecución penal. En el texto de los profesores Horvitz y López se sintetiza parte de este mensaje diciendo: *El juez sumariante⁶ **adquiere la convicción de la culpabilidad del reo⁷ tan pronto como encuentre indicios suficientes en los datos que recoge**, y este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino que también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario.*

Esto quiere decir que la convicción se generaba *en el curso* de la investigación. En palabras más acotadas, en estas palabras podemos ver que había una confianza bastante ciega en la persona del juzgador, y en la convicción que va adquiriendo desde los primeros momentos de la investigación.

El pasaje grafica bastante aquello que efectivamente sucedía, con la diferencia de que la persona del juez no llevaba a cabo el sumario, no recibía la prueba testimonial ni mucho menos, sino que simplemente firmaba algunas de las resoluciones más importantes del proceso penal, para luego encontrarse con este mamotreto de escritos cosidos que se llamaban expedientes y, seguramente, con un proyecto de sentencia que hacían los funcionarios judiciales que trabajaban allí -los actuarios- por lo que su función se reducía a simplemente

⁶ El sumario era la primera etapa investigativa del proceso penal antiguo, y tenía las características, además, de ser secreto y por escrito. Juez sumariante es el que inicia el sumario.

⁷ La denominación “reo” fue cambiada en democracia por la de “imputado”.

suscribir un proyecto de sentencia para dar cierre un determinado proceso penal. Casi no había conexión entre el juez y la víctima, y menos aún el imputado. En las pocas audiencias presenciales, que eran para recibir declaraciones y prueba testimonial, el juez simplemente no estaba presente, por lo que lo normal era que los intervinientes nunca tomaran contacto con el juez.

A pesar de ello, el código de 1906 se mantuvo prácticamente sin modificaciones sustanciales durante cerca de un siglo. Para el año 2000 la normativa internacional se encontraba ya vigente hace mucho, y venía presionando a la modificación o cumplimiento de garantías jurisdiccionales del debido proceso que encontramos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, y otras convenciones internacionales. Sin embargo, luego de llegada la democracia costó empujar este cambio legislativo tan importante, incorporándose en la agenda del gobierno del presidente Frei, y naciendo a la vida jurídica bajo el gobierno del presidente Lagos.

Debemos tener presente que la posibilidad de exigir modificaciones al proceso penal, en orden a adecuar el sistema a las normas internacionales, se veía obstaculizada por el contexto histórico, en que luego del '89 había muchos frentes políticos abiertos, por lo que no era tan fácil como ajustar las normas automáticamente. Los gobiernos se tomaron un buen tiempo para hacer reformas y, finalmente, decidieron apostar por la justicia penal, precisamente en razón de los bienes jurídicos y sociales que están en juego en este ámbito. En ese sentido, puede ser bonito revisar la historia de la ley, porque no en todos los proyectos se indica expresamente que un sistema procesal penal como el antiguo perpetuaba la marginación de gran parte de la población, criminalizando la pobreza.

De todas formas, si tomamos en cuenta que sólo pasaron 10 años desde el regreso de la democracia hasta la reforma, la verdad es que tampoco se demoró tanto. Antes del golpe militar, las preocupaciones respecto de los procesos penales eran diversas. Al inicio de la década de los '70 no existía gran consciencia del sistema internacional de protección de los derechos humanos, pues si bien es cierto que estos clamores surgen con fuerza y motivan el neoconstitucionalismo en la década posterior a la finalización de la segunda guerra mundial, esta influencia demoró en llegar a Latinoamérica. Durante la década de los '70 muchos países de la región sufrieron sistemas dictatoriales, por lo que la preocupación por los DDHH y el cuestionamiento a los sistemas penales se vieron interrumpidos hasta el regreso de la democracia.

Ingresado por el presidente Frei el proyecto de Ley 19.696 en el año '95, era necesario, para que funcionase un proyecto como este, tramitar conjuntamente una reforma orgánica a la Constitución, para que esta incluyera al Ministerio Público como órgano, la que se materializó en el año '97. Luego de ello, fue necesario aprobar también la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (1999) y otras leyes que introducían modificaciones pertinentes al Código Orgánico de Tribunales; finalmente, se promulgó también una ley que creó la Defensoría Penal Pública.

La historia de la ley: el mensaje del ejecutivo

El mensaje parte señalando que lo que se requiere es la modernización del sistema de administración de justicia, porque se estima que la modernización es un síntoma de que un país se adapta a procesos de desarrollo político y económico. En el texto encontramos también declaraciones respecto del modelo de economía que rige en nuestro país: economía de mercado (no usa la expresión “Estado subsidiario”, pero dice “Estado descentralizado que fomenta la iniciativa privada”); esto se mezcla, además con una consolidación del Estado democrático y, sobre todo, con una denuncia a cómo las deficiencias del sistema de justicia criminal profundizan la marginalidad de los sectores sociales más vulnerables. Hay una denuncia que podemos conectar, de nuevo, a la pregunta por cuál es la función del derecho penal, y si la sanción penal de las penas privativas de libertad es el mecanismo para cumplir con alguno de los fines que se le atribuye a la pena privativa de libertad por parte de la dogmática penal.

En el mensaje también se dicen cosas muy potentes, que no se han cumplido por el típico problema de falta de seguimiento a la implementación, bien de las políticas públicas, bien de la legislación que impulsa modificaciones estructurales importantes. La falta de seguimiento lleva a que no podamos comprobar si se ha hecho, como dice el mensaje, una redistribución del gasto de una manera más justa o, por ejemplo, si hemos instaurado mecanismos más apropiados de reinserción social para las personas que cometen conductas desviadas desde el punto de vista penal o si, en realidad, la justicia se ha hecho o no más accesible y maximizadora de garantías constitucionales. En el mensaje incluso se dice que “se hace necesario modernizar el poder judicial para garantizar la gobernabilidad de parte del sistema político, la integración social y la viabilidad del modelo de desarrollo económico”, ante esto, puede pensarse que habían demasiadas expectativas de que un proyecto en concreto pueda lograr ver todas estas promesas implementadas de una vez, y es también sospechoso que se pongan en el mismo nivel la integración social y la viabilidad del modelo de desarrollo económico. Para enfrentar este mensaje, debemos recordar que era una época que se esperaba fuera de transición, de acuerdos políticos. Desde el presente podemos pensar que había que llegar y modificar todo, cambiar la Constitución, pero al parecer en la realidad las cosas fueron mucho más complejas.

Continuando con el mensaje, en él se llega a afirmar que la reforma constituye una labor que se extiende más allá del proceso penal, mencionando muchísimos puntos:

- “Modificar nuestros criterios de criminalización primaria incluyendo principios como los de lesividad y *ultima ratio* del derecho penal”;
- “Supervigilar la ejecución de las penas para evitar castigos excesivos y favorecer la reinserción”;
- “Modificar la relación entre el Estado y la policía para seleccionar el uso de la fuerza”;
- Transformar este proceso penal en la posibilidad de un juzgamiento por parte de un tribunal imparcial, que haya una especie de igualdad de armas entre el Estado, el

órgano que persigue penalmente -representado por el Ministerio Público- y el inculcado o el imputado de un delito, con un cambio radical en la manera de comprender este juicio, estableciendo que ya no fuese escrito. La relevancia de que sea oral está dada porque, en nuestro contexto procesal penal, procedimiento escrito significaba opacidad y arbitrariedad, no solamente porque existía una etapa de sumario secreta, sino que en la práctica ocurrían irregularidades pues, incluso estando en secreto de sumario el expediente, la otra parte podía tomar conocimiento de una actuación secreta de la parte contraria (por ejemplo, conocer la lista de testigos y amenazarlos).

La idea principal del proyecto era desplazar la estructura inquisitiva, a la cual, además, se tildaba de absolutista y secreta. Se buscaba adaptar el proceso a los requerimientos de un Estado democrático de derecho y a los DDFF consagrados en instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encontraban vigentes, los que, si se hace una interpretación más amplia, ya estaban consagrados en el 19 N°3 y en el 19 N°7 de nuestra CPR, precisamente porque es en los sistemas de justicia penal donde se pueden ver reflejados de forma más elocuente los indicadores de respeto de los derechos de las personas. Entonces, este sistema -a través de un juicio público, contradictorio, oral, ante un tribunal colegiado formado por 3 jueces que no hayan tenido labores de dirección de esta investigación ni del levantamiento de pruebas, sino que realmente se enfoquen en la información que llega al juicio oral- era la primera meta de esta reforma.

Preguntas

→ *¿En qué aspectos del antiguo procedimiento penal se manifestaba el principio de bilateralidad de la audiencia? ¿O no existía, o no tenía concreción?*

La verdad es que este principio no se encontraba expresamente reconocido, pero podría argumentarse que la contradictoriedad se manifestaba, por ejemplo, en que el defensor del reo (hoy imputado) tenía la posibilidad de presentar prueba, hacer presentaciones al tribunal, y podía estar presente cuando se interrogaban testigos y en las declaraciones del imputado. En estas actuaciones podríamos encontrar la existencia de bilateralidad, pero la verdad es que, mirando el juicio completo en perspectiva, este carácter era sólo en el papel. Recordemos que, finalmente, el juez sólo leía expedientes -si es que los leía- y luego fallaba sin más; quien recibía a los intervinientes que desearan realizar diligencias era el actuario, no había ningún tipo de contacto con la persona del juzgador.

→ *Respecto del C. de Procedimiento Penal:*

- *En muchos artículos se nombra al “ministerio público”, ¿a qué institución se refiere?*

El ministerio fiscal del Código de Procedimiento Penal antiguo es el ministerio público judicial; por eso al verlo escrito lo encontraremos en minúscula, se refiere a este órgano auxiliar de los tribunales de justicia que tiene ciertos roles en determinados procedimientos.

- *¿En qué momento adquiriría conocimiento el reo de que se dirigía una investigación penal en su contra? ¿Cómo se garantizaba el derecho a la defensa?*

El reo podía enterarse de dos maneras:

- a. Por la detención. Esta detención a veces se transformaba de facto en prisión preventiva, sin cumplir los plazos que se establecían al efecto.
- b. Por una “audiencia”, que se llevaba a cabo ante el juez, y que daba paso o no al sometimiento a proceso (auto de procesamiento, auto de reo, auto de sometimiento a proceso).

Con este sometimiento a proceso, si había antecedentes que justificaban la existencia del delito o la participación que le hubiese cabido al imputado en él, generalmente se producía de manera automática la prisión preventiva: si ya estaba detenido, esta detención se transformaba en prisión preventiva. De hecho, había una disposición que así lo establece: “por el procesamiento la detención se convierte en prisión preventiva”. Además, las formas de alzamiento de la prisión preventiva eran muy limitadas; la prisión preventiva no era, en absoluto, una medida excepcional.

La verdad es que no había un momento tan claro de formalización de la investigación como el que existe en el Código Procesal Penal, pues el auto de procesamiento ocurría cuando venía ya avanzada la investigación sumaria.

Esto quiere decir que muchas detenciones y prisiones preventivas ni siquiera avanzaban en la investigación sumaria, y muchas de ellas terminaban en sentencias absolutorias, lo cual producía este desequilibrio entre ingresos: gente que pasa por el sistema penal y gente que es procesada en el proceso penal.

- *El C. de Procedimiento Penal no ha dejado de estar vigente, no sólo porque siguen tramitándose causas anteriores a la reforma, sino también porque el C. de justicia militar se refiere al primero en todo su procedimiento.*

La vigencia del Código de Procedimiento Penal es como una normativa supletoria, como lo es el Código de Procedimiento Civil respecto de otros ámbitos materiales de regulación procesal; en lo demás, es decir, para cualquiera a quien no aplique la justicia militar, es un código que ha perdido vigencia. El Código de Justicia Militar no está exento de discusión, es tema del que, como país, debiéramos hacernos cargo prontamente, pues ¿qué ocurre con esa jurisdicción especializada en un contexto de bastante oscuridad en la forma de juzgamiento de estos procesos penales cuando hay un militar involucrado o es un delito contra una institución militar?

- *Sobre investigaciones que se sustancian por ministros en visita.*

La competencia general de conocer estas causas criminales por crimen o simple delito están radicadas, según el Código Orgánico de Tribunales, en los jueces de letras de mayor cuantía en primera instancia, pero en algunos casos, por disposición del mismo Código, podrá atribuirse algunas facultades de ministro en visita contra resoluciones dictadas en casos de

procesos penales de alta complejidad. En el caso chileno, los ministros en visita se asignaron en causas de violaciones a los Derechos Humanos cometidos en dictadura.

Esta es una facultad económica de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en su caso, para que puedan conocer de ciertas causas en primera instancia de acuerdo al procedimiento penal antiguo. Básicamente, lo que se hace es designar a un ministro de Corte para que actúe como ministro en visita extraordinaria con el fin de que investigue, acuse y falle la causa penal en cuestión de acuerdo a las normas del sistema inquisitivo. Esta cuestión ha sido objeto de muchas inaplicabilidades en el Tribunal Constitucional (2018).

→ *¿Cuáles eran las percepciones y reacciones en la época de entrada en vigencia del CPP? Leyendo el mensaje y las cifras que entrega, llama la atención, fue una reforma muy importante también en el plano político, considerando el contexto político de la época.*

En el plano del ciudadano que no participa en la discusión jurídica

Un referente importante para los ciudadanos es la forma en que los medios de comunicación social transmiten la información, generalmente poniendo énfasis en castigo de los culpables por sobre la preocupación de tratamiento de inocente del imputado. Se acentúa la idea que la justicia tiene puerta giratoria, que impide que se aminore la sensación de inseguridad a pesar de que la delincuencia sí. La verdad es que desde la reforma la popularidad del sistema de justicia no ha aumentado en lo más mínimo.

La ciudadanía no estuvo contagiada por “la felicidad de la buena nueva del CPP” que se veía en el mensaje del mismo, o que con algo menos de entusiasmo relataban quienes participaron en la redacción del proyecto, pero sí podía sentirse en ese momento que el cambio iba a ser revolucionario. En la ciudadanía encontramos a veces una intención de que *todos vayan a la cárcel*, una intención punitivista que ignora la voz del imputado.

En el plano de los imputados

La verdad es que la voz del imputado puede percibirse, aunque en términos generales, pues no es que los imputados clamaran por sus derechos, sino más bien que existía atención al tema desde fuera, desde los profesores, abogados y la academia, que buscaban resolver un aspecto ignorado: la fuerte correlación entre pobreza y personas condenadas penalmente, quienes ya arrastraban distintos tipos de maltrato o discriminación estructural, que les impedían ser conscientes de los derechos de que eran titulares.

En el plano del poder judicial

En principio hubo una fuerte resistencia del PJ a la reforma, pues con ella se sacaba de la esfera judicial la etapa de investigación e instrucción, creándose el organismo autónomo persecutor Ministerio Público (que finalmente no quedó tan autónomo porque se mantuvo la facultad de la CS para realizar las quinas o temas de nombramiento, así como la facultad de remover fiscales nacionales y regionales).

Para la judicatura el cambio de sistema fue incómodo, habiendo problemas de implementación, pues los jueces se encontraban acostumbrados al sistema antiguo y a sus consideraciones, por lo que pasar ellos mismos al nuevo sistema, en que prima el resguardo de las garantías y DDFF del imputado durante la investigación, lo que demanda más trabajo del juez, por lo que no era una tarea tan simple. Para graficar el problema, un juez que había tramitado en el sistema antiguo contaba que los chilenos éramos personas más mentirosas que los extranjeros, apoyando esta afirmación en que había tenido que dejar más días en prisión preventiva, incomunicado, para obtener la confesión de un chileno, en comparación con un extranjero. Como es evidente, esto no tiene ningún sentido, pero eran prácticas comunes para los jueces, se ha logrado controlar algunas de ellas con la reforma, pero subsisten problemas de esta índole, principalmente por falta de capacitación de jueces, policías, etc.

→ *El mensaje del CPP indica que con la reforma se buscaba “lograr enfatizar el carácter principal de las decisiones judiciales” ¿a qué se refiere con esto?*

Se refiere a que, dada la introducción de una división orgánica entre las funciones de investigación y acusación, por una parte, y de juzgamiento, por otro, hacen que la decisión del juez (T.O.P. en este caso) tenga la mucha importancia. Esto pues es al Tribunal Oral en lo Penal al que la ley reserva de forma exclusiva la decisión jurisdiccional, que debe adoptarse a partir del desarrollo de un juicio oral, público, y contradictorio, al que tienen acceso directo quienes intervienen⁸, y es ese tribunal el que puede garantizar la decisión mejor informada, por la inmediación⁹ del tribunal.

En el sistema antiguo la concentración hacía que en la decisión judicial casi estuviese predeterminada por la actividad de investigación. Se dice que bajo el procedimiento antiguo el juez era juez y parte, pues era el propio juez el que dirigía la investigación, luego acusaba penalmente y finalmente también era quien decidía. En esa confusión de funciones se diluye la importancia de la decisión.

Esta separación de funciones lo que hace es reservar al órgano jurisdiccional que tome contacto con el contenido de la acusación, el de la defensa, y con los elementos probatorios para respaldar cada una de las afirmaciones que las hipótesis de la Fiscalía y la Defensa lleven adelante, lo que les permite concentrarse en la decisión judicial y esta tome mucha relevancia; cuestión que, además, se combina con las reglas que deben regir esa decisión: estándares de prueba, requisito, impugnabilidad de esa decisión por causales de recurso de nulidad, etc.

→ *¿Qué tan viable era la retroactividad de algunas decisiones en materia de DDHH? teniendo en cuenta que el sistema inquisitivo no fue satisfactorio, e incluso injusto.*

Esta es una cuestión muy relevante, que tiene relación con la retroactividad de un tratado internacional dentro de un ordenamiento jurídico y con la posibilidad de aplicar

⁸ Ministerio Público, querellante, víctima, imputado, defensa.

⁹ El principio de inmediación quiere decir que existe contacto directo del tribunal con los intervinientes y la prueba (contacto sin mediaciones, el tribunal escucha a los testigos, ve la prueba, dirige la audiencia, etc.)

retroactivamente disposiciones del nuevo Código a procesos penales que se encontraban en tramitación bajo el antiguo C. de Procedimiento Penal. La cuestión es particularmente compleja porque envuelve distintas consideraciones, y no sólo la injusticia de las violaciones a DDHH, pues en lo concreto, esta cuestión se ha manifestado también en solicitudes de inaplicabilidad de las normas del antiguo Código y peticiones de aplicar las normas del CPP justamente en casos ocurridos en dictadura, con imputados violadores de DDHH. Se ha llegado a sostener que en la aplicación del antiguo Código de Procedimiento penal vulneraba los derechos de estos imputados, que estaban siendo juzgados por haber cometido violaciones a los DDHH en dictadura. Así, la retroactividad no es una vía que se haya explorado en esta materia, a pesar de todas las injusticias que podría traer que las personas queden sometidas al proceso correspondiente de acuerdo a la fecha de comisión del delito, en Chile se optó por privilegiar la seguridad jurídica, entendiendo de manera restrictiva la idea de “ley más favorable al imputado”.

→ *¿Había Defensoría Penal Pública en el antiguo sistema procesal penal?*

No había Defensoría Penal Pública, las causas penales y el derecho a la defensa, que ya existía por disposición constitucional en el 19 N°3 que asegura la asistencia jurídica gratuita, se canalizaba a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial. A pesar de las buenas intenciones de los postulantes, la verdad es que la calidad de esas defensas dejaba qué desear.

El nivel de la defensa jurídica no puede ser sólo de papel, por ello se produce la creación de la Defensoría Penal Pública.

→ *¿Por qué la Defensoría Penal Pública no tiene rango constitucional, como sí lo tiene el MP?*

La Defensoría no tiene rango constitucional porque, desde el punto de vista estatal, lleva a cabo una defensa, pero de igual forma en que llevan a cabo defensa gratuita en otro tipo de procesos, otras organizaciones estatales, como la Corporación de Asistencia Judicial.

La idea de defensa pública gratuita ya estaba instalada en la CPR, lo que se configura con la DPP es una institución que tiene a su cargo, por especialidad, el conocimiento de los asuntos penales. En cambio, el Ministerio Público venía a cambiar en cierta medida – aunque no estaba consagrado en la Constitución de forma expresa – el rol que tenía nuestra cultura judicial y los jueces criminales en el desarrollo de un proceso. Se pone a nivel constitucional por la lógica de establecer ahí los organismos autónomos, y por reflejar a nivel constitucional este cambio legislativo, del que se tenían expectativas de lograr afectar varios ámbitos sociales y políticos, como se puede leer en el mensaje.

No hay ningún tipo de prohibición que impida que la Defensoría tenga rango constitucional, pero la defensa pública ya se encontraba en forma de garantía general, y no todas las instituciones garantes de derechos fundamentales tienen esa consagración, de hecho, muy pocas la tienen. El Ministerio Público venía a cumplir una función muy particular en el sistema de justicia criminal y, como se dice acá, tenía pretensiones de tener efectos más

amplios. En ese sentido, era una decisión política que, aunque nuestra Constitución no lo sea así, merecía ser objeto de este pacto político.

→ *¿Reinserción?*

Este es un tema muy complejo. En nuestro país no tenemos políticas públicas ni mecanismos de reinserción social monitorizados y efectivos, por lo tanto, que la triste realidad de las cárceles es que no existen posibilidades de reinserción real. Por temas prácticos, como sociedad no podríamos simplemente eliminar las cárceles, pero sí mejorar las políticas en torno a esta materia, si logra hacerse espacio en la agenda pública y no se ensucia rápidamente con la idea de que “estamos inseguros” y de que “los criminales están libres”, porque estos los medios masivos de comunicación instalan en la población estas ideas, haciendo que la población sea mayoritariamente punitivista, y no garantista.

→ *¿Cuál era el estándar de convicción que debía superarse para condenar antes de la reforma?*

Ahora el estándar es “más allá de toda duda razonable”, pero antes no había regla que lo explicitara. La única regla positiva que tenemos de estándar de convicción actualmente vigente en nuestro país, pese que la discusión se ha extendido a otras áreas, es el del art. 340 del Código Procesal Penal.

Clase 3 (01.09)

La idea tras el proyecto de CPP era abandonar el sistema inquisitivo y avanzar hacia un sistema de corte más acusatorio, al tiempo que buscaba ajustar el procedimiento a distintos parámetros de DDFF, muchos de ellos fijados por tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes¹⁰. Con ello, se buscaba también consolidar el modelo democrático de Estado de Derecho.

Una cuestión interesante del proyecto es que en él se esgrime que los procesos de enjuiciamiento criminal son los indicadores más elocuentes del grado de respeto a los derechos de las personas, por eso, a la vez que se busca la eficiencia de la persecución penal, se introduce la preocupación por los derechos de los imputados y, aunque en menor consideración, las víctimas.

No vamos a detenernos en las fuentes del proyecto, sólo diremos que bebió de varias legislaciones comparadas, las que están indicadas en el texto.

¹⁰ Recordar que hubo una importante reforma constitucional el año 1989, que incorporó un inc. 2° al art. 5° de la CPR, el que indica “El ejercicio de la soberanía nacional reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

Los más importantes principios que estaban en juego, y que se consagraron en el CPP fueron:

1. **La separación de funciones entre investigación y juzgamiento propiamente tal.** A su vez, esto dio lugar a una separación orgánica dentro de la jurisdicción, entre los jueces de instrucción (Juzgados de Garantía) y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, que son los que conocen del Juicio Oral.

El nuevo proceso penal puede entenderse al menos en 3 principales etapas:

- a. **Etapas de investigación:** Consiste en el desarrollo de diligencias de investigación impulsadas por el Ministerio Público, que es el encargado de la investigación. Para que aquellas diligencias de investigación no vulneren derechos fundamentales, algunas de ellas requieren autorización del juez de garantía. El MP desarrolla diligencias de investigación, y el JG vigila que en el desarrollo de ellas se cumpla con las reglas y requisitos para su procedencia.
Tanto la fase de investigación como la fase intermedia tienen lugar ante el juez de garantía.
 - b. **Etapas o fase intermedia:** Consiste en una audiencia, llamada “Audiencia Preparatoria de Juicio Oral” en la cual se controla nuevamente la viabilidad de la investigación, se ofrece la prueba que luego se va a rendir en el juicio oral, y se filtra aquella prueba que pueda ser excluida de acuerdo a las causales que la ley establece: además de los requisitos de pertinencia o relevante de la prueba, hay requisitos de validez y licitud o legalidad en la obtención de la misma, lo que da la posibilidad de excluir aquella obtenida ilícitamente.
 - c. **Etapas de Juicio Oral:** Se da ante un Tribunal Oral en lo Penal, que es un órgano colegiado. El J.O. consiste en una o más audiencias continuas en el tiempo, que se produce tanto la presentación de las alegaciones de las partes, como la rendición de la prueba. En la rendición de la prueba se produce con todas las garantías de un juicio contradictorio, público y oral.
2. **Concentración de las audiencias,** lo que quiere decir que ya no es una especie de proceso “de tracto sucesivo”, sino que tiene la pretensión de ser concentrado y continuo en el tiempo.
 3. Veremos también otros principios, como la **presunción de inocencia** (cómo se consagra y cuál es su contenido); el que la **prisión preventiva pasa a ser una medida excepcional**, de *ultima ratio* en cuanto es la medida cautelar personal más grave y, por lo tanto, habría que ver si la finalidad de la misma se cumple o no a través de otra medida.
 4. Algo que vamos a ver en detalle más adelante es la manera en que **el proceso penal contempla procedimientos especiales y salidas alternativas** al término de un proceso a través de la dictación de una sentencia definitiva, como el procedimiento abreviado, procedimiento simplificado, y dentro de las salidas alternativas, dos de ellas: suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Esto queda entre paréntesis, pero es una novedad, sobre todo el último, que se asocia a una especie de justicia negociada.
 5. Otros detalles de regulación los vamos a ir viendo a lo largo del curso.

Preguntas

→ *¿Cuáles son los requisitos de validez de la prueba?*

La prueba debe ser relevante y pertinente para acreditar los hechos que son objeto del debate jurídico penal. Con “los hechos” nos referimos a aquellos que configuran el hecho típico, es decir, la conducta que pueda encuadrarse en el supuesto de hecho de la norma jurídica penal; por su parte, con “relevancia” se hace referencia a que la prueba guarde relación a la participación del imputado en la comisión del hecho típico. La prueba no debe abarcar cualquier enunciado, sino aquellos que sean sustanciales (relevancia probatoria más o menos identificable), pertinentes y controvertidos (disputa entre las partes sobre la ocurrencia de ellos). Estos requisitos generales también existen en materia civil.

→ *¿Cuál es la función de la A.P.J.O.?*

Preparar de mejor manera la información que va a vertirse en el juicio oral. Básicamente, la audiencia inicia con una acusación, esto es, con cargos concretos sobre la comisión de un hecho típico por una persona, indicando cuál es la participación del imputado en el ilícito. El juez recibe los ofrecimientos de prueba (se *rinde* después ante el T.O.P.) y tiene por objeto fungir como un cedazo, como un control de la prueba, dado que existen restricciones en materia probatoria, pudiendo excluirse prueba que el tribunal considere irrelevante, redundante, y por sobre todo, prueba ilícita, obtenida con vulneración a los derechos fundamentales o a través de una actuación investigativa que luego es declarada nula.

Esta audiencia prepara el juicio oral, específicamente desde el punto de vista de qué es lo que se va a probar a partir de las acusaciones específicas del MP, del MP y de un querellante, o sólo de un querellante (delitos de acción penal privada).

Hay que tener claro que no es una audiencia de acusación, si bien inicia con ese escrito, en realidad lo más relevante que sucede en esta audiencia es el ofrecimiento de la prueba, funcionando como filtro probatorio que permite que no lleguen al conocimiento del T.O.P. las pruebas que se consideren ilícitas o impertinentes. Ese es el foco de esta audiencia, que se ve reflejado en la decisión del tribunal de admitir o no admitir cada prueba.

→ *¿Cómo se puede desistir de la acción?*

Esta cuestión está tratada en los art. 53 y ss del CPP¹¹. La respuesta directa y breve a esta pregunta es que sólo son renunciabiles los delitos de acción privada, en los demás, corresponde de manera exclusiva al M.P. la persecución penal, que está obligado a llevar a cabo todas las diligencias de investigación, y luego, tiene la posibilidad de no perseguir aquellos delitos respecto de los cuales no tenga prueba.

Para responder esto de forma más precisa debemos distinguir el tipo de acción que se trate. El CPP distingue tres tipos de acciones:

¹¹ “Clases de acciones”.

1. Delitos de acción pública. Es la RG, todos los delitos contra menores de edad tendrán este tipo de acción (art. 53 CPP). En estos casos, el M.P. debe ejercer de oficio la acción penal.
2. Delitos de acción pública previa instancia particular. En este tipo de delitos existe un requisito previo para que se transforme la acción en acción pública, que es poner en noticia del delito al M.P. o la policía, porque se trata de delitos que suelen cometerse en esferas que a las que solo pueden llegar estos órganos a través de una denuncia de la víctima del delito, como ocurre con las amenazas, la violación de domicilio, violación de secretos y otras que señalaren las leyes, dentro de las que están los delitos sexuales.
3. Delitos de acción penal privada. La acción sólo puede ser ejercida por la víctima. Los supuestos están muy restringidos a calumnias e injurias, provocación a duelo y denuesto por no haberlo aceptado, matrimonio de un menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas asignadas por la ley. Se entiende que el interés en la persecución de estos delitos es estrictamente privado, en cambio, en los delitos de acción penal pública hay un interés público, por lo que está siempre el MP, pudiendo existir querellante particular.

El procedimiento no es disponible, renunciable ni abandonable para la víctima, a menos que se trate de un delito de acción penal privada¹².

Garantías en el proceso penal

Debido proceso¹³

Los problemas que enfrentamos frente a esta expresión, para que funcione como garantía, están bien identificados en el artículo del profesor López.

1. Falta de claridad -incluso confusión- en cuanto al contenido del debido proceso, no sólo en materia penal, sino que como garantía jurisdiccional aplicable a cualquier proceso judicial.
2. Excesiva amplitud e indeterminación del contenido de la garantía, debido a una especie de hipertrofia o inflación de la garantía.

En los textos a que hacemos referencia en esta parte, se fija como origen histórico de esta garantía la dictación de la Carta Magna Libertatum de 1215, donde el debido proceso surge precisamente como una garantía general, referida a materia civil y penal, usando la expresión *lawful judgement* para sostener que “*ningún hombre va a poder ser privado de su libertad o bienes, o perjudicado en cualquier otra forma, sino en virtud de un juicio legal de sus pares y fijado por la ley del territorio*”. Esto se traduce, en documentos posteriores, a un derecho

¹²La lógica de la justicia penal es que la conducta delictiva afecta al sistema completo, por lo que es de interés público que se castigue a los infractores, por ello, la participación de la víctima en el procedimiento no es, al menos nominalmente, esencial a la persecución penal. En este marco, la víctima no es, en la mayoría de los casos, quien impulsa la persecución penal, tarea que recae en el órgano del Estado M.P.

¹³ Se recomienda la lectura de los artículos del profesor López, y el de la profesora Carbonell con Letelier.

a ser juzgado por la ley vigente al momento del hecho o, más precisamente, al derecho a ser juzgado por la ley vigente al momento de la comisión de un delito¹⁴.

Dando cuenta de la historia de esta cláusula, el profesor López relata que ésta se encontraba separada de otras garantías, por ejemplo, el derecho a un juez imparcial o juicio público eran garantías completamente separadas, que estaban en otras cláusulas de la Constitución. En el mismo texto, se fija como una cuestión clave el momento en que hacia el año 1468, la 14° enmienda de la Constitución de EEUU genera la transferencia de “garantías desde el sistema federal al estatal”, a la vez que se acepta “como principio de contenido indeterminado, integrador de diversas garantías procesales (incluso sustantivas)”, es decir, como mecanismo de control de los ciudadanos frente a la potestad jurisdiccional desarrollada al interior de los Estados. Con esto, la garantía pierde su carácter acotado y su interpretación restringida (ser juzgado por la ley vigente al momento de la comisión del delito), comenzando con ello su ampliación también en la jurisprudencia norteamericana, y transformándose en un principio de contenido indeterminado que integra distintas garantías y derechos.

Desde el punto de vista constitucional chileno, el análisis comienza con la CPR del ‘25. Anteriormente había una cláusula similar, pero la más parecida a lo que actualmente tenemos es la de la Constitución de 1925, específicamente lo dispuesto en sus artículos 11 y 12; ambos artículos se referían a cuestiones que hoy pareciesen incorporadas en la expresión debido proceso: “*Nadie puede ser condenado sino juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio*”. “*Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley que se halle establecido con anterioridad por esta*”. Esta segunda disposición se parece bastante a lo que nosotros hoy conocemos como garantía de juez natural (art. 19 N°3 inc. 5° CPR), y la primera, restringida al ámbito penal¹⁵ es similar a lo que, desde el punto de vista dogmático, se consagra en la máxima “*nullum crimen sine lege praevia, scripta et stricta*” (art. 19 N°3 inc. 7° CPR).

Estas ideas de la Constitución del ‘25 permanecen con las reformas de los años ‘70 y ‘71, hasta que se eliminan en dictadura con el Acta Constitucional N°3 del año ‘76. Con esa acta se fija el catálogo de derechos fundamentales que tenemos, prácticamente, hasta el día de hoy. Aquí solamente se hace referencia al art. 1° N° 3 (igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos), pero si ven el Acta Constitucional N°3, es el fiel reflejo de lo que se incorporó a la Constitución del 80’.

Al dictar esta Acta, se hacía incapié en la necesidad de la legalidad del proceso y el derecho a la defensa (a pesar de que no se cumplió, quedó con algún tipo de consagración, incluso haciendo referencia a la consagración internacional de esta idea de debido proceso). Sin embargo, en ese momento la discusión no giró en torno a la cláusula de debido proceso, la que se dio con más fuerza ante la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución.

¹⁴ Fórmula de la CPR de EE.UU.

¹⁵ Uso de la voz “el condenado”.

Al hacer referencia a la historia de la norma, aprobada por métodos sospechosos desde el punto de vista de la legitimidad democrática, no se está usando como argumento interpretativo que resuelva sobre el contenido de la cláusula, sino como un antecedente histórico. Estas actas se pueden ver en la jurisprudencia del TC, pero hay que verlas con bastante cuidado cuando son referidas como un argumento interpretativo de fuerza vinculante superior a otros argumentos interpretativos. En nuestro caso el argumento originalista es muy peligroso, el problema es que lo citan progres y conservadores. Cuando la profesora hace referencia a estas actas no legitima en ningún sentido el origen antidemocrático de esta Constitución, es sólo para resaltar lo curioso de que nuestros DDFF vengan de esta acta constitucional N°3.

Lo que dicen los comisionados -todos hombres- de la C.E.N.C. es que no van a incorporar la expresión “debido proceso”, en virtud de distintos argumentos, bastante simples y, diría la profesora, malos, como que, de incorporarse esta expresión, se estaría obligando a los intérpretes, jueces, tratadistas y abogados, a estudiar la doctrina y jurisprudencia anglosajona; argumento que da cuenta de dos ideas subyacentes:

- a. Que no podemos darle contenido propio a una disposición normativa.
- b. Que existe una especie de conciencia de “flojera” por parte de los intérpretes, cuyo caso paradigmático son los jueces, a la hora de construir o delimitar el contenido de una garantía.

Como no se quería decir “debido proceso”, porque podría ser peligroso, luego de varias propuestas y discusiones, se decide reemplazar esa expresión por la frase “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción, debe fundarse en un **proceso previo legalmente tramitado**” (art. 19 N°3 inc. 6 primera parte).

Orientaciones dogmáticas sobre el contenido de la garantía del debido proceso:

En la dogmática ha existido cierta insistencia en reconstruir el contenido del debido proceso a partir de lo que dice el TC, la CS y la CADH, pero la mayoría hace el ejercicio poniendo el foco en lo que ha sostenido el TC¹⁶. Quienes siguen esta línea, hacen una propuesta que padece de los mismos vicios y problemas que la reconstrucción hecha por la jurisprudencia, es decir, trasvasiar confusiones conceptuales, y aumentar la indeterminación de los márgenes de lo que estaría cubiertos por la expresión “debido proceso” en cuanto garantía. Basta con revisar alguno de los cuadros que estos autores ponen en sus textos, para ver cuáles son los problemas de esta forma de sistematizar¹⁷: si miramos la “propuesta de distinción entre tutela judicial efectiva y debido proceso”, vemos que muchos de los “subderechos” contenidos por el debido proceso son los mismos que los de tutela judicial efectiva, siendo

¹⁶ Así, por ejemplo, Nogueira, Navarro, Contreras, entre otros. Se deja fuera a Bordalí porque lo que el intenta es estudiar la relación entre debido proceso y tutela judicial efectiva.

¹⁷ Se hace referencia al texto “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Chileno” de García y Contreras.

los elementos comunes muy complejos, sin que haya ninguna relación de género a especie; la sistematización es incomprensible, y ello es precisamente porque se basan en la jurisprudencia errática y confusa del TC. Con esto sólo se logra que la garantía no asegure nada.

Esta técnica no es buena porque, si vamos a ver lo que el mismo TC pone a disposición de los usuarios al buscar “19 N°2 inc. 6°” como repertorio de garantías, es evidente que el mismo tribunal no se ha puesto de acuerdo, el caos es total. Cuando la dogmática se equivoca, siguiendo esta técnica, se equivoca porque piensa que la reconstrucción del contenido del debido proceso debe hacerse desde la jurisprudencia, pero el derecho *que es*, considera como *uno* de sus elementos para fijar su extensión y alcance a la jurisprudencia, pero no equivale a lo que falle el TC, y menos el nuestro, tanto por un tema contingente, como por un tema de derecho positivo: nosotros no tenemos un TC cuyas interpretaciones sean vinculantes, sí tenemos efectos delimitados de las acciones de inaplicabilidad e inconstitucional (derogación para el caso concreto en el primer caso, derogación en el segundo). Por eso, no hay una equivalencia entre el derecho que es y el derecho que es interpretado en un cierto sentido o en varios sentidos por los tribunales de justicia, ni aun por los superiores, por muy realista que uno quiera ser en la etapa de aplicación del derecho.

Por estas y otras razones, pareciese ser que no es una buena técnica poner todo en un mismo saco o usar el debido proceso como cajón de sastre, pues como ya lo advertía el profesor López, si uno sostiene que el debido proceso es todo, entonces solo queda el caparazón, el debido proceso queda vacío de contenido. Por otra parte, desde el punto de vista del debido proceso con función de garantía, es una mala técnica pues mientras más precisa sea la conducta que debe ser respetada por la jurisdicción, más sencillo resultará el control de aquella conducta; por eso es muy interesante esta idea del debido proceso como principio generador de reglas. La tesis de López es que debemos enfocarnos en el potencial de la función creadora de reglas que tiene el debido proceso como principio: por ejemplo, referido a la prohibición de reconocimientos oculares sugestivos; y conductas o procesos que erosionan la credibilidad de un testimonio. Desde el punto de vista procesal penal, el profesor López pone sus esperanzas en que, dado que este contenido aún no está delimitado, sea la propia jurisprudencia de TOP, pero sobre todo de CA y CS conociendo de recursos de nulidad, quienes fijen el alcance de aquella garantía, porque este CPP tiene un fuerte componente de protección de derechos fundamentales, dentro de los cuales está incluido el art. 19 N°3 en sus diversos incisos.

Concepción unitaria y minimalista de debido proceso¹⁸

En el texto de referencia se propone la construcción de una concepción de debido proceso común a todos los ámbitos judiciales, y que funcione como garantía primaria frente al

¹⁸ Texto de Carbonell y Letelier.

ejercicio de la jurisdicción. Bajo esta concepción, debemos entender que el contenido del debido proceso se compone:

1. **Derecho a un juez independiente, imparcial, predeterminado por la ley, y competente.** (art. 19 N°3 inc. 5° CPR; art. 8.1 CADH; art. 14.1 PIDCP).
2. **Derecho a un proceso previo, legalmente tramitado** (art. 19 N°3 inc. 6°).
3. **Derecho a un proceso público** (art. 8° CPR; art. 1° CPP).
 - Respecto del proceso penal existe, además, norma expresa de la CADH, en su art. 8.5.
4. **Derecho a la defensa:**
 - a. Defensa técnica (asistencia letrada) y gratuita.
 - b. Defensa material:
 - i. Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable.
 - ii. Derecho a formular alegaciones.
 - iii. Derecho a ofrecer y rendir prueba.
 - iv. Derecho a contradecir alegaciones y pruebas.
 - v. Derecho a una sentencia motivada.

En el proceso penal, encontramos, además:

1. **Presunción de inocencia** (art. 4° CPP; art. 8.2 CADH; art. 14.2 PIDCP)
2. ***Ne bis in idem*** como estándar de clausura procesal -vinculado con la excepción de cosa juzgada- consistente en la prohibición de juzgamiento múltiple, o establecimiento de la persecución única (art. 1° CPP; art. 8.4 CADH; art.14.7 PIDCP).
3. **Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, ni a declararse culpable; y el derecho a guardar silencio** (art. 8.2, letra g) y art. 8.3 CADH; art. 14.3, letra g) PIDCP; art. 93, letra g) CPP; art. 19 N° 7 letra f) de la Constitución).
4. **Derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas** (art. 14.3 letra c) PIDCP).
5. **Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, o a que sea revisado si es condenatorio** (art. 8.2 letra h) CADH; art. 14.5 PIDCP)
6. **Derechos asociados a la libertad personal:** derecho a no ser privado de la libertad física, salvo por causas y en las condiciones legales; derecho a ser informado de las razones de la detención; derecho del detenido de ser llevado sin demora ante juez o funcionario; derecho a que se decida sobre la legalidad del arresto o detención y a que se declare su libertad en caso de que fuesen ilegales; derecho a un trato humano y digno por parte del privado de libertad; prohibición de privación de libertad por deudas o por incumplimiento contractual (arts. 5, 9, 93, 94 y 95 CPP; arts. 9, 10 y 11 CADH; art. 7 PIDCP).

Finalmente, existen algunas que, pese a que a veces se incluyen dentro del debido proceso, son garantías penales sustantivas, dirigidas al legislador:

1. Prohibición de presumir de derecho de la responsabilidad penal (art. 19 N°3 inc. 7° de la Constitución).
2. Irretroactividad de la ley penal más gravosa (art.19 N°3 inc. 8° de la Constitución).

3. Tipicidad penal (art.19 N°3 inc. 9° de la Constitución).
4. Derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial (art. 14 N°6 CADH; art. 10 PIDCP; art. 7°, letra i) de la Constitución).
5. *Ne bis in ídem* como estándar sustantivo de adjudicación, entendido como la prohibición de punición múltiple.

Tutela judicial efectiva y debido proceso

La opinión de la profesora es que tutela judicial efectiva es una expresión que denota el mismo contenido protector que debido proceso, siendo la primera la formulación que usan ordenamientos jurídicos como el español o el italiano para dar cuenta de las mismas garantías que en Chile consideramos incorporadas en la expresión debido proceso.

La jurisprudencia y dogmática han importado esta expresión desde una óptica de competencia con el debido proceso, o buscando articular una relación de genero-especie o atribuir funciones diversas a una y otra expresión en la configuración de un proceso judicial. Estas propuestas han fracasado, pues en la delimitación de la tutela judicial efectiva frente a la delimitación del contenido del debido proceso se cae en incluir iguales derechos en una u otra garantía, o se incluye en ellas derechos regulados en normas jurídicas positivas que no requieren de un ‘derecho adicional’.

No es necesario consagrar un mismo derecho llamándole de tres formas, este sigue siendo un derecho subjetivo y su correlativa acción; ejemplo de esta errada tendencia es afirmar que la acción está separada de los derechos subjetivos y que, además, que hay un derecho a la acción y, además, un derecho de acceso a la jurisdicción y, además, derecho a que exista una jurisdicción. Si se indica que las personas tienen derecho a un juez independiente e imparcial, predeterminado por la ley, se fija ese derecho como base para concurrir a esa jurisdicción; una vez fijado un tribunal con estas características, se está garantizando a las personas del territorio su acceso, siendo incomprensible la formulación de un derecho, diverso, a acceder; de la misma forma, tampoco se entiende la diferencia entre la acción y derecho a la acción: uno puede accionar, pero eso es distinto a tener un derecho subjetivo, pues es parte de tener un derecho subjetivo el poder poner en movimiento el ejercicio de la jurisdicción.

La verdad es que estas distinciones y dicotomías hacen parecer que tuviéramos más derechos, pero sólo logran confusión. Lo real es que tenemos derecho a acceder a un tribunal con las condiciones ya dichas, el problema -quizás más global- en realidad es la cuestión del acceso a la justicia, que no es un problema de ejercicio de un derecho de acceso a la justicia, sino con asegurar condiciones materiales para que los tribunales resuelvan los problemas de relevancia jurídica que aquejan a las personas, y cuya solución la ley les encomienda, de manera igualitaria.

Otro texto de referencia en este tema es de Bordalí, quien indica que la tutela judicial efectiva opera en una etapa previa, antes de llegar al proceso, mientras el debido proceso una vez este

está establecido. A la profesora le parece que esta propuesta más indicativa de lo que sucede, pues tenemos una jurisdicción con determinadas características como requisito o presupuesto que permite que los problemas jurídicos sean, luego, resueltos por un proceso legalmente fijado los problemas de relevancia jurídica que el legislador le encomiende a distintos tipos de tribunales.

Recapitulando

1. El debido proceso es una construcción dogmático-jurisprudencial que tiene sus orígenes en la Carta Magna Libertatum de 1215, teniendo sus orígenes más cercanos a nuestro país en la constitución norteamericana, sobre en de las sucesivas reformas.
2. La incorporación de la expresión debido proceso en el derecho positivo no se encuentra en ninguna parte: no está en el art. 19 N°3, en el PIDCP, ni en la CADH, en que la única referencia a “debido proceso legal” está un artículo distinto a las garantías legales (art. 46.2).
3. Las elaboraciones dogmáticas a partir de lo que dispone el art. 19N°3 de la CPR ‘80, y de la jurisprudencia del TC, han contribuido a la confusión respecto de cuáles son las garantías que integran el debido proceso, más particularmente, se ha producido una hipertrofia del concepto, acumulando en él alrededor de 14 subderechos, sin que aquellos se encuentren en algún tipo de ordenación genero-especie, se especifique si se trata de derechos explícitos o implícitos, ni que haya reflexión alguna en torno a la distinta importancia de cada uno. Esto se debe, en gran medida, a la jurisprudencia del TC que no define claramente los contornos de la garantía, enunciando en distintos fallos grupos diversos de derechos.
4. Una garantía ante el ejercicio de la jurisdicción (poder público), que permita controlar este poder, debiese hacer el esfuerzo de identificar de forma más clara el contenido de la garantía;
5. Una manera de hacerlo es, como lo hace el profesor López, confiar en que el debido proceso es un principio generador de reglas y que esta labor la desarrollará la jurisprudencia de los tribunales ordinarios de justicia, fundamentalmente TOP, C.A. y C.S. (en estos últimos dos casos, conociendo de recursos de nulidad);
6. Otra posibilidad es intentar una concepción unitaria y minimalista, con derechos debidamente identificados (los básicos y fundamentales), a partir de disposiciones jurídicas positivas, tanto de la normativa chilena como de TT.II. ratificados y vigentes en Chile (art. 19N°3 de la CPR, art. 8° de la CADH, art. 14 del PIDCP).
7. Tutela judicial efectiva y debido proceso, siguiendo el texto de Carbonell y Letelier, son la misma garantía, siendo la primera la formulación utilizada en ordenamientos como el español e italiano. Los intentos de la jurisprudencia y dogmática de diferenciarlos o construir relaciones entre ellos sólo han aportado a la confusión.

Preguntas sobre debido proceso

→ En el texto de Carbonell y Letelier se señala que un concepto de debido proceso demasiado amplio no era útil, precisamente porque no garantiza nada y no se puede ejercer un correcto control, motivos por los que el contenido del debido proceso requiere ser limitado, determinado, por distintas fuentes. ¿Qué reflexión podemos hacer a partir de esta afirmación?

Desde una postura incluso más extrema, se podría sostener que debido proceso quiere decir, simplemente, tramitación de acuerdo con la normativa pertinente (debido proceso= proceso legalmente tramitado). Cosas distintas son el derecho a un juez imparcial, independiente, derecho a juicio público, derecho a la defensa.

Esta podría ser una propuesta minimalista. Sin embargo, puede ser que se encuentre demasiado alejada de la tradición dogmática, impidiendo el diálogo con la jurisprudencia y dogmática vigente, que probablemente la consideraría escuálida, o que es lo mismo que el principio de legalidad al que deben sujetarse los jueces, pudiendo esgrimirse que bajo esta formulación el concepto perdería densidad como garantía frente al ejercicio del poder jurisdiccional. Desde ese punto de vista, seguramente parece más interesante incluir algunos derechos que suelen asociarse al debido proceso, observando que cuenten con un fundamento de texto normativo en la constitución, en el CPP y en los TT.II. ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. En este sentido, las garantías de juez independiente, imparcial y preestablecido; proceso legalmente tramitado; juicio público; y derecho a la defensa, son las que tienen facilidad de delimitación y fundamento jurídico positivo, siendo históricamente asociadas a la idea de *lawful judgement* o debido proceso legal.

Con esto se sacrifica un poco la idea de un minimalismo extremo, así como la idea de una taxonomía completamente nueva que permita entender debido proceso como proceso legalmente tramitado. Por otra parte, se dejan afuera algunos derechos implícitos que algunos autores elevan, a partir de las normas vigentes, sin que sea claro cómo se reconstruyen; y también otras garantías que no pueden incorporarse sin crear confusión conceptual, así como cuestiones disponibles para el legislador procesal, que en realidad son meramente contingentes.

Si debido proceso también alcanza a todo lo que se regula a través de las normas en materia procesal general, parece que el concepto se torna inútil como garantía. En este mismo sentido, el profesor López indica en su texto que hay ciertas normas que consagran derechos explícitos, por lo tanto, no es necesario subsumirlas dentro del concepto de debido proceso. Así, un debido proceso penal debiese tender a desarrollar y describir conductas que contraríen la idea de legalmente tramitado, por ejemplo, identificar las condiciones de validez y legitimidad de las actuaciones policiales, porque tal validez o legitimidad es condición, a su vez, de la validez y legitimidad del fallo judicial.

La verdad es que el debido proceso puede integrar algunos derechos, pero si intentamos incluirlo todo nos encontramos con un problema de indeterminación. La verdad es que no

hay mucho esfuerzo en la jurisprudencia para sistematizar, solo encontramos relatos de lo que estaría incluido.

→ *¿Un cambio en la concepción del debido proceso (más minimalista o más robusta), haría variar el contenido del debido proceso en los distintos tipos de procedimiento regulados por el CPP?*

En principio, la garantía de debido no debiese variar entre un procedimiento penal y otro. Sin embargo, uno podría pensar que ciertas formas de regular el procedimiento abreviado limitan el derecho a la defensa, que formaría parte del debido proceso. Para dar una respuesta acabada, quizás sería necesario un estudio regla por regla, preguntándonos si con ellas se afecta el debido proceso.

→ *En la propuesta hecha en el texto de la profesora y Letelier ¿se entiende integrado el derecho al recurso en el debido proceso? En el caso de una respuesta negativa, ¿cómo podría sustanciarse el derecho a un juez competente, independiente, imparcial, predeterminado por la ley, y el derecho a un proceso previamente tramitado, si no hay un derecho a recurrir el fallo? La pregunta se hace, específicamente, a propósito de que el año pasado el INDH se interpuso una querella por delitos de tortura sexual, por una denuncia que recibió de un conscripto que había sido, en sus palabras, atacado sexualmente por un cabo al interior de un regimiento. Junto con la querella, el INDH pidió también al el J.G. que solicitara a la fiscalía militar que ésta se inhibiese de seguir conociendo los antecedentes, por cuanto la naturaleza del delito correspondía a la jurisdicción común. El J.G. rechazó la inhibitoria y no dio lugar a la querella, el INDH apeló la resolución, y la C.A. la confirmó. Ante esto, el INDH interpuso un recurso de queja ante la CS, el que también fue rechazado, indicando que la fiscalía militar debía seguir conociendo del caso por haber sucedido dentro de un regimiento. ¿Cómo podríamos afirmar que, en un caso como este, se cumplen las garantías, si vemos que lo actuado no es correcto, al menos desde un punto de vista extrajurídico?*

Es cierto que, si se adopta un debido proceso “formalista”, por estar excesivamente tipificado podría dar lugar a este tipo de injusticias sustantivas o a la pérdida de la sustantividad que pareciese formar parte integrante de los DDEF que funcionan como garantías ante el ejercicio de la jurisdicción. Ante esto, hay que tener presente que, en realidad este tipo de injusticias se produce con cualquier tipo de normas, no solo las de garantía justiciables por la constitución. Por otro lado, la inclusión del derecho al recurso en el debido proceso, pareciera no solucionar el problema planteado, esto porque el problema, al menos en el caso concreto que se plantea, es la decisión de fondo de no dar lugar a la inhibitoria y con ello impedir la tramitación de la querella. El problema, entonces, no es que no haya recursos, sino que se activaron los recursos, pero ninguno funcionó debido a una determinada comprensión de la relación entre la justicia militar y la justicia penal.

La profesora cree que en este caso el problema no está en el debido proceso, o en si se entiende comprendido en él el derecho al recurso, sino con una forma genérica de deferencia mal entendida, o con la imposibilidad que ha tenido la comunidad política de terminar con la justicia militar. El problema, entonces, no se resuelve con una concepción más robusta de debido proceso, porque tiene que ver con la forma en que fallan los jueces, o con una concepción ideológica, pues quizás otro juez habría fallado de forma diversa.

Respecto del derecho al recurso: Conceptualmente se debe preferir que no se integre en la garantía del debido proceso, para permitir una **concepción minimalista y unitaria**, válida para materia civil y penal. El derecho a recurrir de una decisión judicial, desde el punto de vista de una obligación jurídico-positiva del Estado chileno de establecer recursos, está restringido a materia penal (esa es la tesis correcta de diversos autores¹⁹).

→ *¿Se incluye en el debido proceso el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales?*
La verdad es que este elemento debería ser parte de un concepto de jurisdicción. Si esta no tiene la capacidad de ejecutar sus propias decisiones -facultad de imperio- se desnaturaliza y se asemeja en cierto punto a la administración, que también resuelve problemas de relevancia jurídica.

→ *¿Existe una relación de tensión entre debido proceso y búsqueda de la verdad?*
Si pensamos que en el debido proceso se incluye el derecho a la defensa, y dentro de este último el derecho a rendir prueba; y considerando que éste último no es un derecho, por la posibilidad de que cierta prueba (impertinente, ilícita, etc.) no sea admitida, podríamos considerar que efectivamente existe una tensión. Nos interesa la búsqueda de la verdad, pero no a cualquier costo.

No todas las instituciones procesales están orientadas a la búsqueda de la verdad, existen también otros fines que, en un panorama mucho más general, vuelven a traer al centro de la discusión la tensión entre eficacia y garantía.

Presunción de inocencia²⁰

En el proceso penal chileno este principio se consagra en el artículo 4° del CPP, que prescribe:

*“Artículo 4°.- **Presunción de inocencia del imputado.** Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”*

El imputado debe ser tratado y considerado como inocente hasta que se decida su culpabilidad, decisión que se toma por el TOP sobre la base de la prueba de cargo²¹ que se rinde en el juicio. En el curso del proceso el imputado es inocente, al menos desde el punto de vista del JG y el TOP. Si la sentencia es absolutoria, la persona permanece en la situación jurídica de inocente; la única forma de “vencer la presunción” es la sentencia condenatoria firme

¹⁹ Duce, Riego, por ejemplo. Por el contrario, Palomo. La tesis del curso es que no existe un *derecho al recurso tout court*.

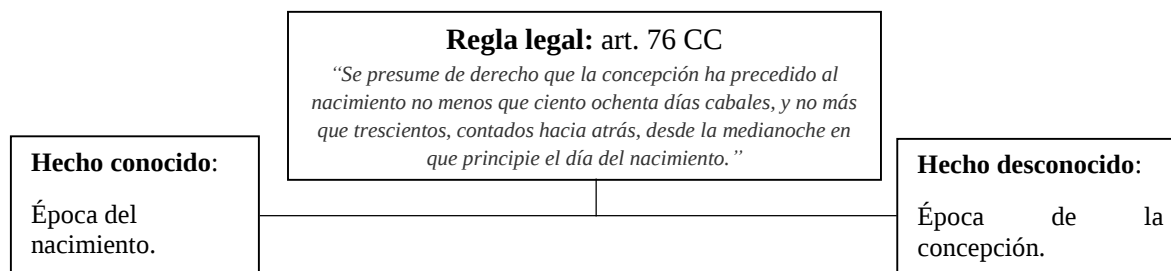
²⁰ Se han condensado bajo este título apuntes de clases y el esquema sobre P.I. de la profesora.

²¹ Prueba de cargo es la prueba que proporciona el ente persecutor o acusador. En delitos de acción penal pública el MP y en los de acción privada el querellante particular.

¿Es la P.I. una auténtica presunción?

Las presunciones, como reglas, tienen una estructura condicional que permite, a partir de un hecho conocido, inferir un hecho desconocido, por mandato de una regla legal.

Ejemplo de presunción (en este caso, de derecho):



La presunción de inocencia no tiene esta estructura condicional, lo que se traduce en que no hay afirmación de hecho base/hecho desconocido que probar. El estado “inocente” solo puede ser desvirtuado cuando una sentencia firme declare al sujeto culpable; la prueba de cargo se rinde, por tanto, para revertir el estado de inocente.

Con relación a los fundamentos de esta norma, Gascón indica que, tratándose de las tesis fácticas en que se funda la decisión de condena, la presunción de inocencia es garantía de verdad, mientras que tratándose de las tesis fácticas en que se funda la decisión de absolución, la presunción de inocencia es garantía de libertad²². Este planteamiento es un punto medio entre quienes sostienen que el fundamento de esta norma es exclusivamente la verdad²³, y quienes indican que no tiene fundamento epistémico, sino solo práctico, que consistiría en evitar el resultado indeseable de la condena de inocentes²⁴.

La “presunción de inocencia” no posee la estructura condicional de una presunción, sino la de un principio que informa el proceso penal y obliga a quienes en él intervienen, especialmente a la policía y a los jueces, a tratar al imputado como inocente, en tanto no se demuestre su culpabilidad. Nada debe probarse para tener por establecido el estado de inocente y, específicamente, el imputado no tiene la carga de probar su inocencia; no existe condición alguna para ello. Este estado de inocente sólo es desvirtuado por una sentencia que establezca la culpabilidad, correspondiéndole la prueba de la hipótesis acusatoria sobre la culpabilidad del sujeto al Ministerio Público. Aquella culpabilidad, además, es una que debe ser establecida con la alta exigencia probatoria del estándar “más allá de toda duda razonable”²⁵. Si existe una duda razonable sobre la culpabilidad, entonces el tribunal debe

²² Gascón 2004: 142-144.

²³ Andrés Ibáñez 1994. Este autor sostiene que constituye una “garantía contra la aceptación como verdaderas de las hipótesis acusatorias inciertas” y, en tal sentido, es un filtro que aumenta la probabilidad de que la hipótesis acusatoria se aproxime a la verdad empírica (Andrés Ibáñez 1994: 88). En igual sentido, Ferrajoli insiste en su carácter epistémico, aunque también dice que es garantía de libertad (Ferrajoli 1995: 549-551).

²⁴ Atienza 1994: 84.

²⁵ Valenzuela 2013.

absolver²⁶ (tener presente el concepto de duda *razonable*, en él no cabe cualquier duda motivada por impresiones subjetivas, sino dudas que tengan sustento racional y sean plausibles).

Si se analiza desde este punto de vista, tal principio tiene como fundamento epistémico que se condene sólo a los realmente culpables, y a ello debe estar destinada la actividad probatoria: a determinar si es “verdadero” o si “ocurrió” el hecho delictivo que se investiga, y si realmente fue cometido por quien se acusa²⁷.

No puede aducirse, por el contrario, que este principio se encuentre respaldado por una máxima de la experiencia que lleve al legislador a pensar que, en lo material, el imputado o acusado es inocente; desde el punto de vista procesal, es una garantía en favor del imputado hasta que se compruebe, eventualmente, su culpabilidad.

Por otra parte, lo más relevante parecen ser las funciones que la “presunción de inocencia” tiene en el ámbito probatorio: opera como regla de trato, regla de prueba y regla de juicio²⁸.

En el ámbito probatorio, el principio de inocencia cumple distintas funciones²⁹. La primera función es aquella de ser el imputado **tratado como inocente** durante todo el curso del proceso (desde la etapa de investigación hasta la dictación de la sentencia). Como **regla de prueba**, presupone la existencia de actividad probatoria suficiente acerca de la existencia hecho delictivo y la participación en él del acusado y suministrada por la acusación. A ello se agregan otras exigencias, que derivan de la interpretación sistemática de este principio con otras reglas del sistema procesal penal, como lo son que la prueba sea practicada en el juicio oral, y que se haya obtenido respetando garantías constitucionales. En tanto **regla de juicio**, el principio de inocencia es un método para evitar el *non liquet* y absolver si subsisten dudas irresolubles, que se articula con el principio “*in dubio pro reo*” y con un alto estándar de suficiencia probatoria de la hipótesis acusatoria.

A más de ellas, la doctrina identifica una dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia (por ejemplo, en las relaciones entre privados), y una dimensión procesal de la presunción de inocencia, adicional a las ya mencionadas: como principio informador del proceso penal. En este caso, y según Ferrer, la cuestión relevante es preguntarse ¿cuáles son los límites que impone al legislador este principio informador a la hora de regular el proceso penal? y ¿qué condicionantes impone a los jueces y tribunales al momento de elegir interpretaciones de las disposiciones procesales vigentes?

Ferrer intenta, adoptando una técnica deflacionista, buscar cual es el verdadero lugar de la presunción de inocencia como regla que cumple funciones procesales, cuestionando la necesidad de la P.I. en cuanto regla de trato, prueba y juicio, y buscando dilucidar si algunas

²⁶ Un análisis de los problemas de este estándar en Accatino 2011.

²⁷ González Lagier 2014: 92-93.

²⁸ Sobre estas funciones, véase, por todos, Fernández López 2005: 118 y ss.

²⁹ Esto lo desarrollo *in extenso* Fernández 2005: 117 y ss; 192 y ss.

de ellas son subsumibles en otro tipo de normas. Con esto, se pretende que la garantía funcione efectivamente como tal, evitando extender demasiado un concepto, ya que ello podría tornarlo vacío. En resumen, el texto fija en la regla de juicio la idea de presunción de inocencia, al entenderse relacionada con una regla de estándar probatorio (no con un determinado estándar, sino con que exista uno).

Finalmente, debemos mencionar que este principio no invierte la carga de la prueba, ya que quien afirma la infracción de un deber o prohibición es quien deberá aportar elementos que respalden aquella afirmación de culpabilidad.

La inocencia no requiere ser probada, salvo en la hipótesis excepcional del art. 473 letra d) CPP, respecto a la acción de revisión por la causal de inocencia positivamente demostrada luego de una sentencia condenatoria pasada en autoridad de cosa juzgada, por la aportación de algún documento o un hecho del que se haya tenido conocimiento con posterioridad a la dictación de la sentencia.

Pregunta

→ *¿Es compatible la P.I. con las presunciones de culpabilidad en ciertos delitos? ¿se podría aplicar alguna inaplicabilidad por inconstitucionalidad?*

Hay ciertas reglas que invierten la carga probatoria, cuya constitucionalidad ha sido cuestionada, pero en principio siguen existiendo.

Clase 4 (03.09)

Recapitulando

- La P.I. se consagra en el art. 4° CPP y, por la forma en que este artículo está redactado, podemos entender que se refiere -al menos- a la P.I. cumpliendo la función procesal³⁰ como regla de trato, y de juicio o decisión.
- El estado de inocencia no debe probarse por el imputado, salvo en la excepción del art. 473 letra d) CPP, a propósito del recurso de revisión.
Como estrategia, a la defensa le basta desvirtuar la acusación o introducir dudas razonables sobre la ocurrencia de los hecho materia de la acusación, pero podría intentar probar la inocencia, si así lo deseara.
- A primera vista, pareciese que la P.I. no tiene fundamento epistémico, sino que busca velar por la libertad del individuo ante el ejercicio del poder punitivo del Estado, que se concreta en el órgano persecutor. Sin embargo, encontramos también autores que consideran que la P.I. sí tiene fundamento epistémico (relación con *la verdad*), dado por el hecho de que muestra el camino para no llegar al dilema de castigar a los

³⁰ Referencia al texto de Ferrer.

inocentes: que el proceso penal sólo debe castigar al que es culpable material, buscando minimizar al máximo las decisiones erróneas (falsos positivos³¹)ⁱ.

Fines o fundamentos de la Presunción de Inocencia

Podemos encontrar fines epistémicos y no epistémicos; a estos últimos algunos autores se refieren como “contra epistémicos”, pero la verdad es que los fines no epistémicos (p.e. el valor de la libertad) no siempre son contrarios a la búsqueda de la verdad, sino simplemente diversos.

1. Los **fines epistémicos** de la P.I. están vinculados a la cuestión, mucho más amplia, de la relación de proceso y verdad.
 - a. Algunos autores³² sostienen que la P.I. no tiene relación alguna con la idea de proceso, esto es, con que el juez, a través del ejercicio de la jurisdicción, que se da en un contexto reglado, vaya a determinar cuál es la verdad de cómo sucedieron los hechos. Para ellos, la P.I sólo cumpliría fines no epistémicos.
 - b. Otros autores, en cambio, consideran que la P.I. no está desconectada de los fines epistémicos del proceso, es decir, de la búsqueda de la verdad, en tanto que también puede formularse la P.I. como “*debe sancionarse al materialmente culpable y absolverse al inocente*”. En ese sentido, la presunción de inocencia sería una garantía de libertad, pero, a su vez, esta tendría una conexión con el hecho de que es importante acreditar si la persona es culpable o no, desde el punto de vista material. Si no se logra acreditar esta culpabilidad, en el contexto de un proceso, entonces debe absolverse.
2. Entre los **fines no epistémicos**: podrían concretarse en libertad frente al ejercicio de la persecución penal, y control del poder del órgano persecutor.

El concepto de verdad

La distinción entre verdad procesal y verdad material no produce ningún beneficio para nuestra mejor comprensión del proceso en esta materia. Puede ser un cliché decirlo, pero la verdad es una sola; cuestión distinta es que, en un proceso reglado de toma de decisiones, que tiene restricciones materiales y temporales, pueda o no afirmarse con certeza que una cierta afirmación sobre un hecho, p.e. una determinada conducta ilícita, fue o no realizada.

Hay sólo un concepto de verdad, y es ***la correspondencia entre el contenido de la proposición que se afirma y la realidad de cómo ocurrió lo que se afirma.***

³¹ Falso positivo es condenar a un inocente; falso negativo es absolver a un culpable. Ambos son errores, cuyo riesgo de ocurrencia debe gestionarse en los modelos procesales. La distribución del riesgo de error toma la forma de un estándar de prueba, el que revela una decisión política en la distribución del riesgo: en materia penal esta distribución es asimétrica, pues en el proceso penal lo más relevante es no cometer errores de tipo “falso positivo”, aunque ello implique que exista mayor riesgo de falsos negativos.

³² Por ejemplo, lo que hace Manuel Atienza en un artículo que trata sobre la naturaleza de las presunciones.

Este concepto unitario es aceptado por la mayor parte de quienes desarrollan doctrina en materia de teoría de la prueba, y es el mismo que inspira la actividad probatoria en el proceso penal, y que debiese guiar al juez en su decisión.

De todas formas, hay dos cuestiones que decir al respecto:

- a. Nunca es posible afirmar la verdad de un enunciado con certeza absoluta o, lo que es lo mismo, no podemos demostrar deductivamente que así ha ocurrido.

La fuerza de esa conclusión a la que se arriba en la decisión judicial no tiene la misma fuerza que la conclusión de un silogismo deductivo, porque en el plano procesal no nos encontramos con ese tipo de inferencias, sino con un modo de razonamiento inferencial que se asemeja más a la estructura de la inducción o de la abducción.

La reconstrucción que se hace a partir de la prueba rendida en juicio, sobre cómo sucedieron los hechos y de si esos hechos son un caso concreto del supuesto de hecho general regulado por la norma, sólo puede afirmarse con cierto grado de probabilidad o de plausibilidad, dependiendo de la mayor o menor fuerza probatoria alcanzada a partir de la prueba que se rinde en juicio, y de otras cuestiones tales como que la hipótesis no haya sido refutada, que se hayan descartado las hipótesis secundarias o alternativas, etc. Que no se pueda afirmar “la verdad” con certeza absoluta no influye, en absoluto, en que la búsqueda de la verdad sea el fin de los procesos.

- b. En la búsqueda de la verdad a través de la jurisdicción hay restricciones propias de un contexto institucionalizado y reglado. La afirmación de que se han dado por probados ciertos enunciados respecto de los hechos, es una que se hace dentro de ese contexto y que, por tanto, puede ser errónea. Sin embargo, eso no hace que existan dos tipos de verdad. En estricto rigor, hablar de que existen dos verdades -procesal y material- es contraproducente: es la misma verdad, pero esta solamente puede afirmarse con cierto grado de probabilidad, por lo que siempre hay para el error. Si hubiese algo así como un estándar de prueba que dijese “debe probarse con certeza absoluta la ocurrencia del hecho” quedarían todas las conductas que revisten las características de delito sin sanción.

El proceso es un mecanismo de toma de decisiones en contextos de incertidumbre. Es decir, en él se hace referencia a la ocurrencia de hechos en el pasado, a los cuales no puede acceder quien debe tomar la decisión. Así, la actividad procesal es una reconstrucción del pasado a través de los elementos probatorios, por lo que “la verdad” sólo puede ser alcanzada, a través del razonamiento judicial, con cierto grado de probabilidad, y nunca certeza absoluta.

Para ahondar en el tema, puede resultar conveniente una distinción hecha por Ferrer:

1. **Culpabilidad:**

- a. Culpabilidad inferencial: Aquella que ha sido afirmada por los jueces, es decir, se ha dado por probada la hipótesis de la acusación. Con “inferencial” se hace referencia a que se ha llegado, a través de un razonamiento, a la conclusión de que determinada

es culpable, así, podríamos decir también “culpabilidad inferencialmente afirmada en el contexto de un proceso judicial”.

b. Culpabilidad material.

2. **Inocencia**

a. Inocencia inferencialmente afirmada: en ciertos casos también podría suceder que la inocencia sea inferencialmente afirmada, (aunque son los menores, porque la no culpabilidad simplemente mantiene el *statu quo* de inocencia), como en el caso del art. 473 letra d) CPP.

b. Inocencia material: puede suceder que un proceso penal termine en un juicio de culpabilidad, pero que la persona que ha sido condenada no lo sea. Vale decir, que se afirme la culpabilidad inferencialmente afirmada, pero que en realidad sea materialmente inocente.

La decisión es correcta, es decir, libre de error judicial, si la afirmación de inocencia coincide con el materialmente inocente, o si la culpabilidad afirmada por un órgano jurisdiccional coincide con su culpabilidad material.

Casos complejosⁱⁱ:

1. **Error material**. Se condena a una persona materialmente inocente o se absuelve a una persona materialmente culpable, y el razonamiento inferencial realizado a partir de la prueba rendida en juicio, que lleva a esa decisión, se encuentra correctamente justificado. Desde el punto de vista del sistema procesal penal, es mucho más grave el primer caso - falso positivo- que el segundo.

2. **Error inferencial**. Se condena a una persona materialmente culpable o se absuelve a una persona materialmente inocente, pero con un mal trabajo inferencial de parte del tribunal, lo que hace que la decisión sea injustificada.

Una inferencia probatoria se encuentra:

a. Justificada, si cumple con ciertos criterios de racionalidad epistémica elaborados desde la teoría de la prueba, por ejemplo, de solidez de las máximas de la experiencia utilizadas como enlace, de corrección al pasar de un enunciado a otro, o de identificación correcta de la disposición normativa aplicable al usar una regla de presunción.

b. Injustificada, si no se cumple con los criterios de racionalidad epistémica.

Los casos más graves para el sistema procesal penal son aquellos de condena de inocentes de manera justificada o injustificada, siendo especialmente repudiados por el sistema los casos de falsos positivos en que, además de error material, existe error inferencial.

Latencia del error

El sistema procesal penal reconoce que el juez se puede equivocar, es propio de los procesos ser mecanismos de toma de decisiones en contextos de incertidumbre, en que la verdad sólo se puede alcanzar con cierto grado de probabilidad. Este reconocimiento se puede observar en el diseño del sistema a constatar que el legislador ha previsto la posibilidad de recurrir,

para anular la sentencia y, incluso una vez se ha agotado la posibilidad de recurrir, contemplando la acción de revisión.

Para la comprensión de lo dicho hasta aquí no es necesario recurrir a una dicotomía entre verdad material y verdad procesal, simplemente debemos tener claridad en observar que, pese a que la culpabilidad o la inocencia sean declaradas en el curso de un proceso judicial, eso no implica que las decisiones puedan, igualmente, ser erróneas desde un punto de vista material. El proceso penal, dicho en breve, no va a acabar con todos estos tipos de errores que aún pueden subsistir ni aún con un estándar exigente como el que tiene.

Volviendo a la cuestión de los fines epistémicos y no epistémicos.

Si el fin del proceso es la búsqueda de la verdad, ¿cómo puede ser que excluyamos prueba invocando fines que no son estrictamente epistémicos?

Puesto el problema en otros términos: desde una perspectiva epistémica, mientras mayor prueba tengamos -sea como fuere que ella hubiese sido obtenida- mayor chance tenemos de aproximarnos a la verdad de cómo ocurrieron los hechos. Desde esta óptica, no es un problema que se admitan al proceso todas las pruebas, pues el juez, teniendo libertad para valorar conforme a los límites de la sana crítica, será quien ponga el filtro.

La respuesta desde el sistema a este argumento es que la verdad es, realmente, muy importante, pero el mismo no puede desentenderse de la tensión entre persecución penal eficaz y la protección de las garantías del individuo. Con esta respuesta el sistema no abdica a la verdad como fin del proceso, sino que pone en la balanza otros fines con que el sistema procesal penal debe cumplir también: fines no epistémicos.

Esto no tiene nada raro: ningún derecho, valor, ni interés corre solo en las regulaciones que, como sociedad, nos damos para asegurar la convivencia. En toda decisión de modelo procesal hay un balance entre distintos intereses, y si bien el proceso penal y la prueba en el proceso penal tienen este fin epistémico como fin preponderante, eso no le permite ser un fin absoluto, pues para el Estado debe ser igualmente importante diseñar un modelo de persecución penal que no vulnere las garantías jurisdiccionales, y especialmente, que no permita que los agentes estatales que intervienen junto con el órgano persecutor penal en la etapa de investigación, particularmente las policías, vulneren las garantías y DDFF de los individuos.

La distribución del riesgo de decisiones erróneas

Teniendo en cuenta lo expuesto en esta clase, es claro que los sistemas procesales no pueden eliminar por completo el riesgo de un error judicial, sino que pueden reducirlo y establecer mecanismos de corrección de errores para aquellos casos que resulten intolerables para el sistema, una de las decisiones relevantes al momento de diseñar sistemas procesales es la cuestión de la distribución del riesgo de error, es decir, cuál de los intervinientes en un proceso soportará el riesgo de una decisión judicial errónea, desde el punto de vista

probatorio. Esta es la cuestión que resuelve la regla de estándar de prueba, que determina si la distribución de este riesgo es simétrica o asimétrica:

1. Distribución simétrica del riesgo de error: ambas partes soportan el riesgo de igual manera, es propio de los sistemas civiles. El estándar propio de esta distribución es el de prueba preponderante o prueba prevaleciente.
2. Distribución asimétrica del riesgo de error: una parte soporta el riesgo en mayor medida. Existe distribución asimétrica al fijar cualquier otro estándar, por ejemplo, prueba clara y convincente, o más allá de toda duda razonable.
 - Más allá de toda duda razonable: con este estándar el sistema procesal penal afirma no estar dispuesto a tolerar la condena de inocentes, por lo tanto, se busca minimizar al máximo el riesgo de cometer ese tipo de errores, aunque eso implique aumentar la posibilidad de absolución de culpables, cuestión que suele sintetizarse en la frase “más vale 100 culpables absueltos que un inocente condenado”. El sistema tolera los falsos negativos o absolución de culpables, pero no tolera la ocurrencia de falsos positivos.

Funciones procesales principales de la P.I.³³

0. **Como principio ordenador del proceso penal.**
 1. **Regla de trato** (art. 4º CPP).
 2. **Regla de prueba.**
 - a. Statu quo de inocencia se encuentra probado por defecto.
 - b. Prueba de cargo suficiente
 3. **Regla de juicio.**
 - a. Supone un estándar institucionalmente establecido de error/incertidumbre tolerable
 - b. La aplicación del estándar de prueba MATDR descarta hipótesis compatibles con la inocencia
 - c. Criterio de decisión y parámetro de control intersubjetivo
 - d. Inocencia probatoria v/s inocencia material
 - e. *In dubio pro reo*: si subsiste la duda/incertidumbre, entonces no se puede condenar, se privilegia el statu quo de inocente.

Esta construcción es hecha por Ferrer tomando de la clasificación del TC español y de otros penalistas, como Mercedes Fernández. Frente a una construcción tan robusta como esta, Ferrer considera que sería preferible adoptar una aproximación minimalista, despejando la P.I. de otras características, que son positivas, pero se encuentran recogidas en otras normas del proceso penal. Así, el autor estima que conviene concentrar el contenido de la P.I. -y la atención de la dogmática- en su función de regla de juicio.

Bajo esta concepción, lo relevante es apuntar a desarrollar un concepto de P.I. que se haga cargo de sus condiciones de derrotabilidad, que están fijadas por una regla de estándar de

³³ En esta parte se hará referencia, especialmente, al texto de Ferrer.

prueba³⁴. Con esto, se estaría haciendo más concreta y útil la garantía, despejando el concepto de aquellas dimensiones que son reconducibles a otro tipo de reglas, que cumplen la misma función protectora de forma específica y eficiente.

Lo expuesto hasta aquí no quiere decir que se piense que el trato como inocente al imputado no es importante, sino que se hace importante en su -importante u necesaria- vinculación con la P.I. como regla de juicio; lo mismo vale para la regla de prueba. Con una afirmación como esta, lo que se intenta es aclarar que ese trato de inocente tiene como horizonte que llegue a existir una sentencia que haga que ese *statu quo* de inocente se mantenga o revierta. En todas las dimensiones, sostiene Ferrer, lo importante son las condiciones de derrotabilidad de la P.I., que no pueden entenderse sin un estándar de prueba que las fije.

Preguntas

→ *En la práctica, ¿la presunción de inocencia se vulnera por la sociedad?*

En el texto de Ferrer este problema se relaciona con la función extraprocesal de la P.I. que buscaría asegurar que fuera del contexto procesal penal el sujeto sea tratado como inocente. En este punto el texto no es muy claro, pues indica que, dentro de esa función extraprocesal, la P.I. también debiese tenerse en cuenta, particularmente en procedimientos frente a la Administración, o entre sujetos particulares; de esto, uno de los ejemplos entregador por Ferrer es la forma en que es tratado el imputado en los medios de comunicación social. La verdad es que esto es discutible, la percepción de la profesora es que la regla del art. 4° es una regla de trato *procesal*.

¿Cómo puede ser, entonces, que un sujeto sea condenado por los medios de comunicación social y luego absuelto por un proceso judicial? Eso lleva a otras cuestiones, por ejemplo, si existe algún tipo de influencia entre un *juicio paralelo*, que se lleva a cabo a través de los medios de comunicación social, y un juicio jurisdiccional, que se lleva a cabo ante un Tribunal Oral en lo Penal.

→ *Respecto del delito de denuncia calumniosa, ¿cómo puede sostenerse la P.I. si, en rigor, la denuncia ya se ha declarado calumniosa por otra sentencia ejecutoriada?*

En este caso hay un problema con la idea de P.I. que, la verdad, no se ha tratado mucho en la dogmática, probablemente porque es un delito de acción penal privada.

Clase 5 (08.09)

Se entiende que existe una dimensión procesal y otra extraprocesal de la presunción de inocencia:

1. **Dimensión extraprocesal:** se refiere a cuestiones que se producen fuera del ámbito del proceso específico, por ejemplo, la relación entre presunción de inocencia y regulación del procedimiento administrativo sancionador, o lo que sucede con la presunción de inocencia y los medios de comunicación (posible afectación a personas que están siendo imputadas sin que medie alguna sentencia).

³⁴ Con esto no se habla específicamente del estándar vigente en Chile, MATDR, sino de que exista una regla de estándar, cualquiera sea esta.

2. **Dimensión procesal**: consiste en identificar distintas funciones que un P.I. en el proceso penal. Estas 4 funciones son:

a. **Regla de trato**: es la dimensión recogida por el art. 4° CPP, que obliga a que el imputado sea tratado como inocente durante todo el transcurso del proceso, desde el inicio de la investigación hasta la dictación de la sentencia condenatoria. Es relevante como regla pese a que puede haber problemas de compatibilización con otras reglas del CPP que parecieren invertir la balanza en contra del inocente, al tratarlo como culpable, como sería las medidas cautelares³⁵, ante ello cabe preguntarse si estas medidas desplazan a la P.I. como regla de trato. Este es un debate entre posiciones abolicionistas, ya sea de la presunción de inocencia o la prisión preventiva, y compatibilistas. En opinión de la profesora, habría que optar por esta última, ya que las medidas cautelares no derrotan el trato como inocente de la presunción.

b. **Regla de prueba**: significa que se presupone la existencia de actividad probatoria, desarrollada y aportada por el ente persecutor, acerca del hecho delictivo y la participación del acusado en él. Esta regla también se extendería a sostener que la prueba sea practicada en el juicio oral.

Si se miran con atención los requisitos fijados jurisprudencialmente, esta dimensión de la P.I. se superpone con otras normas procesales. Por otra parte, la verdad es que la P.I. como regla de prueba no explica que la prueba recaiga en la acusación, pues esto se fundamenta en realidad en el principio acusatorio que fundamenta el proceso penal y que concentra la persecución pública en el MP; por otro lado, esta prueba de cargo se funda en una regla de carga de la prueba más básica: que corresponde probar a quien alega la ocurrencia de un hecho.

c. **Regla de juicio**: el principio de inocencia es un método para evitar el *non liquet*, esto es, dejar abiertos o pendientes problemas jurídicos que son llevados ante los tribunales para su resolución, lo que se puede vincular con la noción de inexcusabilidad: el juez siempre debe decidir, de acuerdo con la prueba presentada, si condenar o absolver; y debe absolver si subsisten dudas razonables acerca de la culpabilidad del sujeto imputado.

Solo puede entenderse esta regla a partir de la determinación de un estándar de prueba en materia penal.

Ferrer reconoce que el P.I. no prejuzga cuál debe ser el estándar que el sistema determine, sino que establece que el estatus de inocente del imputado sólo puede ser derrotado a través de la afirmación de culpabilidad, afirmación que requiere identificar el umbral de prueba necesaria para una sentencia condenatoria³⁶. Si ese umbral no se alcanza, entonces el juez debe absolver.

Así, el P.I. supone la vigencia de un estándar de prueba, pero no es necesario que exista una formulación explícita en la legislación -de hecho, en Chile sólo contamos

³⁵ Por ejemplo al hablar de que el imputado se “dé a la fuga”: los inocentes no se dan a la fuga, sólo se desplazan.

³⁶ En la normativa chilena procesal penal se encuentra en el artículo 340 del CPP.

con un estándar explícito en materia penal- pues la existencia de un estándar depende de que exista una condición de posibilidad de la justificación racional de las decisiones desde el punto de vista probatorio.

Estas reglas de suficiencia probatoria siempre deben tener, al menos, la pretensión de permitir control intersubjetivo de la decisión. Si una regla no permite este control, no cumple la función de regla. Este es el problema que encontramos en de reglas de estándar formuladas con expresiones que tienen alta carga subjetiva, porque ¿qué es duda razonable? ¿hace ello referencia a un estado psicológico de duda del juzgador? ¿qué tipos de dudas son admisibles? El problema empeora con el uso de palabras como “convicción”, que se asocia al sistema de valoración de íntima convicción, cuya configuración no tenía por objetivo ser sujeta al control racional.

Para la formulación de un buen estándar se han buscado directivas más concretas, por ejemplo, afirmar que duda razonable quiere decir que el juez haya refutado todas las demás hipótesis plausibles que permiten explicar los datos a partir de los cuales el juez debe tomar la decisión.

- d. Se agregaría una cuarta dimensión, de ser un principio uniformador del proceso penal. Lo que importa es determinar los límites que este principio informador impone al legislador a la hora de fijar reglas en el proceso penal. Parece que esta función no se cumple de manera tan clara, teniendo objetivos más claros cláusulas como el art. 19 N°3 inc. 6°, que señala:

“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 y una investigación racionales y justos”.

La profesora no descartaría el P.I. como regla de trato ni tampoco como regla de juicio. Sobre el primero, es relevante observar cuánta autonomía conceptual presenta, pero en los hechos, ya que para los operadores del sistema su enunciación es relevante, pues determina o condiciona la actuación de quienes operan en el sistema.

Protección de garantías individuales en el proceso penal³⁷

Revisión del CPP, específicamente el Libro I, Título I: Principios básicos. Algunos de estos principios básicos del proceso penal ya fueron explicados a propósito de la revisión del mensaje del CPP, y son muy relevantes en el estudio de la materia:

- *“Artículo 1°.- **Juicio previo y única persecución.** Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal*

³⁷ Ver también clase 7.

imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal.

La persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho”

En la CPR este principio se encuentra regulado en el art. 19 N°3 inc. 5° al referirse al juez natural³⁸; en el inc. 6°, que indica que las sentencias judiciales deben fundarse en un proceso previo legalmente tramitado³⁹; y los inc. 7°, 8° y 9°, que se refieren a dimensiones del principio de tipicidad contempladas en el art. 1° del CP⁴⁰.

El último inciso este art. 1° establecería el principio de *ne bis in idem* como estándar de clausura procesal, que se verá más adelante.

- “**Artículo 2°.- Juez natural.** Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Pese a que el artículo 1 ya hablaba de tribunal imparcial, este artículo lo reitera, siguiendo con la referencia al artículo 19, n°3, inciso 5.

- “**Artículo 3°.- Exclusividad de la investigación penal.** El ministerio público dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinaren la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado, en la forma prevista por la Constitución y la ley”.

Este principio se encuentra relacionado con las funciones que realiza el M.P. lo cual se desarrollará más adelante. Este principio es congruente con la línea de lo planteado por la reforma procesal penal, al ser un nuevo órgano el que concentrará el ejercicio de la acción penal pública, esto es, que llevará adelante la persecución penal de los hechos que revisten las características de delito, y además, lo hará de forma exclusiva. Al M.P. también le corresponde, según el artículo, no solo la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que acrediten la participación, sino que también investigar con igual intensidad los hechos que pudieren acreditar la inocencia.

³⁸ “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

³⁹ “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 y una investigación racionales y justos”.

⁴⁰ “La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal.

Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado.

Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella”.

Esto se conoce como **principio de objetividad**, incluido en Ley N°19.640 que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público⁴¹.

- “Artículo 4°.- **Presunción de inocencia del imputado.** Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.
- “Artículo 5°.- **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”.

Este artículo refleja la consagración constitucional del art. 19 N°7, vinculándose, por tanto, con el principio de la libertad personal.

Se trata de una legalidad en sentido amplio. Por ejemplo, las policías deben someterse tanto a lo que prescribe la constitución como a lo que prescriben las disposiciones específicas al respecto, debiendo tenerlas en cuenta al realizar detenciones, y sólo en las ocasiones en que se encuentran autorizadas para ello por la ley podrán hacerlo sin autorización judicial. Esto último se verá más adelante con la revisión de la institución de la detención.

El inciso 2° es particular, en el sentido de que es extraño ver que la propia ley establezca como se interpretarían sus disposiciones. En este caso nos encontraríamos ante una directriz interpretativa referida a las disposiciones que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado.

En general, la dogmática es la que señala la forma de interpretación de una disposición (si en forma restrictiva o si las cláusulas de excepción deben interpretarse de determinada forma, o al indicar que en el derecho penal no se admite la analogía) pero que lo diga un texto legal es una forma de explicitar directrices interpretativas, en este caso, dirigidas tanto hacia el juez como hacia las autoridades que puedan restringir la libertad de los derechos de imputado de acuerdo a las facultades que el propio código entrega.

⁴¹ “Artículo 3°.- En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”.

- “Artículo 6º.- **Protección de la víctima.** El ministerio público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima.

Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir”.

Respecto al papel de la víctima, institución que será desarrollada posteriormente, sigue existiendo un clamor generalizado respecto de su invisibilización en el proceso penal, dado que en la mayoría de los casos, al existir acción penal pública, corresponde al MP la “defensa de la víctima”. En muchos casos, además, las víctimas no están en condiciones de contratar a un querellante particular que los defienda, por lo que la víctima no está completamente conectada con todas las actuaciones del proceso penal. En este sentido, quizás merece estudio cuán protector es el CPP respecto a la “otra parte” de esta relación: el sujeto pasivo de las consecuencias del hecho delictivo.

- “Artículo 7º.- **Calidad de imputado.** Las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

Para este efecto, se entenderá por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el ministerio público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible”.

La calidad del imputado también se asocia con las garantías penales constitucionales de la libertad personal.

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

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

Este artículo concreta el ámbito de la defensa en materia penal, lo que también fue incorporado en un inciso en la consagración del derecho a la defensa del imputado en la CPR, a propósito de la reforma procesal penal, agregándose un derecho general a la defensa gratuita, desde el punto de vista técnico, que ya existía anteriormente en la CPR⁴².

- “Artículo 9º.- **Autorización judicial previa.** Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía.

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

Este artículo se relaciona con disposiciones constitucionales que exigen, frente a determinadas actuaciones que puedan privar al imputado o a un tercero del ejercicio de sus derechos que la constitución asegura, requerir autorización judicial previa. Es una especificación de la idea de legalidad de medidas privativas o restrictivas de libertad del artículo 5º ya indicado.

Más adelante, revisaremos los casos urgentes en que el Código autoriza a proceder sin la autorización del JG.

- “Artículo 10.- **Cautela de garantías.** En cualquiera etapa del procedimiento en que el juez de garantía estimare que 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, adoptará, de oficio o a petición de parte, las medidas necesarias para permitir dicho ejercicio.

⁴² “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos. La ley señalará los casos y establecerá la forma en que las personas naturales víctimas de delitos dispondrán de asesoría y defensa jurídica gratuitas, a efecto de ejercer la acción penal reconocida por esta Constitución y las leyes.

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”.

Si esas medidas no fueren suficientes para evitar que pudiese producirse una afectación sustancial de los derechos del imputado, el juez ordenará la suspensión del procedimiento por el menor tiempo posible y citará a los intervinientes a una audiencia que se celebrará con los que asistan. Con el mérito de los antecedentes reunidos y de lo que en dicha audiencia se expusiere, resolverá la continuación del procedimiento o decretará el sobreseimiento temporal del mismo.

Con todo, no podrá entenderse que existe afectación sustancial de los derechos del imputado cuando se acredite, por el Ministerio Público o el abogado querellante, que la suspensión del procedimiento solicitada por el imputado o su abogado sólo persigue dilatar el proceso”.

El JG, en la estructura procesal penal, cumple la función de proteger los derechos del imputado y de la víctima en el transcurso del proceso. Esta protección es frente a las actuaciones o medidas intrusivas que puedan llevar acabo el MP o las policías en la etapa de investigación. En este artículo queda clara la función estructural que juega este juez en el proceso penal.

Estos son los principios más relevantes para el proceso penal, los que están expresamente relacionados con las disposiciones constitucionales.

El artículo 19 N°7 establece el **derecho a la libertad personal y la seguridad individual**⁴³:

- a) *Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;*

Desde el punto de vista terminológico, la letra a) se refiere a la libertad ambulatoria.

- b) *Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la Constitución y las leyes;*

Esta es la reserva legal de afectación legítima. Es legítimo afectar la libertad personal, sea privándola o restringiéndola, solamente si se mantienen las formas determinadas por la CPR y las leyes.

- c) *Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes.*

Si la autoridad hiciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas;

Esta regulación se refiere a los tipos de detención, sus procedimientos, y sus condiciones de legalidad fijadas para uno u otro tipo. Esto debe relacionarse con las

⁴³ De forma desarrollada en texto de Lorca (2020).

normas de la detención establecidas en los art. 125 y ss CPP, en especial el art. 129 sobre la detención en caso de flagrancia.

Además, se relaciona con el art. 21 de la CPR, que fija la acción de amparo que se ejerce ante la Corte de Apelaciones respectiva que, a su vez, se relaciona también con el amparo ante el JG del art. 95 del CPP, cada uno con sus particularidades.

- d) *Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.*

Los encargados de las prisiones no pueden recibir en ellas a nadie en calidad de arrestado o detenido, procesado o preso, sin dejar constancia de la orden correspondiente, emanada de autoridad que tenga facultad legal, en un registro que será público.

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito;

Esta letra analiza los lugares de detención: cuáles son los lugares donde se puede practicar la detención, y los lugares en que se puede cumplir una medida cautelar de prisión preventiva judicialmente decretada.

- e) *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. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.*

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9°, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple;

Esta letra regula la prisión preventiva, también regulada en los art. 139 y ss CPP, lo que se estudiará en detalle posteriormente. Lo relevante es tener conocimiento de que el desarrollo de la prisión preventiva se encuentra respaldada por esta norma constitucional.

- f) *En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley;*

Establece como garantía del imputado la no autoinculpación, garantía que tiene regulación en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

- g) *No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes; pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas;*
- h) *No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales,*
Las letras g y h hacen referencia a la prohibición de confiscación de bienes, y a la prohibición de ser privados de derechos previsionales, en procesos penales.
- i) *Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.*

Esta letra configura la responsabilidad del Estado por error judicial, que es una hipótesis restringida, incluso más que en la CPR del '25, y a la que solo últimamente la CS ha otorgado cierta procedencia más amplia. El problema es cómo se entiende la calificación de sometimiento a proceso, terminología del Código de Procedimiento Penal pero no incluido en el CPP; podría ser incluido en la etapa de formalización de la investigación.

De forma similar, existe una regulación para el MP respecto a hipótesis de responsabilidad por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias, en la Ley N° 19.640, que establece la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público⁴⁴.

Ne bis in ídem

Con el principio *ne bis in ídem* se hace referencia a dos principios distintos:

1. Estándar sustantivo de adjudicación: prohibición de sobrevaloración (proporcionalidad).
2. Estándar de clausura procesal: prohibición de juzgamiento múltiple (cosa juzgada).

⁴⁴ “Artículo 5°.- El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

La acción para perseguir esta responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina.

En todo caso, no obstará a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra”.

El principio ne bis in ídem como estándar de derecho sancionatorio

Clase realizada por J.P. Mañalich

En esta clase se revisará qué debemos entender por principio *ne bis in ídem*. Una vez clarificado ese concepto, pasaremos a preguntar de qué manera interactúan, y con qué consecuencias, los dos significados que deben ser diferenciadamente atribuidos a la expresión.

Para ello se propone un caso de arranque:

En circunstancias aún no esclarecidas, mientras los cónyuges A y B navegan en un velero por un lago de aguas profundas, B, quien no sabe nadar, cae al agua sin llevar puesto un chaleco salvavidas.

A es condenada como autora de un homicidio omisivo, habiendo el tribunal de juicio oral desestimado la acusación por parricidio, en razón de la incompatibilidad que existiría entre esta última calificación y el carácter omisivo del hecho punible imputado, al haber tenido por probado, más allá de toda duda razonable, que A habría observado a B caer al agua, sin siquiera intentar rescatarlo. En consideración a las circunstancias modificatorias concurrentes, la pena impuesta resulta ser de 5 años de presidio menor en su grado máximo, que es sustituida por libertad vigilada intensiva.

Meses después de haber quedado firme la sentencia condenatoria, el Ministerio Público accede a un registro de video, que habría sido captado por un turista que al momento del suceso se desplazaba en un bote, y que muestra a A empujando a B al agua. El fiscal que tuvo a su cargo el caso evalúa ejercer acción penal contra A, nuevamente, para imputarle un parricidio, aduciendo que el empujón que A habría propinado a B no habría estado comprendido en las circunstancias de hecho a las que hiciera referencia la acusación formulada en el proceso ya concluido.

Tenemos que, al cabo del proceso ya concluido, A fue condenada como autora de un homicidio simple, a pesar de que el MP habría solicitado una pena por parricidio. El tribunal habría desestimado esa calificación porque habría asumido la tesis interpretativa según la cual, la especificidad del parricidio resulta incompatible con el carácter omisivo del hecho atribuido a A. Por lo tanto, la condena habría tenido lugar a título de homicidio simple.

Lo que ocurre es que, posteriormente, aparece este video que da cuenta de que no se trató simplemente de que B cayó al agua y A no lo salvó, sino que A empujó a B al agua. Entonces el fiscaln estando al tanto del principio *ne bis in ídem*, entiende que éste no es más que una reproducción del principio de persecución penal única consagrado en el art. 1 inciso 2° CPP, y cree que puede sortear ese aparente obstáculo, aduciendo la circunstancia de que habría un componente factual de lo que podría ser el objeto de una eventual *nueva* persecución que determinaría que no hay identidad entre lo que resultó ser el objeto temático del proceso ya concluido y lo que pudiera terminar siendo el objeto temático -desde el

punto de vista factual- del proceso que pudiera ahora iniciarse a través de este ejercicio de acción penal en contra de la persona que había sido ya condenada por la sentencia firme en que había concluido el proceso ya cerrado.

Paréntesis metodológico: Un caso que plantea cuestiones procesalmente relevantes, no va a coincidir en su fisonomía con un caso del que uno se vale para definir el parricidio, el homicidio simple, la omisión impropia, etc. porque lo que tiene relevancia procesal no es lo mismo que lo que tiene relevancia sustantiva. Aquí lo relevante es que el fiscal haya hecho algo y que el tribunal haya desestimado tal calificación, que haya sido anunciada una sentencia de término y que el fiscal quiera iniciar una nueva persecución. Eso está conectado con aquello que es jurídico-penalmente relevante, pero está conectado en términos tales en que lo que es procesalmente relevante queda en un escalón superior. No se está entrando a la cuestión de si estuvo o no presente el empujón⁴⁵; el proceso penal administra incertidumbre, en cambio cuando se enseña derecho penal sustantivo con base a casos, en principio se prescinde de esa incertidumbre, se habla en base a constancias, por ejemplo, que propinó el empujón.

La pregunta sería entonces: ¿puede o no el MP, con apoyo en la ley, ejercer acción penal como lo está haciendo?⁴⁶ Eso quiere decir, la sentencia firme en la que concluyó el proceso ya cerrado, ¿representa o no impedimento para esa eventual nueva persecución? Ese es el tema que podemos etiquetar como una de las dos expresiones del principio *ne bis in ídem*. Cuando hablamos de él en estos términos, lo estamos identificando con un estándar procesal y más específicamente, con un **estándar de clausura procesal**. Eso se corresponde con el hecho de que las condiciones de las cuales depende la operatividad de esta clausura procesal se identifican con las circunstancias que determinan que una sentencia que ya ha sido pronunciada exhiba fuerza de cosa juzgada.

Esa es la cuestión, y en eso consiste la conexión que de inmediato podemos rastrear entre el principio *ne bis in ídem* entendido como un principio de clausura procesal, y la fuerza de cosa juzgada que puede llegar a exhibir una sentencia; sentencia que no necesita ser condenatoria, puede serlo, pero no es imperativo, punto importante para diferenciar esta acepción de la expresión principio *ne bis in ídem*, de la otra, a saber, cuando hablamos de este principio para identificar un estándar de adjudicación sustantiva, es decir, una regla de decisión que ha de ser aplicada por un tribunal que ejerce jurisdicción en lo penal (o no).

En este último ámbito, el principio no queda confinado al derecho penal, sino que se amplía como un estándar de derecho sancionatorio general. La manera más fácil de plantearlo es ¿cabe que sea impuesta una sanción penal y una no penal, como, por ejemplo, administrativa, a una persona por un mismo hecho, aun cuando esa sanción sea dictada por distintos órganos, por ejemplo, un TOP y el TDLC?

⁴⁵ Que es lo relevante jurídico-penalmente.

⁴⁶ La pregunta no se hace en sentido fáctico, sino teórico.

Esta cuestión se ha discutido intensamente en los últimos años en Chile. El TC ha adoptado una posición (que es la que defiende el profesor), que la entiende como una cuestión de principio: la imposición de sanciones de una y otra clase no es, *per se*, problemática⁴⁷.

Lo importante es que existe una necesidad de diferenciar estos dos estándares en el entendido que, por el estándar sustantivo vamos a entender un estándar de derecho penal, como una especificación del estándar más general de derecho sancionatorio, en esta dimensión, el principio *ne bis in ídem*, representa una especificación de la prohibición de exceso que queda fundamentada por el principio general de proporcionalidad.

Así, encontramos diferentes manifestaciones legislativas de cómo opera esta prohibición de excesos que, básicamente, funciona sobre la base de una detección de eventuales redundancias punitivas. De eso tenemos una muestra explícita en el art. 63 del CP, que consagra formas de inherencia que pueden exhibir determinadas circunstancias agravantes en relación a las circunstancias que le confieren carácter delictivo a la conducta⁴⁸. Entonces, si la circunstancia es inherente a la tipificación del hecho punible respectivo, no podemos considerar, además, la agravante en cuestión, porque eso contravendría el principio *ne bis in ídem*.

El contexto más relevante es el vinculado al reconocimiento del carácter “aparente” de un concurso. Cuando caracterizamos un concurso entre dos hechos punibles como aparente, estamos diciendo es que ese concurso tiene que ser penológicamente desconocido, o sea, no se le puede conferir relevancia como factor de determinación de la pena. El fundamento de ello descansa en la idea de que la aplicación cumulativa de las dos normas de sanción resultaría excesiva, porque el contenido de injusto de los hechos punibles tipificados no son recíprocamente autónomos, lo que nos lleva a determinar cuáles son los criterios en virtud de los cuales le atribuimos a un concurso el carácter de aparente: especialidad, consunción, etc. Así es como opera el principio *ne bis in ídem* cuando lo consideramos como parte del derecho penal sustantivo.

¿Por qué es tan importante no confundir los dos principios? Entre otras cosas, porque si los confundimos vamos a tener muchas dificultades para resolver un caso como el planteado. Para evitar la confusión es mejor no hablar de un principio que tiene “dos dimensiones” (una dimensión sustantiva y una dimensión procesal), porque eso no es un principio, sería un principio esquizoide. En realidad, se trata de **dos principios que resultan asociados a una misma nomenclatura**; es fundamental entender que se trata de **dos**

⁴⁷ Sobre esto hay muchos textos útiles del profesor Letelier, pero ello se deja de lado, pues no es el tema de la clase.

⁴⁸ Art. 63 CP: “No producen el efecto de aumentar la pena las circunstancias agravantes que por sí mismas constituyen un delito especialmente penado por la ley, o que ésta haya expresado al describirlo y penarlo.

Tampoco lo producen aquellas circunstancias agravantes de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no puede cometerse”.

principios distintos, no es que se trate de un principio que funciona de dos maneras, cada uno es un estándar diferenciable:

1. Por la función que cumple. Estándar de adjudicación sustantiva uno, estándar de clausura procesal el otro.
2. Por el telos, o la finalidad que controla la aplicabilidad de uno u otro estándar.
3. Por la divergencia manifiesta, que es fácil pasar por alto, entre sus respectivas condiciones de aplicación.

El profesor es partidario de una reconstrucción dualista del principio, es decir, una diferenciación teleológica y semántica de los dos estándares. Para advertir por qué es necesaria esta tesis, hay que definir qué finalidad persigue cada uno de estos dos estándares y cómo quedan especificadas sus condiciones de aplicación, es decir, diferenciación teleológica por un lado y semántica por el otro.

NBII como estándar sustantivo de adjudicación → Su función consiste en **evitar una punición excesiva** en virtud de la redundancia punitiva circunstancial que pudiese quedar asociada a la decisión de fundamentación de la condena y de determinación de la pena que adopta el tribunal competente.

Por ejemplo: un cónyuge da muerte a otro y el autor/a termina siendo condenado a homicidio simple en concurso ideal con parricidio, con base en el argumento de que se habría visto imputable el delito de homicidio y el de parricidio, ergo, tenemos dos hechos punibles en concurso ideal, lo que sería una contravención pornográfica del principio *ne bis in ídem* en cuanto estándar de adjudicación, porque la condena por parricidio es suficiente para manifestar la desaprobación jurídica que debe ser dirigida al hechor en cuanto autor de homicidio.

Su fundamento, entonces lo encontramos en la prohibición de exceso, una prohibición de valoración múltiple para los efectos de fundamentación de la punibilidad y de agravación de la pena.

Esto nos lleva a la cuestión de qué cabe entender por “un mismo hecho” cuando decimos que bajo el principio *ne bis in ídem*, resulta inadmisibles que se imponga más de una sanción por un mismo hecho.

En el ámbito del principio *NBII* como estándar sustantivo de adjudicación, lo que identificamos como hecho es un hecho dotado de significación delictiva, es decir, hecho punible.

Lo que definimos como un hecho punible depende de la verdad de una descripción, es decir, la categoría de hecho se comporta como una categoría intencional, relativa a la descripción que se hace del mismo.

Por ejemplo: Si salgo a la calle con un arma de fuego y disparo contra una mujer embarazada, a resultas de lo cual, muere tanto la mujer como el feto, entonces a la pregunta de cuántos hechos me son imputables, la respuesta sería, a lo menos, dos (porque además estoy incurriendo en un delito de portación de arma de fuego).

Me son imputables, entonces, el homicidio y el aborto (tenga o no víctima), y por supuesto, el concurso tendría carácter de ideal, por aplicación del art. 75 CP; pero es claro que puedo ser condenado por dos hechos punibles, y son **dos** hechos, a pesar de que ustedes puedan decir que desde un punto de vista “natural”, habría sido un solo suceso⁴⁹. La única particularidad es que quien nos fija las circunstancias importantes, es el legislador penal, formulando tipos, que son descripciones abstractas.

Entonces, es claro que lo que tenemos que entender por hecho es hecho delictivo y, por lo tanto, acá alguien no podría alegar que no puede ser condenado por homicidio en concurso ideal con aborto porque estaría siendo sancionado dos veces por lo mismo: no, no está siendo sancionado dos veces por lo mismo, porque aborto no es lo mismo que homicidio.

NBII como estándar de clausura procesal → ¿Qué finalidad puede ser perseguida a través de un diseño del respectivo proceso penal, que incorpora esta clausura? La respuesta usual es señalar que hay una variable de justicia procedimental, que va de la mano con una preocupación por la **seguridad jurídica**. Básicamente, lo que nos importa es que, bajo determinadas condiciones, la decisión jurisdiccional que se pronuncia sobre el mérito de una imputación penal pueda llegar a adquirir definitividad.

Ahora, esa definitividad es una que, una vez que tenemos el mecanismo de la definición, deviene siempre provisional, tan provisional como la sentencia que decreta una pensión de alimentos. O sea, si es siempre admisible invalidar una decisión condenatoria⁵⁰, por alguna de las causales que prevé el CPP, ello muestra que la legislación de alguna manera compromete esta finalidad, desde el punto de vista de la intensidad con la que consagra la pretensión de definitividad. Sin embargo, ello no quiere decir, desde la perspectiva de actual, que esta pretensión de definitividad sea ilusoria, sino que es una definitividad sometida a la condición negativa de que no proceda invocar una circunstancia que haya sido desconocida para el tribunal o que no haya sido acompañada al expediente durante el desarrollo del proceso respectivo, que nos lleve a poner en duda el mérito de la premisa fáctica sobre la cual reposó la decisión de condena.

⁴⁹ Con “en un sentido natural”, quiere decir “desde una perspectiva no jurídica”. Si a una persona le preguntamos cuál fue el hecho, probablemente contestará que alguien disparó a una mujer embarazada (*un* hecho), pero desde la perspectiva jurídica-penal podemos empezar a dividir ese suceso en distintos hechos, lo que demuestra este carácter intencional de la categoría hecho: depende de cómo se describan los sucesos, y desde qué perspectiva, qué constituirá uno o más hechos. Así, el NBII en tanto estándar sustantivo de adjudicación, al referir a “hecho”, se refiere a **hecho punible**.

⁵⁰ Pensar en la acción de revisión, que no tiene plazos.

La definitividad de la decisión es una preocupación procedimental fundamental. Entonces a eso contribuye un diseño que incorpora este obstáculo, que se corresponde con lo que los procesalistas llamarían el efecto de cosa juzgada material, es decir, hacia afuera de los procesos.

La idea más recurrente, o la más persuasiva, es la de que, en último término, aquí se trata de instituir una **prohibición de hostigamiento**. Si el Estado pudiese reabrir la persecución penal una y otra vez, en referencia a “lo mismo”, una persona podría pasar su vida defendiéndose de cargos originados en “un mismo hecho”, lo que sería difícil de conciliar con un modelo de derecho, en lo que a persecución penal respecta.

Parece importante poner la cuestión en estos términos, porque nos permite advertir por qué, en cuanto estándar de clausura procesal, el principio *ne bis in ídem* no es sensible al carácter condenatorio o no condenatorio de la decisión que reclama ser definitiva. Eso quiere decir que, para ponerlo en términos del CPP chileno, el principio de única persecución, no atiende a si la sentencia definitiva o la sentencia interlocutoria que pone término al proceso o hace imposible su continuación es favorable o no favorable al imputado, y en particular, no atiende a si esa sentencia resulta en la imposición de pena alguna. Una persona que es declarada inocente en un juicio oral, a través de una sentencia que adquiere fuerza de cosa juzgada, no puede volver a ser perseguida en relación a aquello que se le imputó, y eso claramente no puede tener como fundamento la prohibición de sanción múltiple (como en NBII en cuanto estándar sustantivo de adjudicación), porque esa persona no ha llegado a ser sancionada en lo absoluto. Entonces, la idea de que en realidad la dimensión procesal pretendería defender la eficacia de prohibición de sanción múltiple no tiene sustento alguno.

En eso consiste la autonomía funcional de la prohibición de persecución múltiple frente a la prohibición de sanción múltiple. La cuestión crucial es cómo esto repercute en qué debemos entender por “hecho”, cuando decimos no procede una nueva persecución por un mismo hecho que haya constituido el objeto de referencia en un juicio ya concluido respecto de la misma persona. Esta es la pregunta que el derecho procesal penal responde articulando un **concepto “procesal” de hecho**. Esta es una cuestión que en Chile e internacionalmente está radicalmente sub teorizada y, de hecho, el caso expuesto al comienzo de la clase pretende contribuir a detectar algunas de las cuestiones que rara vez se llegan a plantear.

Dos conceptos de hecho

Lo que cabe entender por hecho a efectos de la operatividad del estándar de clausura procesal no coincide con la noción de hecho de significación del hecho.

En materia procesal, “el hecho” le confiere unidad temática factual al proceso, determinando el alcance de la fuerza de cosa juzgada, y que, al mismo tiempo, controla al alcance de la

exigencia asociada al principio de congruencia⁵¹. El CPP sugiere también que la exigencia de congruencia vincularía el objeto de la formalización con el objeto de la acusación, pero si eso es así, se entiende con razón que la exigencia es más débil, lo que tiene que ver con la fisonomía de un modelo acusatorio. Cuando se alega una vulneración del principio de congruencia, que es motivo absoluto de nulidad, lo que se dice es que alguien terminó siendo condenado por algo respecto de lo cual no había sido acusado; cuando se habla de ese modo, ese *algo* por lo cual fue condenado y de lo cual no habría sido acusado no es la calificación jurídica, sino las *circunstancias de hecho* que fundamentan la acusación.

Entonces, el concepto procesal de hecho cumple al menos 2 funciones:

1. Fijar el alcance del efecto de cosa juzgada y, por ende, el ámbito de operatividad de prohibición de juzgamiento múltiple, o sea el estándar de clausura procesal como tal.
2. Fijar el alcance de la exigencia de congruencia entre acusación y sentencia.

El punto que se intenta ilustrar es que el *hecho procesal* no es dependiente de tal o cual significación delictiva. El diseño del proceso penal nos obliga a asumir que aquello que puede ser constitutivo de un hecho en sentido procesal, puede no tener calificación delictiva alguna, por lo tanto, no podemos identificar positivamente en qué consiste el hecho procesal. El desafío es proveernos de un criterio de identificación del hecho procesal que no prejuzgue su eventual relevancia delictiva y, además, sea compatible con una eventual multiplicidad de significaciones delictivas.

Retrocediendo al ejemplo de la persona que dispara contra una mujer embarazada: imaginemos que el estado de embarazo de la mujer no logra ser acreditado, por lo que hubiera absuelve al imputado del delito de aborto por no haberse logrado superar el estándar de convicción MATDR (no habría dolo eventual de aborto). Imaginemos que, después de que queda firme la sentencia condenatoria solo por el delito homicidio, apareciera algún elemento de prueba que indique que el imputado sabía que la mujer estaba embarazada, por ejemplo, que el feto era hijo de él y lo sabía porque mantenía con ella una situación extramarital secreta, por la que la termina matando. Lo que varía es que ahora el MP puede probar que el imputado sabía del estado de embarazo, ¿podría el MP dirigir nuevamente la imputación por aborto (a pesar de que esta persona no fue condenada por aborto)? La respuesta es no, porque con toda razón tendríamos que en ese caso hay identidad de hecho procesal entre la sentencia por la cual fue pronunciada la condena por homicidio y un eventual juzgamiento por el hecho constitutivo de aborto. Esto es obvio, porque se llegó a ventilar en el primer proceso la cuestión del aborto, y si bien la imputación no prosperó, fue problematizada, por lo que es indudable que el efecto de cosa juzgada impediría la nueva persecución.

⁵¹ Exigencia de congruencia factual entre el objeto de la acusación y el objeto de la sentencia definitiva

Variando el ejemplo, lo mismo tendríamos que decir si es que ni siquiera el MP hubiera estado al tanto de que estaba embarazada. La cuestión sería, ¿es el hecho procesal que fue objeto de la acusación y de la sentencia condenatoria por homicidio idéntico o no, total o parcialmente, con el hecho procesal que identificaría este nuevo proceso? Y la respuesta debería ser que sí, porque el aborto tuvo lugar a través del mismo hecho que le dio muerte a la mujer. Ahora, ese sería un caso en que la cuestión resulta en reconocer la doble tipicidad de un comportamiento, pero dada la identidad de ese comportamiento, tendríamos que reconocer que estamos en presencia de un **mismo hecho procesal** y el costo lo paga el Estado, no el imputado.

Volviendo al caso inicial (del bote) → El problema que el caso plantea en contraposición a este caso más simple, es que aquí hay una circunstancia de hecho, consistente en el empujón que habría propinado A a la víctima -según el video obtenido ex post- que modifica la calificación jurídica que se le podría dar al comportamiento de A, porque ahora el delito sería un homicidio comisivo, y suponiendo que el empujón haya sido doloso, además se habría convertido en garante por injerencia, a lo que se suma la calidad de garante por compartir vida en común. Tenemos, entonces, a A en doble posición de garante, y un homicidio omisivo (porque pudiendo haberlo sacado, no lo hizo).

El punto, es que, al empujarlo, si el empujón tuvo lugar con dolo, al menos eventual de homicidio, tenemos, además, un homicidio comisivo, y no podríamos condenar a A como autora de homicidio comisivo en concurso con homicidio omisivo, ahí habría un **problema de ne bis in ídem por la identidad del resultado**. El punto es que la posibilidad de imputar a A un homicidio comisivo abre una puerta al delito de parricidio, entonces el MP podría decir que ahora se acusa por parricidio, porque consta que lo empujó, por lo tanto, incluso con la tesis de derecho sustantivo que asumió el tribunal (que solo puede haber parricidio en virtud de un homicidio comisivo), aquí existe ese delito, y por la circunstancia que convierte el homicidio en cuestión en comisivo esta persona no fue acusada. El profesor estima que sería un error pensar que aquí deja de haber identidad en el sentido del derecho procesal, siendo su tesis que en este caso no podría prosperar una nueva persecución.

El argumento es básicamente el siguiente: No basta reconocer que una circunstancia factual no fue tematizada en la acusación que llevó al pronunciamiento de la sentencia, en este caso, condenatoria, porque si la circunstancia factual que ahora estaría siendo esgrimida es materialmente incompatible con una circunstancia que el tribunal que conoció el primer caso sí tuvo por probada, a saber, que la víctima cayó fortuitamente al agua, entonces no podemos abrir la persecución sin pasar por encima de la fuerza de cosa juzgada de la sentencia anterior, porque ella nos ofrece un relato factual de lo ocurrido que es incompatible con el relato que sería necesario ofrecer para que prosperara la nueva imputación del MP. Esto es interesante, porque si es correcto, muestra que no podemos identificar el hecho en sentido procesal con un conjunto discreto de circunstancias, lo que tenemos que hacer es ponernos en relación esas circunstancias con lo que podríamos llamar las ;circunstancias materialmente

incompatibles” y eso quiere decir que hecho en sentido procesal consiste en un complejo de circunstancias factuales y contra factuales, lo que le confiere un grado de dificultad adicional al análisis.

Pregunta

→ *¿Cuándo sí podría haber una nueva acusación?*

La pregunta es pertinente porque muestra que, en rigor, los dos ámbitos centrales para los cuales es relevante definir el concepto de hecho en sentido procesal están interconectados. El profesor diría que lo que controla la cuestión es qué fue objeto de la acusación, porque al formular el principio de congruencia la regulación procesal asume que factualmente va a haber identidad entre aquello por lo cual alguien fue acusado y aquello por lo cual fue condenado o no condenado. Entonces, hay que determinar las circunstancias de hecho al formular la acusación.

Desde ese punto de vista, es obvio que, si la sentencia hubiera sido absolutoria por el cargo de homicidio, el efecto habría sido el mismo. Lo que eso muestra es que es solo con cargo a que va a haber identidad factual entre el objeto de la acusación y el objeto de la condena, que podemos mirar a la acusación por la que llegó a haber sentencia definitiva, sea o no condenatoria, para efectos de determinar si está o no cerrada la llave para una nueva persecución.

Entonces esto tiene, en último término, que reconducirse a un campo espacio-temporal. La acusación tiene que fijar coordenadas espacio-temporales, lo que es bien importante desde el punto de vista de los incentivos para que la prohibición de persecución múltiple vuelva más prolija la actuación del MP. El punto es que el MP debe ofrecer un relato mínimamente exhaustivo para decir que el tribunal diga que algo efectivamente ocurrió así.

Clase 6 (10.09)

Cautela de garantías

Clase realizada por Luis Avilés⁵²

El Juez de Garantía invitado, Luis Avilés, explica que su exposición intentará exponer una pequeña parte de lo que se ve en un curso de lectura dirigida de jurisprudencia en control de garantías fundamentales que realiza en la U.A.I. con los profesores Rodrigo Correa y Juan Pablo Aristegui. Lo que se busca en esta clase es lograr una conversación, planteando, a

⁵² Luis Avilés es abogado por la Corte Suprema, magíster en Derecho Penal y ciencias penales en la Universidad Pompeu Fabra de la Universidad de Barcelona y juez titular del 8° Juzgado de Garantía de Santiago. Ha sido relator en la Corte de Apelaciones de Santiago y Corte Suprema.

La profesora recomienda la lectura del texto “Nueve jueces entran en diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba”.

modo de reflexión, los aspectos que aquello, a 20 años de la instalación del sistema procesal penal actual, no hemos visto cumplidos.

Antes de entrar de lleno en la conversación, el juez hace una prevención necesaria para entender lo que se dirá: no cree en la tesis general de la ponderación⁵³.

¿Modelo acusatorio?

Nos centraremos en el tema de la prueba ilícita. En los manuales, suele conceptualizarse la prueba ilícita como la inobservancia de garantías fundamentales en la recopilación de información epistémicamente relevante (primordial-angular), pero normativamente inaceptable, para dotar de contenido a la imputación penal; a su respecto, existen dos grandes tradiciones, la norteamericana de disuasión de los funcionarios policiales, y la propia de la tradición alemana, de la integridad judicial⁵⁴.

Existe un amplio consenso en la actualidad en que la prueba ilícita es inaceptable y los motivos para ello, pero la verdad es que la prueba ilícita no tiene nada que ver con probar delitos, sino que está mucho más emparentada con una frustración regulatoria que con una acción decidida a asumir que hay una acción imputativa detrás de esa inobservancia. Si esa categoría jurídica no está clara, no vamos a entender el fenómeno de la prueba ilícita en ningún nivel. Porque en el discurso de los libros es una cosa, pero en la aplicabilidad práctica otra.

Derecho a...

Las relaciones que surgen de los derechos

En una garantía fundamental encontramos una relación triádica entre tres elementos, a la que nos referiremos pensando en las garantías propias del derecho penal:

1. Un titular del derecho: en el derecho chileno, persona natural o jurídica.
2. Destinatario del derecho: en estricto rigor, es mayormente el Estado, pero en algunas ocasiones un particular.
3. Objeto del derecho. ¿Bajo qué fórmulas están otorgadas las garantías? El objeto puede estar formulado como una acción o como una omisión.

En opinión de Avilés, en materia penal esta relación está siempre bajo un objeto de estructura omisiva: nada se puede, a menos que haya una regla que lo permita. Entonces si quien busca ejercer injerencia sobre una garantía, no cuenta con una regla que lo autorice, la abstención se vuelve la regla de aplicación.

Esto es bien importante porque las nuevas formas quieren ver, equivocadamente -y de ahí la advertencia a la ponderación- ciertos niveles de concreción de acción: y esto se puede ver perfectamente en la confusión estructural conceptual entre seguridad y política criminal, que no pocas personas hacen sinónimos; con esto se presiona al

⁵³ Hace referencia al libro “La forma del Derecho” de F. Atria, como buena reconstrucción del sistema de derecho-

⁵⁴ Se puede consultar el texto de Héctor Hernández que sigue siendo, hasta ahora, lo mejor que se ha escrito en prueba ilícita. Año 2002, UAH

proceso penal bajo reglas de prestación de acción. Lo que se comenta se puede ver, paradigmáticamente, en fallos del TC en que reglas de clausura que están otorgadas sólo al Estado, en particular al Ministerio Público, bajo reglas de prestación de seguridad de acción, ha permitido al querellante tomar posturas más allá de lo que, en opinión de Avilés, la ley le ha permitido.

Esto no es pacífico, pero es importante que quede asentado para entender cómo construir la conversación.

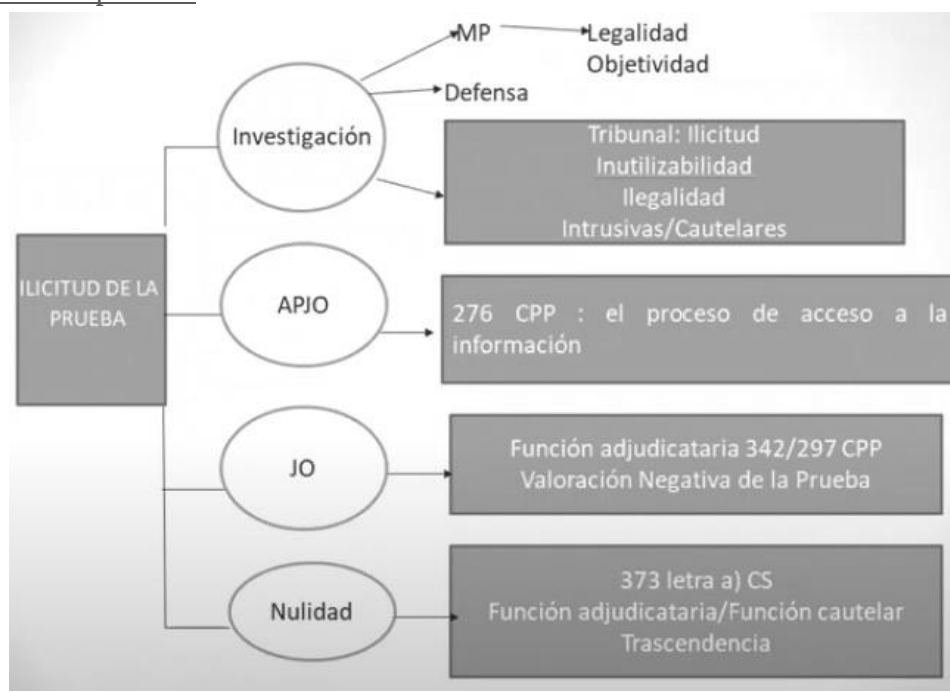
Injerencia reglada en la garantía

Avilés no habla de ponderación o de proporcionalidad, no obstante la equivocidad de ciertas palabras en los artículos. Esto porque tenemos que situarnos en lo que estamos hablando: proceso penal, 200 años de historia, Estado liberal, post-revolución francesa, el Estado gendarme, el Leviatán; no es necesaria una comprensión demasiado sofisticada del Estado port-moderno para entender que es el ciudadano quien tiene todas las garantías. El Estado no tiene garantías, puede tener derechos y obligaciones, pero no puede exigir garantías ante las personas. La ponderación hace que esto sea improbable, y como cualquier caballo de troya, permite traer consigo la idea de garantías del Estado.

Por eso, en opinión de Avilés, el CPP tiene sólo **4 categorías para estructurar la injerencia reglada de las garantías fundamentales**:

1. La renuncia del titular: cualquier titular puede renunciar a sus garantías fundamentales. Cuáles son sus requisitos, y sus reglas específicas es otra cuestión.
2. Facultad autónoma de la persecución estatal: básicamente los casos arts. 85 (control de identidad) y 130 (situación de flagrancia) CPP. En estos supuestos la regla legal faculta a las agencias estatales para actuar inmediatamente sobre nuestras garantías fundamentales, sin perjuicio de que posteriormente, mediante control *ex post* con un criterio *ex ante*, se mida si esa facultad autónoma fue ejercida conforme a las reglas legales.
3. Autorización judicial: básicamente el caso de las medidas intrusivas, pero también de la prisión preventiva (art. 140 CPP).
4. Particulares: sería necesario decir muchas cosas para entender la manera sistemática de cómo englobarlos. Entenderlos es importante, pues seguir la tesis norteamericana o la alemana (sobre la integridad o sobre la decisión policial) tiene un efecto interpretativo a propósito de los casos que están gobernados por particulares para la injerencia. Para el sistema norteamericano, lo que hagan los particulares poco y nada importa, a menos que los particulares en cuestión estén, a algún nivel, relacionados implícita o tácitamente con los agentes estatales, pero las actuaciones particulares por sí mismas no llaman la atención. Por el contrario, en el sistema alemán sí. Eso supone, entonces, que al adscribir una de estas tesis se debe tomar en cuenta que ello tendrá un efecto en la interpretación de las normas del CPP.

Ilícitud de la prueba



Habiendo definido los cuatro momentos de injerencia reglada, se hace evidente que **la prueba ilícita no tiene un momento sacrosanto al interior del proceso**: no hay un momento de la A.P.J.O. para discutir la prueba ilícita, ni tampoco hay un momento especialmente regulado de impugnación en el 373 letra a) CPP. El sistema, como se demostrará con los casos que se expondrán, funciona bajo un control general de la prueba ilícita como una injerencia reglada de las garantías fundamentales, precisamente por la función cautelar que hay detrás del control de la investigación.

El nombre “Juez de Garantía” es muy rimbombante, y probablemente ha llamado a mucha equivocidad. La verdad es que podría simplemente decirse “juez de control de investigación” -nombre que se le daba originalmente- y cumple la misma función, pero al parecer “Juez de Garantía” pegaba más a finales del siglo pasado e inicios del presente. Esto es importante porque permite comprender que, más allá de las palabras particulares que se usen⁵⁵, existe una coherencia sistemática de la ley: la ley otorga todas las respuestas necesarias para la protección de las garantías. Esto no quiere decir que se nieguen los Tratados Internacionales, pero hay que conceder un mínimo de capacidad intelectual a quienes participaron de la redacción del CPP, pues incorporaron en él el derecho internacional de los tratados suscritos por Chile hasta el año 2000, un buen ejemplo de esto es el art. 276 CPP: no es necesaria una gran elaboración teórica para entender las reglas que ahí se consagran. En su momento, Jorge Bofill definió, magistralmente, el CPP como “un gran salto al presente” frase que refleja

⁵⁵ El profesor López habla de inutilizabilidad, citando el sistema italiano que es una construcción jurisprudencial del tribunal de casación y que después se tomó y fue una reforma legal. Otros hablan de ilegalidad, ilicitud.

cómo el CPP lo que hizo fue ponernos al día, no inició ninguna gran revolución intelectual que requiera de grandes teorizaciones.

Entenderlo así es importante, porque cuando hablamos de “prueba ilícita” no estamos hablando de algo extraño: los alemanes hablan así, los ingleses hablan así, los norteamericanos hablan así, todas las democracias hablan así, es el lenguaje que les es propio. El caso chileno es paradigmáticamente evitativo de la discusión, basta con ver que al art. 276 se le tituló “exclusión de pruebas para el juicio oral. A pesar de esto, la prueba ilícita tiene existencia legal, se trata de una regla que *debe* ser atendida; cosa distinta es cuál es su contenido específico, pero la discusión que ha existido sobre si la prueba ilícita procede o no en el derecho chileno carece de sentido, pues tenemos una regla legal que la consagra. Así, la prueba ilícita en Chile está reconocida **porque la ley lo dice**, sin que sea necesario recurrir a tratados internacionales o elaborados argumentos desde la dogmática. El derecho ahorra esos costos de argumentación, los jueces deben aplicar imparcialmente la norma ya creada, no hacer filosofía sobre ella⁵⁶.

El problema “del fondo”: Buscando un razonamiento diferenciador

El problema para conseguir el modelo acusatorio y el estándar en Chile, es que tenemos un mantra que hay que combatir: el problema “del fondo”. Hoy, la función cautelar se encuentra en un momento crucial para dar un paso adelante o, probablemente, terminar reduciendo su función.

Podemos observar el problema, coloquialmente, en las discusiones televisivas, cuando se señala que “la prisión preventiva es una cuestión momentánea, no es el problema de fondo”. El tema es que cuando se discute la aplicación o procedencia de medidas cautelares o intrusivas, la discusión se genera en un ambiente que permite cierta desafección al rigor de información y al rigor normativo, porque habría que tolerar o dar margen a estas cuestiones para lograr obtener información crucial para el “gran momento” del fondo, que es el Juicio Oral.

Existe un gran número de resoluciones en que nos encontramos con esto. En la práctica, el tenor de las solicitudes del MP es más o menos el siguiente “vamos a solicitar una entrada y registro, pero por favor sea condescendiente porque tenemos que encontrar información y el estándar es muy elevado, y si pone muchos problemas no voy a poder llegar a la información; y, por último, si llega a traspasarse alguna norma, eso igualmente va a ser evaluado en el juicio oral”; ahí está, nuevamente, ese gran momento donde todo puede ser evaluado. Lo mismo ocurre con la prisión preventiva: se puede llevar adelante una discusión de prisión preventiva y luego decir el J.G. “en realidad, muy interesante la tesis alternativa, pero es una tesis del fondo”, o sostener una defensa que se pretende argumentar una legítima defensa, respondiendo el J.G. que “no, eso se ve en el Juicio oral porque es un problema del fondo.

⁵⁶ Refiere a un texto de Bunster “El contexto de justificación de la norma y el contexto de aplicación imparcial de la norma”.

No me voy a pronunciar sobre su tesis alternativa de legítima defensa porque para eso se requiere de más antecedentes que deben aportarse como prueba y juzgarse en juicio oral, y aquí no se tiene prueba, solo antecedentes”.

Ese es el problema de “el fondo”. El tema es que si se desarrolla ese argumento, decididamente se desatiende la función cautelar, desaparece, porque tiene que reestructurarse bajo otra fórmula, que se vuelve indefinible frente a la ley. No es posible catalogarla ni generarle una categoría jurídica conforme a la ley si todo es un problema “del fondo”.

Algunos casos ejemplo: recursos de amparo.

En los fallos de la CS que se expondrán a continuación, la CS ataca decididamente la idea de que existen problemas “del fondo”. A pesar de esta tendencia, no se observa en los procesos formativos universitarios atención o discusión sobre la función cautelar en las etapas previas al juicio.

Al ver estos ejemplos, tengamos presentes las cuatro categorías a las que está sometida la injerencia reglada de acuerdo a la ley.

- Causa rol N° 27927-14/11.11.2014.

“1°.- Al efecto, el juez de garantía es el encargado de cautelar los derechos de los sujetos imputados de haber cometido un delito que, como en la especie, han rehusado la práctica de una serie de diligencias que, según el representante del Ministerio Público, corresponden a exámenes corporales. Estos sujetos que, por la sola circunstancia de estar sindicados como posibles autores o partícipes de la comisión de un hecho delictivo, pueden ser compelidos por la fuerza a someterse a diligencias intrusivas deben ser amparados por el juez de garantía o por la magistratura superior, en su caso, del abuso de poder o de las decisiones arbitrarias que pongan en riesgo su integridad física o mental en relación a la garantía de seguridad individual.

5°.- Que, sin embargo, por una parte, se advierte que el fiscal pidió y el juez ordenó los exámenes corporales y físicos para acreditar participación (...) los psicológicos para determinar la motivación de la ejecución (...) [y los psiquiátricos que fueron autorizados] para diagnosticar la presencia o ausencia de patologías”. Por otra parte, la resolución no indica en parte alguna las razones que satisfacen las exigencias del párrafo primero del art. 197 del CPP.

“6°.- Que, en tales circunstancias, sucede por una parte, que no sólo se infringe la obligación general de fundamentación que ordenaría el artículo 36 del Código Procesal Penal y aquella que exige específicamente la norma en estudio en torno a la necesidad de la diligencia pedida para constatar circunstancias relevantes para la investigación, lo que en el caso se hacía aun más potente porque los imputados hicieron presente su derecho a guardar silencio y, sin embargo, se ha querido compelerlos a participar en dos diligencias cuyo objeto es precisamente la

acreditación de su participación en un delito; sino que además, se trata de otra diligencia que en sí misma aparece injustificada y contradictoria, puesto que, para ordenar la práctica de exámenes psiquiátricos de un sujeto, es preciso que existan antecedentes que sugieran la presencia de alguna alteración de su condición mental, cuestión que no ha sido justificada de modo alguno por el requirente de examen ni se han explicitado por el juez de garantía las razones que justifiquen proceder con ninguna de las medidas ordenadas.

7°.- Que, en consecuencia, al haberse ordenado la práctica de diligencias intrusivas sin fundamentación alguna y que, en parte, tampoco cumplen las exigencias propias de los preceptos que las regulan, se ha incurrido en una actuación ilegal y a la vez arbitraria, porque se ha procedido sin razón aparente, obrándose fuera del marco constitucional.”

El imputado se encontraba detenido y estaba pasando por audiencia de formalización y control de detención, es decir, estaba siendo formalizado en una audiencia oral, pública y contradictoria -como nos gusta hablar en términos de la tradición procesal- y en esa misma audiencia se decide realizar ciertas medidas intrusivas sobre los imputados, además de decretarse la prisión preventiva. Entonces, debían realizarse ciertos exámenes corporales y médicos, ante lo cual la defensa decide recurrir de amparo.

Debemos centrarnos en que estábamos en la etapa de investigación, muy lejos todavía de la A.P.J.O. y mucho más lejos del J.O., y la defensa interpone recurso de amparo para impugnar las medidas intrusivas determinadas por resolución judicial en una audiencia oral, pública y contradictoria. En términos clásicos del *habeas corpus*, dentro de la competencia, uno pensaría que el amparo debe ser rechazado.

Sin embargo, la CS concluye:

8°.- (...) En consecuencia, dado que el constituyente ha dotado a estos jueces de la facultad de restablecer el imperio del derecho, se dejará sin efecto la resolución impugnada de 7 de octubre de 2014 y, en consecuencia, se declara la ilegalidad de los resultados obtenidos en las diligencias de registro corporal realizados respecto del amparado (...).”

Nótese entonces, que la CS elimina toda posibilidad de discusión del “problema del fondo”: no existe ese problema, no está en la ley. Lo que la CS indica al juez es: “usted tiene una regla legal, que debe que interpretar correctamente para injerenciar sobre la garantía; si usted la interpreta erradamente, yo estoy autorizado a dejarla sin efecto.” Entonces la facultad que constituye la tercera regla de la injerencia reglada en las garantías fundamentales (autorización judicial), la CS en un recurso de amparo dice “no hay un momento sacrosanto, no hay que esperar la audiencia de preparación ni nada que se le parezca. Dejo sin efecto inmediatamente”.

Por supuesto, se declara la *ilegalidad*, no la *ilicitud*, pero no hay que confundirse por ello, hay que centrarse en los efectos de la declaración, que son los mismos.

- Causa rol N°9339-17/28.03.2017 (acoge amparo revocando la decisión de la C.A.)

C.A. Stgo establece los siguientes hechos:

“4°.- Que no son hechos controvertidos en esta causa los siguientes:

- 1. Que doña Valentina Pérez fue citada a declarar al recinto policial en calidad de testigo.*
- 2. Al concurrir la amparada al cuartel en el marco de una investigación policial, fue interrogada como imputada, atribuyéndole participación en el delito flagrante de receptación, lo que motivó la detención.*

5°.- Que del mérito de los antecedentes se puede concluir que al no concurrir ninguna de las hipótesis que faculte a la autoridad policial para adoptar alguna medida de apremio, al no encontrarnos frente a un caso de flagrancia, la detención practicada a la amparada el día 15 de febrero del presente es ilegal.

6°.- Que no obstante, del mérito de los antecedentes aparece que la amparada fue puesta en libertad por orden del Fiscal de la causa, de manera que esta Corte no está en condiciones de adoptar medidas protectoras en los términos del artículo 21 de la Constitución Política de la República, por lo que la presenta acción tutelar deberá ser rechazada.”

En este caso la PDI llama a un teléfono, y cita como testigo a la persona que contesta, para que acuda esa misma tarde al cuartel policial. Una vez allí, los detectives le informan a la testigo que se encuentran a cargo de una investigación por robo de celulares, y que aquel en que la contactaron tendría un IMEI o un chip que permite identificarlo como uno de los celulares sustraídos, así, se procede rápidamente a transformar a la testigo en imputada, realizándose una serie de acciones de investigación sobre ella. A pesar de esto, el M.P. decide ordenar su libertad conforme a las reglas del art. 131 CPP, sin siquiera pasarla por control de detención.

La defensa interpone un *habeas corpus* del art. 21 CPR, absolutamente tradicional, y la C.A. de Santiago determina que, dado que la persona quedó en libertad, a pesar de haber sido ilegal el actuar de la PDI, no habría medida alguna que tomar.

La CS, conociendo de recurso de apelación, indica:

“1°.- Que según aparece del considerando quinto de la sentencia en alzada, la detención de la amparada Valentina Pérez Carillo fue estimada ilegal, al no haberse ajustado a las hipótesis de flagrancia.

2°.- Que no obstante lo anterior, según se desprende del mérito de los antecedentes, aún perduran efectos de las actuaciones ilegales del recurrido, tales como las declaraciones que V.P.C. debió prestar en calidad de imputada y el registro policial que de ella se efectuó, actuaciones policiales que se impusieron a la

recurrente que conllevan el atropello no solo del derecho a la libertad personal de que goza, sino que también vulnera su derecho a la presunción de inocencia que la misma Constitución Política garantiza a la amparada.

3°.- Que por las razones explicitadas, las actuaciones impugnadas son ilegales y resultan, además arbitrarias, lo que autoriza a esta Corte para restablecer el imperio del derecho.

Y visto, además, lo dispuesto en el artículo 21 de la Constitución Política de la República, se revoca la resolución apelada de catorce de marzo de dos mil diecisiete, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago en la causa Rol de Amparo N° 493-2017 y, en su lugar se declara que se acoge el recurso de amparo solo en cuanto se ordena eliminar el registro o constancia de todas aquellas actuaciones practicadas por la Policía de Investigaciones de Chile, en relación con la amparada V.P.C..”

En el caso ya ni siquiera nos encontramos en una situación en que actuó un J.G. o un fiscal formuló cargos, el sólo hecho de tener la calidad de imputado y estar dentro de la etapa de investigación, y de ser esta una injerencia no reglada en las garantías fundamentales, obliga a eliminar todos los registros, pues eso, en términos de rigor argumentativo, es prueba ilícita.

Existen muchísimos fallos similares de la sala penal de la CS, en que se afirma que no hay ningún problema “de fondo”, y una y otra vez la CS ha reiterado lo que aquí interesa destacar: el estándar de respeto a las GG.FF.

El problema que vemos es que, una y otra vez, no hay comunicación al interior de la práctica jurídica, lo que hace muy improbable que la teoría de la evidencia pueda ser construida en un modelo acusatorio.

Hay quienes han visto en esto la necesidad de una reforma legal inspirada en el fetiche del precedente que, por arte de magia, solucionaría todas las cosas. Eso no es así, el precedente responde a otras reglas, siendo una de ellas la predictibilidad, pero en lo fundamental, construir una regla de precedente supone antes tomarse en serio la forma de estructura de sistema judicial y de nombramiento de los integrantes de ese sistema judicial, antes de hablar procedimentalmente del precedente.

Se puede construir perfectamente un modelo acusatorio con estándares serios en ausencia de la regla del precedente si existe un compromiso de la práctica jurídica, desde los procesos universitarios formativos hasta el ejercicio profesional, de generar una discusión de tal densidad argumentativa que permita establecer el estado de la cuestión, pero ¿quién desarrolla cargos de argumentación cuando está en contra de esa corriente?

Pareciera ser que algo en la estructura de la enseñanza del derecho hace improbable que el modelo acusatorio tenga éxito, para que los estándares surjan. Todos repiten una y otra vez

el mantra “lo importante es conseguir los estándares”, y sí, pero conseguir los estándares tiene un precio:

1. Primero, el ejercicio de conocimiento de esos estándares: saber cuáles son. Eso ya genera un problema porque la pregunta es: ¿dónde están? Claro, cuando existen reglas federales⁵⁷ y están escritas no hay problema, y entonces hay quienes ven en el precedente una regla de posibilidad de enseñanza nemotécnica rápida, pero nuestro sistema no es así.

El primer problema al discutir sobre injerencia reglada e infracción de garantías constitucionales al interior del proceso penal es que seguimos sólo leyendo textos dogmáticos - sin los cuales uno no podría distinguir conceptualmente las categorías a discutir- pero si ello no se acompaña con estudio de la jurisprudencia, no hay ninguna posibilidad de hablar de modelo acusatorio, y mucho menos de estándar. Esto es bien problemático en la enseñanza del derecho, pues la tradición indica que las sentencias judiciales sólo producen efecto para el caso concreto y no producen derecho, pero cuando se tiene estructurado un sistema de recursos como el nuestro, y es posible ver que en la historia fidedigna de la ley está⁵⁸ la intención de que la CS vaya determinando los estándares; si no hay conocimiento de la jurisprudencia ¿cómo accedo a esos estándares?

2. Lo segundo es: si estoy disconforme con esta situación, ¿qué conviene más, estratégicamente? Podemos reconocerlo y enfrentar el conflicto con “honestidad intelectual”, y sostener que se difiere del estándar fijado por la jurisprudencia y dar las razones; o sostener que el estándar está determinado para un caso particular, que a mí no me afecta, y por lo tanto cada caso debe decidirse al llevarlo ante la CS.

Si se cree en la tesis de la ponderación, esta segunda opción no presenta problema alguno: todos estamos tranquilos, cada caso particular define el peso específico de cada principio; pero Avilés considera errada esta tesis, y previene que subsiste la cuestión de cuáles serían esas garantías y principios del Estado que se están ponderando en el proceso penal.

En opinión del juez invitado, cualquier modelo acusatorio exige que se incluya en el proceso formativo clases de jurisprudencia, sin las cuales se hace imposible comprender la conceptualización dogmática que se aprende. Las clases de jurisprudencia no tendrían el objetivo de identificar en las decisiones judiciales *lo correcto*, sino en qué estado están las cuestiones. Necesitamos saber dónde estamos para disentir o corroborar colaborando con mejores argumentos, pero si negamos esa discusión, el estándar no va a existir, y si el estándar no existe no hay modelo acusatorio.

⁵⁷ Se refiere a las Federal Rules of Evidence de EE.UU.

⁵⁸ Si se revisa la historia del capítulo recursos hay una confesión *ex profeso* – a propósito, con intención – del porqué se cambia el nombre a recurso de nulidad: se espera que la CS centradamente haga este trabajo de determinación de los estándares (Art. 373 letra a) CPP).

Avilés reconoce que hay muchas otras razones de por qué el modelo acusatorio podría hacerse improbable, pero con esta exposición sólo pretende hacerse cargo del “problema del fondo”, que ha sido absoluta, frontal y consistentemente desacreditado por la CS, que sostiene que no existe algo así como un “problema de fondo”, señalando a los jueces de garantía que la función cautelar tiene sus propias reglas interpretativas, debiendo ellos hacerse cargo de éstas con todas las dificultades de información que ello pueda acarrear, sin estar mirando el juicio oral, que responde a otras reglas y categorías. Esto se hace evidente al observar las reglas de los art. 276 -exclusión- y 342 -valoración-, que presentan estructuras de razonamiento completamente distintas:

- a. El art. 276 corresponde a una regla procedimental, en que lo relevante es el acceso a la información: cómo se accedió a la información y si se respetó en este acceso la regla correspondiente sobre injerencia.
- b. El art. 342 no tiene esta preocupación, el modo de acceso a la información se tiene por correcto. En cuanto a la valoración, la pregunta es si la información tiene la calidad suficiente para dar por acreditado el enunciado probatorio que se discute en la causa.

Con esto se hace claro que la estructura de razonamiento es absolutamente diversa en estos dos momentos, así, cuando se dice “este es un problema del fondo”, se hace evidente que no entienden la diferencia argumentativa, de estructura de razonamiento, que hay ahí, lo que es muy grave.

Acotaciones de la profesora.

1. Frente a lo dicho, aparece que la imposibilidad de implantar un modelo acusatorio real, y que no acusatorio solo en el título, pasa por muchas cosas, pero en el punto que nos convoca, en que no hay una comprensión más o menos uniforme de las reglas del sistema y de cuál es la final de cada regla del sistema, entonces el modelo acusatorio parece perder fuerza por varias vías.
2. En opinión de la profesora, la expresión “prueba ilícita” como una manifestación de la infracción de la injerencia reglada en ciertas garantías no tiene sentido en la etapa de valoración. En ella se supone que el problema de la licitud ya se ha resuelto y, por lo tanto, lo que queda hacer es restar fiabilidad a la prueba⁵⁹ por problemas en su obtención.

Avilés indica que coincide plenamente con lo observado con la profesora. Lo que llama la atención, finalmente, es que hay reglas claras y hay una CS que refrenda esas reglas, e incluso así hay confusión en el sistema; tenemos reglas que son evidentemente distintas desde un punto conceptual, sin que sea necesario para comprenderlas una extrema sofisticación argumentativa, no se trata de reglas que sean difíciles de entender, más bien lo contrario, son

⁵⁹ La profesora aclara que prefiere no utilizar la expresión “valorar negativamente”. Esto tiene relación con la teoría de la prueba y el razonamiento probatorio.

bastante obvias. En los procesos formativos universitarios siempre se señala lo importante que son los estándares, pero ¿dónde están los estándares? ¿dónde está la discusión de los estándares? ¿dónde se están enseñando los estándares? En opinión del juez invitado, esto no se atiende en absoluto.

La verdad es que no contamos con datos que nos permitan saber por qué esto es así, pero haciendo un ejercicio hipotético, el expositor cree que existe un mal entendimiento del valor de las sentencias en el derecho común, que incluso las reglas casacionales ponían en jaque: la idea de la casación la de la correcta interpretación de la ley que resuelve el caso concreto, pero con una pretensión de universalización de esa correcta interpretación de la ley. Lo mismo vale para las garantías fundamentales bajo reglas de estándar, es lo que ocurre en el recurso de nulidad, y de forma incluso más clara, en el recurso de unificación de jurisprudencia del derecho laboral.

No basta con conocer las reglas de memoria, hay que propender al desarrollo de un pensamiento metodológico crítico serio. Hay un déficit en este sentido, que impide comprender la magnitud del modelo acusatorio, estamos todavía pensando con categorías que no forman parte de la nueva estructura. Hay dos grandes desafíos; cambiar el comportamiento y pensamiento práctico de los operadores del sistema, enseñando los estándares y a comprender *sobre* estándares; y hay que sofisticar la práctica.

El primer problema que tenemos es un déficit constitucional de categorización de garantías constitucionales, es decir, de definición. El derecho

Derecho a guardar silencio

¿Cuál es su significado?

Estamos frente a un déficit constitucional de categorización de las garantías constitucionales, esto es, un problema de definición. El contenido del derecho a guardar silencio no es pacífico en doctrina occidental, en absoluto.

El derecho norteamericano⁶⁰ lo trata como acto de habla, contemplando, por supuesto, cuestiones excepcionales, por ejemplo, en el caso de las personas que son sordomudas, la escrituración se equipara al acto de habla resguardado por el derecho a guardar silencio.

“El privilegio contitucional contra la autoincriminación (...) emana del profundo sentimiento y consideración de nuestra jurisprudencia por llevar a cabo juicios criminales y procedimientos investigativos a la altura de un plano de dignidad, humanidad e imparcialidad. Está diseñado para prevenir el uso de un proceso legal para arrancar forzosamente de los labios del acusado la evidencia necesaria para su convicción (...) Los fiscales están obligados a descubrir evidencia independiente, en lugar de depender de la prueba extraída de los individuos mediante el uso de la

⁶⁰ Avilés aclara que el caso Miranda debe ser olvidado, ya es historia. Tompkins 2010 es el caso relevante (la decisión fue 7 a 1).

fuerza. Los males inmediatos y potenciales que acarrea la autoincriminación trascienden cualesquiera dificultades que el ejercicio del privilegio pueda imponerle a la sociedad en la detección y procesamiento de un delito.

Aunque el privilegio está sujeto al abuso y mal uso, éste está firmemente arraigado en nuestra constitución y nuestro marco legal como un frente en contra de los métodos y procesamiento inquisitorios.” *United States v. White* (1944).

En Chile:

- Causa rol 3521-2012/25.06.2012: significado.

“DÉCIMO QUINTO. Que es efectivo que el que guarda silencio simplemente no dice nada y que de su silencio no cabe extraer conclusión alguna, pues su pasividad solo puede significar expresión del ejercicio de su derecho -legítimo- a obrar de tal forma, pues no tiene deber jurídico ni moral de colaborar con la persecución penal dirigida en su contra, siendo, en consecuencia, obligación de la Fiscalía remover la presunción de inocencia que le asiste”.

- Causa rol 9758-2009/13.04.2010: estándares.

“DÉCIMO NOVENO. Que por ello es que toda persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un delito, tiene derecho a designar un abogado desde ese mismo momento, lo que debe ser realizado de manera efectiva, sin que se pueda practicar ningún acto procesal de la instrucción en que el imputado deba intervenir personalmente como tampoco ninguno de los actos o diligencias definitivos e irreproducibles si el abogado defensor no fue notificado previamente y asiste al mismo, salvo que el propio imputado asienta a que esos actos se realicen sin su presencia, pero ello no puede presumirse ni inferirse implícitamente, ni menos como ha ocurrido en la especie en que literalmente se omitieron absolutamente las advertencias mínimas, sino que debe ser libre, voluntaria, expresa y documentada fehacientemente por el funcionario público correspondiente.

La garantía de la defensa en juicio sólo queda satisfecha cuando la persona imputada cuenta con la debida y suficiente defensa técnica, la que existe desde el momento del inicio mismo de la persecución penal, como ocurre en nuestro sistema procesal penal, lo que conlleva el derecho a contar con el profesional, por lo que cualquier acto o diligencia en la que deba realizar cualquier clase de manifestación como es una declaración o actos o diligencias que por su naturaleza sean inmodificables o irrepetibles, deben realizarse con la presencia personal del abogado defensor, sólo de esa forma el acto será válido”.

La CS, atendiendo a las reglas de los art. 193, 194 y 195 CPP, establece cómo debe ser la renuncia al derecho a guardar silencio, lo que es importante pues la

argumentación sigue así: si sostengo que el derecho a guardar silencio está referido sólo a un acto de habla, al derecho a guardar silencio sólo le queda la posibilidad de renuncia, mientras que si lo entendemos referido también a las intromisiones físicas, por ejemplo, examen corporal -hay quienes sostienen eso, por ejemplo, que el imputado puede rehusar un examen de sangre en razón del derecho a guardar silencio- entonces la intromisión también debe autorizarse mediante resolución judicial; ahí está la importancia del derecho a guardar silencio: cuál es la categoría de injerencia reglada.

Hasta ahora, en Chile se ha recogido el sistema norteamericano, adscribiendo la CS a la doctrina del árbol envenenado.

Si vamos nuevamente a las reglas de los art. 193, 194 y 195 CPP encontramos ahí el estándar que la CS ha sostenido por ya 10 años: la renuncia debe ser libre, voluntaria, expresa y fehacientemente documentada. Por supuesto, esos estándares se reformulan cuando aparece un nuevo caso, lo que nos lleva al caso siguiente.

- Causa Rol 266-2017/07.03.2017: rechaza nulidad. Declaración de imputado que engaña, pero policías no podían saberlo.

“SEXTO: Que el segundo capítulo de la causal principal se relaciona con la vulneración del derecho a guardar silencio y no autoincriminarse, infracción que se materializó a través de la declaración prestada en juicio por el funcionario de la policía uniformada José Hormazábal Alvarado y la detective Karen Andulce Pizarro, quienes reciben el testimonio del sentenciado en calidad de denunciante y testigo, no como imputado, por lo cual no se le informó de sus derechos.

(...)

De tales testimonios se desprende que el sentenciado declaró en forma libre, voluntaria y espontáneamente sobre los hechos materia de la causa, en una primera ocasión como denunciante y en una segunda oportunidad como testigo protegido, sin atribuirse participación en los hechos que denuncia, sino por el contrario, imputando participación a un tercero que resulta ser su hermano. Por lo mismo, en forma previa a la época en que realiza tales acciones no tenía el carácter de imputado, lo que tampoco cambia por su relato, puesto que, como se indicó, no se incrimina sino que dirige la investigación en contra de un tercero, lo cual descarta cualquier hipótesis de actuaciones engañosas de la policía tendientes a conseguir en forma ilícita un medio de prueba inculpativo, sino que por justa causa de error se desconoce su real participación en los hechos, lo que ocasiona una falsa determinación de su verdadera calidad, como consecuencia del propio actuar del recurrente, sobre la base de la versión de los hechos por él entregada.

En estas circunstancias, no puede su defensa reclamar de la falta de advertencia de sus derechos como imputado, toda vez que ello se debe a su propia decisión de

sustraerse de tal calidad y de la persecución penal que sobrevendría, exponiendo a una tercera persona a ocupar dicha posición en la investigación, actuación que no puede admitirse ya que excede del derecho de no autoincriminarse y pasa a constituir un ardid para entorpecer el éxito de las pesquisas. Por estas razones, entonces, no era aplicable al sentenciado el estatuto de derechos que le favorecen por su propio obrar y, por ende, las exigencias que reclama la defensa respecto de la actuación policial no eran procedentes, lo que permite concluir que carece de sustento la causal de nulidad impetrada, por lo que también debe ser rechazado el presente capítulo de impugnación”.

¿Qué pasa si el imputado miente a la policía? Es un lugar común sostener que ello no tiene efecto alguno, pero el juez invitado no está de acuerdo⁶¹.

En este caso, el imputado va a la policía, les miente, e incluso termina como testigo protegido, pero luego descubren que es el imputado, y en ese momento se alega el derecho a guardar silencio. Ante esto, la CS previene que el derecho a guardar silencio no es un derecho a mentir, pues tiene una estructura de omisión que está dada por reglas de conocimiento (libre, voluntaria e informada).

Cuando está el abogado defensor no hay problemas, pues la defensa técnica expresa suficientemente la renuncia, la cuestión surge cuando no está el abogado defensor. Cuando está el abogado defensor presente la declaración del imputado frente a las policías siempre es válida, porque la defensa técnica cubre suficientemente cualquier coacción estatal que pueda haber detrás de esa declaración. Entonces, cuando hay mentira no se puede reclamar el derecho a guardar silencio, y en el mismo sentido podemos encontrar otros cinco o seis fallos.

La injerencia reglada en el derecho a guardar silencio:

1. Adultos sin la presencia de su defensor.

- a. Definición y determinación de injerencia.
- b. Hacer una distinción:
 - i. Acción imputativa estatal: Se refiere a los casos en que hay una acción decidida del Estado, por ejemplo, si el policía -sabiendo que se trata del imputado- obtiene información de él sin leer sus derechos ni advertirle nada. En casos así, el Estado debe verificar el cumplimiento de los estándares/libre, voluntaria, informada y registrada.
 - ii. La acción espontánea: queda este problema.
- c. La mentira (no entra).
- d. La frontera entre el derecho a guardar silencio y el derecho a no ser interrogado.

⁶¹ Texto del profesor Javier Wilenmann – en internet – que muestra, correctamente, por qué no toda mentira que dice un imputado es impune. Cuando las mentiras son sofisticadas y pueden traer aparejadas consecuencias de cierto orden, un imputado que miente puede ser perseguido criminalmente, y no solo sufrir la consecuencia procedimental de ser pillado en la mentira y que su tesis se caiga.

→ ¿Cómo se activa esa garantía? ¿Cuando digo “no quiero hablar” no me pueden seguir preguntando? Si me quedo callado y no contesto, ¿me pueden seguir preguntando? Eso no ha ocurrido en ningún caso en Chile, *Tompkins* es el caso norteamericano: un sujeto que está ahí, que no activa el derecho a su abogado y que está recibiendo preguntas permanentemente sobre el caso.

2. Menores: Art. 31 Ley de Menores 20.084.

- Causa rol N°23683-14/22.10.2014. Acoge nulidad; regla art. 31. Juicio simplificado con imputado menor de 17 años, condenado a la pena de 300 días de libertad asistida especial en calidad de autor de robo en bienes nacionales de usos público.

Sostiene como fundamento que en la audiencia de control de detención del 18 de marzo del año en curso, la detención del condenado fue declarada ilegal, ya que personal policial, en forma autónoma y no obstante que existía una denuncia por un robo en bienes nacionales de uso público cometido el 16 de marzo de 2014, concurrió al día siguiente de este hecho al lugar de su ocurrencia. El 17 de marzo se entrevistó con una testigo que entregó un video, analizaron la grabación, dedujeron que se trataba del acusado, y luego fueron a buscarlo a su domicilio en dos oportunidades, deteniéndolo afuera de su casa, e interrogándolo acerca de su participación en el robo ya referido.

“QUINTO. (...) Asimismo, el sistema tiene su correlato en lo que a menores infractores se refiere, en el estatuto de la Ley 20.084 que en su artículo 31 regula la detención en caso de flagrancia, imponiendo que “El adolescente sólo podrá declarar ante el fiscal en presencia de un defensor, cuya participación será indispensable en cualquier actuación en que se requiera al adolescente y que exceda de la mera acreditación de su identidad.”

De su tenor, entonces, aparece evidente que en cuanto se trata de normativa de excepción, estricta y precisa por la naturaleza de los derechos afectados en su consagración, su interpretación debe sujetarse a parámetros semejantes de restricción.

(...)

SÉPTIMO: Que esta Corte, en lo atinente a la garantía constitucional del debido proceso, condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que aseguren un racional y justo procedimiento e investigación. El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la Constitución Política de la República no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración.

Lo anterior es así porque “sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un

proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así – y así parece ser- los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”. (Vives Antón: “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Jornadas sobre la justicia penal*, citado por Jacobo López Barja de Quiroga en “Tratado de Derecho procesal penal”, Thompson Aranzadi, 2004, página 947). Semejante comprensión de los intereses en juego en la decisión de los conflictos penales y la incidencia del respeto de las garantías constitucionales involucradas en la persecución, tiene su adecuada recepción en el **inciso 3º del artículo 276 del Código Procesal Penal que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que el “juez excluirá las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales”**.

OCTAVO: Que, en consecuencia, toda la prueba y elementos obtenidos en un proceder al margen de la ley constituye prueba ilícita, misma calidad que tiene, **producto de la contaminación, toda la prueba posterior que de ella deriva, esto es, la materializada en el juicio, consistente en las declaraciones de los funcionarios policiales sobre el contenido de las pesquisas, el video, las fotografías y testimonios que hayan derivado de tal indagación**. En este sentido, aunque el juez de la instancia haya afirmado su convicción condenatoria en prueba producida en la audiencia, al emanar ella del mismo procedimiento viciado no puede ser siquiera considerada, por cuanto su origen está al margen de las prescripciones a las cuales la ley somete el actuar de los auxiliares del Ministerio Público en la faena de investigación.

Así, entonces, no resulta admisible lo manifestado por el representante del Ministerio Público en la audiencia de la vista del recurso, que sostuvo que a la prueba producida en el juicio no le eran aplicables los reproches que se formulan a los elementos que originaron la detención del imputado, ya que al haber sido declarada ilegal la detención por una actuación funcionaria que violó normas precisas y determinadas que regulaban el actuar policial, la ilicitud se extiende a todos los resultados generados cabalmente por ella, **lo que en el caso de autos importaba extender la exclusión por valoración negativa de la prueba producida en la audiencia respectiva**.

NOVENO: Que de este modo, cuando el Juez del fondo valora en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes, revestidos de ilegalidad, se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea el resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos, por cuanto dicha exigencia supone que cada autoridad actúe dentro de los límites de sus propias atribuciones, como lo señalan los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, lo que en este caso quedó de manifiesto

que no ocurrió, infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó, se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, como se dirá en lo resolutivo.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 373, 377 y 384 del Código Procesal Penal, se acoge el recurso de nulidad (...) y se restablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral simplificado ante tribunal no inhabilitado, **excluyéndose del auto de apertura** los testimonios de doña Ruth Cohen Zamora, doña Luciana de Souza, de los funcionarios señores Felipe Seguel Obreque y Manuel Rojas Pardo, el video extraído de la cámara de vigilancia y las fotografías tomadas de las especies incautadas”

Ante casos como este, no hay argumento que valga para la C.S., si no estaba el abogado, la prueba obtenida no es válida, porque ahí opera una regla: si no está el abogado, al menor no se le interroga. Este es uno de los tantos casos en que la CS sigue la tesis norteamericana del fruto del árbol envenenado; tanto esta como su contra regla, la buena fe, encuentran aceptación absoluta en la doctrina chilena; esto es un problema, pues si en términos generales se acoge esa tesis, no puede sostenerse también que se sigue la corriente alemana.

- Causa rol N°6298-2015/23.06.2015. Caso de menor de edad que declara espontáneamente y ¿luego narra en interrogatorio? C.S. rechaza nulidad con votación 4x1.

Sexto: Que, siendo ese el marco de actuación de la policía respecto de adolescentes, se hace necesario acudir al contexto fáctico que rodeó la declaración del imputado Malatesta Lizama, a fin de determinar si tal delimitación ha sido excedida.

Cabe dejar constancia, entonces, que según se desprende de las alegaciones vertidas en estrados por los intervinientes, la policía concurre al domicilio del adolescente luego de obtener, de familiares del occiso, información respecto de problemas previos de la víctima con un sujeto apodado el “volao”, que corresponde al imputado Malatesta Lizama. En ese lugar, se entrevistan con su madre, quien indica que su hijo no está presente, y mientras dialoga con los funcionarios, aparece intempestivamente el menor, quien comienza a llorar y ante el emplazamiento de su mamá sobre el hecho que se estaba investigando reconoce haber participado en el ilícito, dando detalles de éste. Así también aparece de la lectura de la sentencia, en los pasajes en que se reproducen los dichos de los policías en juicio.

Séptimo: (...) De esta manera, mientras los funcionarios investigadores llevan a cabo las actuaciones propias de su labor, dentro de las cuales se encuentra el empadronamiento de testigos, deben apegarse a las facultades que la ley le otorga, no obstante lo cual debe considerarse que en tales pesquisas pueden ocurrir situaciones que escapan a su actividad y a su control, principalmente en la respuesta de los individuos que intervengan en

esas actividades. Es así que no resulta controlable el hecho que un adolescente, que acaba de participar en la comisión de un homicidio, se desborde emocionalmente y confiese espontáneamente el hecho, sin dar a la policía la oportunidad de detener su relato para dar cumplimiento a las formalidades previstas en la ley, cuestión que es diametralmente opuesta a la práctica de un interrogatorio al menor, en que los policías formulen preguntas obviando la prohibición de efectuarlo sin la presencia de su defensor.

(...)

Acordada con el voto en contra del Ministro Sr. Brito, quien estuvo por acoger los recursos y declarar nula la sentencia y el juicio oral que la antecedió pues, en su concepto, se incurrió en la infracción del derecho a un debido proceso de los adolescentes, en particular el derecho a un debido proceso y a no autoincriminarse, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1) Que la sentencia impugnada ponderó, en el basamento quinto, en lo que interesa al recurso, los testimonios de los funcionarios investigadores Orlando Daniel Calderón Molina y Fernando Adolfo Badilla Muñoz, que dieron cuenta del relato hecho por el adolescente Malatesta Lizama al momento en que el aparece ante su madre y los policías que estaban en su domicilio. Con ellos dio por establecido que no sólo reconoció haber participado en la muerte de Miguel Mondaca Meza, sino que relató los pormenores del hecho, en cuanto se juntó con su grupo de amigos, que bebieron alcohol, y luego se prepararon para golpear a un sujeto que lo había golpeado, que resultó ser Miguel Mondaca, que van a su domicilio, lo llaman y sale, que le lanza una tijera de cortar pasto que le da en la cara, y que luego lo golpean con diversos elementos, botellas y palos. También señaló que el Guatón Jano portaba un arma de fuego.

2) Que si bien no es posible sino tener como cierto el hecho que ante la presencia de los policías que le aprehendieron y las preguntas de su madre, el menor Malatesta, reconoció su participación en el homicidio, a juicio del disidente la información que proporcionó, como ya se adelantó, afecta su derecho a no autoincriminarse.

Para justificar lo afirmado es preciso distinguir dos momentos en dicha situación. El primero consiste en el reconocimiento espontáneo y descontrolado de los hechos, que puede explicarse por su corta edad y la circunstancia de haber intervenido pocas horas antes en un hecho particularmente violento. No hay elementos de apoyo, pero bien puede estimarse que tuvo lugar un “quiebre emocional” del imputado, imprevisto e incontrolable, ante el cual los policías son simples espectadores. Pero luego de ello la narración del adolescente se refiere a los pormenores de los hechos criminales, la identidad de quienes lo acompañaban, a la agresión y a los elementos empleados para golpear a la víctima, a la cronología de los hechos. Tales antecedentes, por su número y precisión, permiten colegir que luego del reconocimiento espontáneo e inesperado se pasa a una explicación detallada,

diferenciable de la primera fase, que ha debido prolongarse por un período de tiempo más o menos significativo porque es claro que referencias de esta clase no pueden sino que hacerse mediando condiciones adecuadas, tranquilas, distintas de las iniciales. También ha de concluirse que la espontaneidad primigenia no perduró, y que en el interrogatorio que siguió, cuando menos, han debido mediar preguntas aclaratorias, encaminadas a verificar la consistencia de lo que se les contaba.

Surge con nitidez, entonces, que en esta segunda etapa el adolescente Malatesta había recuperado el control de sí mismo, condiciones en las que proporcionó a los policías los detalles de su participación y la de sus co-imputados.

3) Si se tiene en cuenta que en esta materia operan el derecho a guardar silencio, a la no autoincriminación (artículos 19 N° 7, letra f) de la Constitución Política de la República, 93 letra g) del Código Procesal Penal, artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos), además de las normas especiales para el interrogatorio de los adolescentes que establece el artículo 31 de la Ley N° 20.084, resulta evidente que los funcionarios investigadores debieron abstenerse de interrogar al menor porque el relato espontáneo ya había concluido, según ya se explicó.

Los policías debieron detener el relato a fin de resguardar los derechos a guardar silencio, a no autoincriminarse de que gozaba Malatesta Lizama, puesto que evidentemente entregaba información fuertemente incriminatoria. La suspensión de la diligencia era exigible respecto de todo cuanto fue dicho luego de su inesperada y espontánea “confesión”, porque el Estado siempre debe obrar con entero respeto a los derechos fundamentales, siendo los policías, en esas circunstancias, expresión del Estado. Debíó aplicarse la regla del artículo 31 de la Ley N° 20.084, que obligaba a que el interrogatorio de los menores se haga ante un Fiscal, en presencia de un defensor, pues en estos casos la autonomía de la Policía concluye con la acreditación de la identidad del adolescente.

La diligencia debió suspenderse en espera del Fiscal y de un Defensor, porque estos eran imprescindibles atendida la vulnerabilidad jurídica del menor imputado, la que objetivamente ha de entenderse concurrente sólo a resultas de su menor edad.

4) Que, en esas circunstancias, resulta claro que los datos obtenidos devinieron en ilícitos, toda vez que se consiguieron en una diligencia que excedió los márgenes de actuación de la policía y, por ende, no podían ser valorados por los sentenciadores por provenir de una transgresión de la ley que, además, vulneró en forma trascendente el derecho a guardar silencio y no autoincriminarse; y, además, vició las pesquisas que sucedieron relativas a la detención de Guaita Baeza y Alcaíno Olmedo, como también del acusado Raúl Cea Gutiérrez, puesto que todas ellas surgieron de la develación efectuada por Malatesta.

Al haberse utilizado la información antes reseñada para formar la convicción de participación en el delito de autos, en circunstancias que no debía valorarse por haber sido obtenida con infracción de garantías constitucionales, la sentencia dictada en estos autos incurrió en un vicio que causa su nulidad, como también la del juicio que la antecede, condición que autoriza a disponer un nuevo juicio oral. Tal decisión debe hacerse extensiva al acusado Raúl Alejandro Cea Gutiérrez, puesto que aunque no dedujo recurso, se verifican los presupuestos para hacerle extensiva la decisión de nulidad según prescribe el inciso segundo del artículo 360 del Código Procesal Penal, ya que comparte la fuente de imputación de responsabilidad en el delito con los restantes condenados. De esta manera, en el nuevo juicio oral en contra de esos acusados, es pertinente excluir temáticamente la declaración de los testigos Orlando Calderón Molina, Carolina Coopman Ruiz-Tagle, Fernando Badilla Muñoz y Juan Dehays Riadi, en cuanto a la confesión de Malatesta Lizama y diligencias que surgieron de ella.”

En este caso los policías saben, hasta cierto punto, que el menor podría haber participado en el delito investigado, pero no lo tienen muy claro; por esto, van hasta el lugar de residencia del adolescente y la madre los atiende. En los hechos del caso no se alega que la madre no haya sabido de la diligencia, de hecho, sugiere que la madre fue informada en todos los sentidos de por qué se encontraban buscando a su hijo. El problema surge cuando aparece el hijo, ve a la policía, y ante la pregunta de su madre el menor rompe en llanto y confiesa.

La CS afirma en su decisión que esa confesión es espontánea, y por lo tanto, no puede exigirse al Estado que renuncie a esa información, porque no podría haber pedido la presencia de un defensor ahí. El voto de minoría discurre sobre una cuestión más compleja, que es diferenciar momentos, porque, evidentemente, puede haber una información que se recepcione espontáneamente, pero esa espontaneidad ¿está gobernada por las siguientes preguntas que hace la policía al menor sin el abogado? Y el voto de minoría sostiene que no. Desde el momento en que se tiene pleno conocimiento de que el adolescente tiene la calidad de imputado, hay que aplicar la regla del art. 31. El caso no se observó para entender esos momentos, en el fallo del Tribunal Oral tampoco se ve eso; no se observa la importancia de la discusión.

Entonces, ante el derecho a guardar silencio hay que seguir los siguientes pasos:

- 1°. Definición del concepto;
- 2°. Si se trata de un adulto o un menor;
- 3°. Si se hizo una acción imputativa estatal o no;
- 4°. Si hay una mentira;
- 5°. Si hay espontaneidad;
- 6°. Y queda la pregunta sobre la activación de la garantía el derecho a ser interrogado.

Preguntas

→ *Respecto del último caso expuesto. ¿Existe alguna obligación de los funcionarios que realizan diligencias investigativas de detener al imputado que está declarando?*

El voto de minoría discurre justamente sobre eso, considerando que la hay: ¿hasta dónde dura la espontaneidad? Porque el relato espontáneo luego se sigue con preguntas de parte de los agentes, y cuánta emocionalidad y espontaneidad hay ahí es discutible.

Avilés considera que, en principio, el caso sirve para discutir una cuestión mucho más compleja: el caso no se observó de una forma que permitiera observar correctamente esos momentos. Conceptualmente, no se observa la trascendencia de esa discusión, lo que no es bueno ni malo, sino que es lo que ocurre usualmente cuando avanzamos en el estudio de los estándares. Si se analiza correctamente el fallo, hay una regla del vacío, porque ante la ausencia de información, esta se tratará bajo la regla del art. 4° CPP (P.I.).

Si no se tiene información en la cadena inferencial de los hechos, el derecho normativamente dota de contenido resultativo esa ausencia de información en favor del imputado. Eso es lo que hace la presunción de inocencia: es una regla intraproceso. Muchos tratan la P.I. como una garantía meta-neoconstitucional, y creen que es sólo para el J.O., pero es una regla para todo el proceso, incluyendo la función cautelar.

En este punto puede existir un problema con algún tratado que la reconoce como garantía, pero Avilés sostiene que la P.I. es una regla procesal. Las personas no tienen la garantía fundamental de caminar por la calle presumidas inocentes, caminan libres que es otra cosa. La presunción de inocencia rige sólo cuando una persona es objeto del proceso. Todo el punto de esta exposición es que, **si logramos ver reglas, podemos tomar mejores decisiones.**

Para ponerlo en términos coloquiales: el CPP es un catálogo de infracción de garantías constitucionales, un catálogo sofisticado de permisos para meternos en las garantías de las personas -que tenemos que hacerlo porque hay delitos que combatir-. La injerencia no se hace “a la tole tole” sino bajo las **reglas** que el CPP establece.

El problema de desatender estas discusiones es que se termina con reformas legales como la relativa al cierre de la investigación: antes el sistema establecía que si el fiscal no acusaba dentro del plazo se daba el sobreseimiento definitivo, pero hubo un escándalo por un fiscal a quien se le pasó un plazo, que fue resuelto con una reforma legal; ahora, cuando pasa el plazo, el JG debe advertir al MP y darle un plazo para que se presente la acusación. Eso es producto de la ponderación, que como ya se dijo, es un caballo de troya.

Si caemos en la ponderación, no nos haremos las preguntas epistémicas de hecho que son relevantes. Si entendemos el problema y conocemos el estándar, queda clara la respuesta jurídica, pero si en todo vemos un continuo no habrá nada que hacer.

El continuo lo sufre el Estado, y eso no es porque los jueces sean garantistas, sino porque la regla es así. Avilés reconoce que, por ejemplo, no le gusta la regla del art. 149 CPP⁶², pero debe aplicarla⁶³.

Clase 7 (22.09)

Principios de la persecución penal⁶⁴

1. **Principio de oficialidad**. Se refiere, básicamente, al monopolio estatal de la acción penal, es decir, a la concentración de la acción penal en un órgano persecutor estatal autónomo, que se crea por primera vez con el CPP: el Ministerio Público.
Este monopolio implica que los delitos pueden y deben ser perseguidos de oficio por el Estado, lo que en último término, se traduce en que la voluntad del ofendido no es ni necesaria ni determinante, porque hay un interés público comprometido en la persecución de delitos (considerados como comportamientos desviados intolerables socialmente); este elemento de interés público se manifiesta también en uno de los extremos de la tensión planteada entre garantías y eficacia o eficiencia en la persecución penal.
 - a. **Antútesis**: Se dice que el principio de actuación de oficio se contrapone al principio dispositivo, que estudiamos en procesal II a propósito del Juicio Ordinario de Mayor Cuantía, y que rige en todo el ámbito civil en sentido estricto. Esto da cuenta de que en proceso penal existen reglas diversas a las civiles sobre la renuncia y el desistimiento de la acción penal.
 - b. Según la normativa consagrada en la CPR⁶⁵, el MP es el órgano que *“dirigirá en forma exclusiva la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y, en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley”* (art. 83); esto se encuentra refrendado por el art. 1° LOCMP, y por los art. 53 y 172 CPP.
 - c. **Inicio del procedimiento**: La RG es que se inicie de oficio, con las excepciones de A.P. privada o A.P. pública previa instancia particular⁶⁶.
 - d. **Disponibilidad de la pretensión penal**: Se rige por la idea de que los delitos *deben* ser perseguidos por el Estado, y por la oficialidad como RG del procedimiento, lo que impacta en la disponibilidad de la acción penal (posibilidad de desistirse de ella): en principio, es indisponible. La excepción, o única forma de que la voluntad cobre relevancia se da en los acuerdos reparatorios, regulados en los art. 241 y 242 CPP.

⁶² Recursos relacionados con la prisión preventiva.

⁶³ Considera que es una norma inconstitucional, en razón de que la apelación verbal realizada sobre el rechazo de la prisión preventiva podría terminar decretando prisión en base a actos administrativos. Nuevamente, el problema tiene que ver con la ponderación y con no observar que en esta materia rigen **reglas**.

⁶⁴ Esta materia se organiza siguiendo el manual de los profesores Horvitz y López. Tener presente que estos principios se distinguen de las garantías del proceso penal, en razón de los intereses que resguardan.

⁶⁵ Es muy importante que revisen la CPR: todo lo relativo al MP y a garantías (art. 19 N°3 y 7, y Capítulo 7°).

⁶⁶ En esta última es necesario poner en conocimiento de los hechos que constituirían delito al MP, luego de lo cual éste debe continuar la investigación oficiosamente.

2. **Principio de investigación oficial.** Si en el caso del principio de oficialidad hablábamos del monopolio del ejercicio de la acción penal y de su indisponibilidad para el MP, acá hablamos más bien de la dirección de la investigación.
- El MP dirige la investigación, contando con amplias facultades legales en la iniciativa de todos los actos de investigación.
 - Este principio se relaciona con la idea de prueba de cargo, pues es el MP quien tiene la carga de producir prueba que respalde la hipótesis acusatoria. Esto también se refleja en que, tanto en la investigación como en la prosecución del proceso penal, la iniciativa del MP, en tanto órgano estatal autónomo del poder judicial, es fundamental y da vida al proceso.
 - En contraste con el sistema del C. de Procedimiento Penal de 1906, los jueces penales (J.G. y jueces de T.O.P.) no investigan ni producen prueba. Tratándose del J.G., que está presente en las dos primeras etapas del proceso penal, debemos tener claro que no ejerce funciones de investigación, sino de control y cautela de garantías, tanto de la víctima como las del imputado. Al juez no corresponde instruir diligencias de investigación, que es una facultad exclusiva del MP, sino simplemente controlar la realización de esas diligencias, autorizando o rechazando aquellas que impliquen la limitación o intromisión en DDFF del imputado.
Cabe mencionar, que en el caso de delitos de acción penal privada no interviene el MP, sino el querellante, que asume la representación de la víctima y pone a disposición del tribunal las pruebas con que pretende acreditar el hecho delictivo. Cuando hablamos de principios como el de oficialidad y el de investigación oficial, debemos tener presente que estos aplican a la RG: delitos de acción penal pública.
3. **Principio acusatorio.**
- En sentido amplio, este principio se encuentra asociado a otras garantías, como imparcialidad, defensa, contradicción, congruencia entre acusación y fallo, prohibición de la *reformatio in peius*, pero todo ello lo desnaturaliza, motivo por el que los autores suelen utilizarlo en sentido restringido, referido a cómo se encuentran distribuidos dentro del contexto procesal los distintos poderes entre quienes intervienen.
 - Como ya hemos dicho, el CPP instauró la separación entre las funciones de investigación, acusación y decisión (acusa el MP, decide el TOP). Esto es relevante en nuestra historia legislativa, pues anteriormente todas estas funciones se concentraban en el juez penal: investigar, acusar y decidir. Un gran clamor de las personas que participaron en la reforma era desconcentrar estas funciones, bajo el argumento de que sólo así se podría garantizar el cumplimiento de los derechos contemplados en el debido proceso.
 - MP como organismo autónomo e independiente del PJ. Pese a que en el diseño de este nuevo sistema se consideró la posibilidad de que el MP no fuese un órgano autónomo, la decisión final fue consagrarlo así, con una independencia orgánica, además de funcional, del poder judicial.

- d. También es reflejo de este principio acusatorio la idea de encomendar a un órgano como la Defensoría Penal Pública la defensa de los imputados en este proceso: acusa el MP, y defiende, de manera institucional, la DPP; con esto el Estado garantiza que la acusación pueda ser controvertida, asegurando el derecho a la defensa.
- e. Tal como lo hacen en su manual los profesores Horvitz y López, en el CPP encontramos una serie de normas procesales que dan cuenta de este principio, se exponen algunas aquí a modo de ejemplo⁶⁷.

*Art. 266. **Oralidad e intermediación.** La audiencia de preparación del juicio oral será dirigida por el juez de garantía, quien la presenciara en su integridad, se desarrollará oralmente y durante su realización no se admitirá la presentación de escritos.*

En este artículo se manifiesta el principio acusatorio, al señalar que la audiencia de preparación de juicio oral será dirigida por el JG, lo que implica que el JG no tiene ningún tipo de función de investigación ni acusación.

*Art. 296. **Oportunidad para la recepción de la prueba.** La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley.*

Con este artículo se distinguen nuevamente las funciones de investigación y de decisión.

- 4. **Principios de legalidad y oportunidad.** Los trataremos juntos porque uno morigerará la aplicación del otro.
 - a. **Principio de legalidad.**
 - i. El principio de legalidad establece la **obligación de inicio y continuación de persecución penal de todo delito que llega a conocimiento del MP.**
 - Principio de promoción necesaria. El MP *debe* promover la persecución penal.
 - Principio de irretractabilidad. Sólo puede retractarse en la medida que existan normas legales que lo permitan, las que son manifestaciones del principio de oportunidad.
 - ii. Fundamento: en un primer momento, el fundamento del principio de legalidad se encontraba en las teorías retributivas de la pena que, básicamente, buscaban dar cumplimiento estricto a la consecuencia jurídica plasmada en un tipo penal cuando se infringía una norma de conducta. Sin embargo, en la actualidad el fundamento de este principio se encuentra más bien en el principio de igualdad de la ley, que exige que la persecución penal no esté sujeta sólo al arbitrio del órgano estatal, siendo igualitaria la persecución de todos los delitos, y más ampliamente, de todas las personas.
 - iii. Problemas: En una realidad como la actual, en que existen grandes desigualdades, la persecución penal suele focalizarse en los sectores más

⁶⁷ Revisar arts. 266, 276, 296, 334 y 335 CPP.

vulnerables de la población, principalmente porque el sistema no tiene la capacidad de perseguir con igual intensidad todos los delitos. A este primer obstáculo se suma la hipertrofia del derecho penal sustantivo, es decir, el problema de la elevación a categoría de conducta típica de un gran abanico de conductas, a las cuales el sistema jurídico no ofrece más salidas o soluciones que la sanción jurídico-penal; en el mismo sentido, en tanto no existan mecanismos formales para seleccionar qué delitos serán perseguidos, existirá desigualdad práctica en su persecución penal, la que en nuestro país se concentra en delitos cometidos por personas que pertenecen a sectores sociales o económicos especialmente desprotegidos. Dicho en términos coloquiales, de este problema da cuenta la diferenciación entre delitos comunes y “delitos de cuello blanco”.

Frente a esto, es importante preguntarnos: dado que no existe la capacidad de perseguir todos los delitos, y que ha aumentado la tipificación de conductas ¿cómo aseguramos que la persecución penal sea eficaz⁶⁸?

La pregunta de fondo que la profesora espere quede clara, es cómo, con ciertas limitaciones de un sistema de persecución penal, hacemos para que mecanismos de selección al perseguir o no ciertos delitos no tengan un impacto negativo en grupos sociales desprotegidos, pues la idea de inexistencia de mecanismos formales y que el sistema permita cierta flexibilidad no ha redundado en un beneficio, sino más bien en un reforzamiento de esta tendencia, ¿establecemos, entonces mecanismos formales para seleccionar? De eso se trata un poco la reflexión del principio de oportunidad.

- b. Principio de oportunidad. Lo que el principio de oportunidad hace es morigerar el principio de legalidad, según cual es necesaria la persecución de todos los delitos con la misma intensidad, integrando la perspectiva práctica: existen limitaciones en el ejercicio de la persecución penal.
 - i. Por ello, el MP está autorizado para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución penal ante la noticia y/o prueba sobre la perpetración de un hecho que reviste los caracteres de delito.
 - ii. Dogmáticamente, se distingue entre principio de oportunidad libre, y reglado.
 - iii. Criterios de oportunidad: la doctrina se pregunta por las razones sociales o político-criminales que podrían esgrimirse para no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución penal, y agrupan de la siguiente forma los criterios posibles:
 - Descriminalización (Maier; Horvitz y López).
 - Adecuación social del hecho: Que el hecho ya no sea considerado como uno socialmente intolerable merecedor de sanción penal.

⁶⁸ No sólo pensando en que se logre castigar, sino que se castigue sólo a quienes sean realmente culpables.

- Importancia ínfima del hecho (delitos de bagatela): Puede ser que el hecho no tenga una real importancia o envergadura, lo que se agrupa en los delitos de bagatela.
- Culpabilidad mínima del autor: análisis de culpabilidad en un caso concreto.
- Ausencia de necesidad preventiva (retribución natural) como fundamento de la pena.
Por ejemplo: una persona que atropella a un familiar o un padre que deja a un hijo en el auto a pleno calor y el hijo muere, ¿es necesario sancionar a esa persona o basta con la pena natural?
- Eficiencia sistema penal → Ponen atención en generar condiciones para un sistema más eficiente.
 - Importancia de otro hecho o de otro partícipe: el sistema penal podría dejar de perseguir a un partícipe para perseguir al “pez gordo”, o un hecho más importante que el anteriormente perseguido.
 - Condena en que se concede la libertad sujeta a estándares de conducta (*probation conditions*): Lo que hace es que se condena a un determinado sujeto y, no obstante, recibir esa conducta una pena privativa de libertad, se le concede al acusado otra sanción, bajo el cumplimiento de ciertos estándares de conducta.
 - Mecanismos de privatización del derecho penal: nos referimos a mecanismos autocompositivos. Un ejemplo en derecho chileno son los acuerdos reparatorios.
 - Mecanismos prejudiciales de solución de conflictos: fiscales no persiguen penalmente, imponiendo condiciones de rehabilitación al imputado, tales como reparaciones a las víctimas o asistencia a agencias comunitarias; *pre-trial diversion*.

Estos criterios se consagran en nuestro sistema en el art. 170 CPP, el cual dispone:

*“Artículo 170. **Principio de oportunidad.** Los fiscales del ministerio público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.*

El ejercicio de esta facultad se regulará mediante instrucciones generales dictadas por el Ministerio Público⁶⁹, con el objetivo de establecer un uso racional de la misma.

⁶⁹ art. 17 a) LOCMP

Para estos efectos, el fiscal deberá emitir una decisión motivada, la que comunicará al juez de garantía. Éste, a su vez, la notificará a los intervinientes, si los hubiere. (...)”

Es importante saber que este artículo provee una directriz general, pero luego cada fiscal la interpreta.

En los incisos siguientes de este artículo regulan la posibilidad de que el J.G. deje sin efecto la decisión de no perseverar cuando considere que el fiscal ha excedido sus atribuciones, en particular, respecto de la pena mínima que arriesga el imputado según el delito de que se trate, o cuando la víctima manifieste su interés en el inicio o continuación de la persecución penal. Para esto, el J.G. podrá dictar una resolución, e incluso, indica el art. 170 CPP “*obligará al fiscal a continuar con la persecución penal*”.

Entonces, si el o la fiscal deciden no perseverar en la investigación, deben informar de ello -motivadamente- al JG, quien puede, de oficio o a petición de parte, dejarla sin efecto cuando estime que el representante del MP se ha excedido en sus atribuciones por infringir las limitaciones al principio de oportunidad fijadas en el art. 170 inc. 1° CPP. Luego de vencido el plazo (10 días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal) o rechazada por el juez la reclamación, todavía se podrá reclamar de la decisión del fiscal ante el MP. Finalmente, si la decisión de no perseverar se consolida, se produce la extinción de la acción penal, lo que no repercute en la extinción de una acción civil para perseguir las cuestiones pecuniarias que deriven de este mismo hecho.

Garantías individuales ante la persecución penal

1. **Garantías de organización judicial.** Son comunes a los distintos tipos de procesos judiciales.
 - a. **Juez independiente.** Juez independiente es aquel que ejerce sus funciones y adopta sus decisiones sin estar sometido a influencias, presiones ni instrucciones externas, ya sea provenientes de otros poderes del estado, ya sea provenientes de sus superiores jerárquicos, ya sea provenientes de ciudadanos. Sus manifestaciones son:
 - i. Independencia institucional u orgánica → respecto a otras potestades públicas del estado moderno.
 - ii. Independencia personal → el juez o tribunal competente no se encuentra subordinado a ninguna instancia de poder, que puede ser ejercido tanto externamente (otros órganos de o autoridades del estado) como internamente (órgano superior del poder judicial -CS-).

Este punto es uno de los asuntos más cuestionados de nuestro sistema, por la inexistencia de la independencia interna debido a que las facultades disciplinarias y jurisdiccionales, los nombramientos, ascensos y remociones, así como el presupuesto, se encuentran concentradas bajo la superintendencia directiva,

correcional y económica de la Corte Suprema, que además posee recursos jurisdiccionales sobre decisiones de tribunales inferiores.

- b. Juez imparcial: es un juez que resuelve el caso en sus propios términos. Se busca impedir que el juez esté comprometido con alguna de las partes del juicio o con el conflicto. No deben ser parciales o partisanos en la resolución de un asunto concreto (ajeno a sobornos o presiones, independiente de cualquier opinión, ausencia de prejuicios, no involucrado personal o emocionalmente, ausencia de interés de cualquier tipo). Esta garantía implica:
- i. Nadie puede ser juez en su propia causa.
 - ii. Debe protegerse de manera igual el ejercicio de los derechos de todas las personas que concurran ante la jurisdicción (art. 19 N°3 CPR).
 - iii. División de las funciones de investigación (MP controlado por JG), acusación (MP) y juzgamiento (TOP).
 - Problemas con la posibilidad de que el TOP revise medidas cautelares personales (Art. 155 y 281 inc. 2° CPP).

Además de esto, la garantía del juez imparcial se resguarda por el sistema contemplando ciertas inhabilidades (implicancias y recusaciones): causales que impiden que un juez naturalmente competente para conocer de determinado asunto lo conozca, por considerarse que existe un interés presente que le hace perder la imparcialidad requerida en la función que desempeña⁷⁰ (ver art. 194 COT). Los principales motivos para estas inhabilidades son:

- Parentesco:
 - Implicancias: art. 195 N°2, 4, 6, 7 y 9.
 - Recusaciones: art. 196 N°1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11 y 13.
- Interés:
 - Implicancias: art. 195 N°1, 3, 5, 6, 7 y 9.
 - Recusaciones: art. 196 N°4, 5, 12, 14, 17 y 18.
- Amistad: recusación (art. 196 N°15).
- Enemistad: recusación (art. 196 N°16).
- Emisión de juicio o anticipo de juicio sobre cuestión pendiente:
 - Implicancia: art. 195 N°8.
 - Recusación: art. 196 N°19.

Implicancias (Art. 195 COT)

→ de orden público, irrenunciables para las partes.
 → deben ser declaradas de oficio por el tribunal.
 → basta su sola concurrencia para que el fallo pueda ser impugnado vía recurso de casación en la forma.

Recusaciones (art. 196 cot)

→ renunciables para las partes.
 → deben ser alegadas por las partes.
 → sólo si se encuentran declaradas o pendientes de resolución, está permitida la impugnación del fallo vía recurso de casación en la forma.

⁷⁰ Maturana.

En materia penal, rige el inc. final del art. 195, que indica:

“Respecto de los jueces con competencia criminal, son causas de implicancia, además, las siguientes:”

1° Haber intervenido con anterioridad en el procedimiento como fiscal o defensor.

2° Haber formulado acusación como fiscal, o haber asumido la defensa, en otro procedimiento seguido contra el mismo imputado, y

3° Haber actuado el miembro del tribunal de juicio oral en lo penal como juez de garantía en el mismo procedimiento.

- c. Juez natural. juez predeterminado por la ley, es establecido por el legislador con anterioridad a la perpetración del hecho que se juzga. Es contrario a comisiones o jueces ad-hoc, creado para determinadas decisiones. Son relevantes los art. 19 N°3 inc. 4° CPR; 2 CPP; 14.1 PIDCP; 8.1 CADH.
2. **Garantías generales del procedimiento**: comunes al ejercicio de la jurisdicción, con algunas particularidades.
- a. Derecho al juicio previo y única persecución (art. 1° CPP). Como ramificaciones, encontramos:
- Derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena.
 - Derecho a un proceso previo legalmente tramitado.
 - Rol del J.G.
- b. Derecho a ser juzgado en un plazo razonable. Desde el punto de vista de los tratados internacionales, este derecho se encuentra consagrado en la CADH⁷¹ y sus contornos deben ser definidos jurisprudencialmente. Teniendo a la vista las condiciones materiales para el ejercicio de la jurisdicción, es difícil poner un plazo fijo, a menos que se inviertan recursos en la materia.
- Los objetivos de este derecho son:
 - Asegurar un proceso sin dilaciones indebidas o irrazonables.
 - Evitar restricciones de libertad indebidas y opresivas por encarcelamiento.
 - Minimizar ansiedad y preocupación por la acusación penal pública.
 - Limitar la posibilidad de menoscabo del acusado de defenderse.
 - Manifestaciones en el derecho chileno:
 - Plazo legal máximo para cierre de la investigación de 2 años (art. 247 y 234).
 - Plazo de formalización o formulación de cargos (art. 186).
 - Duración de audiencia de preparación y de juicio oral (art. 260 y 281).
 - Comunicación inmediata de absolución o condena (art. 343 y 344).

⁷¹ Art. 7.5. *“Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.”*

Art. 8.1. *“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 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.”*

Esto se combina con las ventajas que trae aparejada la oralidad y la concentración que son garantías del juicio oral, la tercera etapa del proceso penal.

c. Derecho a la defensa. Expresión de la contradicción de afirmaciones y pruebas. Debe distinguirse entre:

i. Defensa material

- Derechos de información
 - Imputación de una infracción jurídico-penal clara y precisa.
 - Comunicación de la imputación en audiencia al imputado (art. 229 CPP).
 - Derecho a ser oído con relación a dicha imputación (art. 232 y 326 CPP).
- Derechos de intervención en el procedimiento.
 - Derecho a la configuración probatoria a partir del hecho imputado.
 - Derecho a controlar y contradecir prueba de cargo.
 - Derecho de “valorar” la prueba y exponer razones fácticas y jurídicas para sentencia absolutoria.
- Derechos que imponen deberes de abstención al órgano persecutor y de enjuiciamiento.
 - Incoercibilidad del imputado: derecho a guardar silencio (art. 93, 95 y 97).
 - Prohibición de juzgamiento en ausencia (art. 374 b); 252 y 101).
 - Correlación o congruencia entre imputación y fallo (art. 341, 374, y 259).
Iura novit curia
 - Prohibición de *reformatio in peius* (art. 360, 379).

ii. Defensa técnica:

- Derecho a designación de un defensor y a su sustitución (art. 19 N°3 CPR; art. 8 CPP).
- Defensa necesaria (art. 102-107 CPP).

d. Derecho a la Presunción de inocencia.

- i. Regla de trato.
- ii. Regla de prueba.
- iii. Regla de juicio.

e. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (*ne bis in ídem*). Como estándar de clausura procesal, diferenciado del estándar sustantivo-penal.

- i. Persecuciones sucesivas (cosa juzgada).
- ii. Persecuciones simultáneas (litis pendencia).
- iii. Prohibición de hostigamiento (art. 1 CPP).

3. Garantías del Juicio Oral

a. Juicio público:

- i. El artículo 1° CPP da cuenta de esta garantía. Además, es una característica específica de la tercera etapa del proceso ordinario (audiencia de juicio oral). Se corrobora con el artículo 289 que se titula “publicidad de la audiencia de juicio oral”.

- ii. La infracción a esta garantía es motivo absoluto de nulidad (art. 373 d) CPP).
- iii. Existen otras normas en que se habla de publicidad: publicidad de los registros (art. 44); como regla general de las actuaciones (art. 212, sin perjuicio de algunas actuaciones secretas de la investigación art. 182 CPP).
- b. Juicio oral. Consiste en que el juicio se desarrolle de manera oral (art. 1º y 291 CPP). Tiene como objetivo consagrar otros principios vinculados con la oralidad:
 - i. Principio de inmediación. El código no usa esta denominación, pero sí incluye disposiciones de las cuales se puede inferir, además del mensaje como elemento interpretativo del cuerpo normativo. El art. 284 exige la presencia ininterrumpida de los jueces, porque de esta manera se verifica la inmediación.
Es relevante la aclaración de este concepto para evitar ciertas confusiones, por ejemplo, en qué medida la revisión de los hechos a través del recurso de nulidad, y por parte de un tribunal que no participó en la audiencia y no tuvo acceso inmediato a las alegaciones y la prueba, puede o no modificar los hechos.
Ferrer (2017): “la inmediación no es otra cosa que una exigencia, dirigida al juzgador de los hechos, para que esté presente en la práctica de la prueba, constituyéndose así, por un lado, en un mecanismo de reducción de errores al eliminar intermediarios en la transmisión de la información que aportan las pruebas (especialmente las personales). Y por otro lado, pero no menos importante, la inmediación en la práctica de las pruebas es también una oportunidad para el desarrollo integral del principio de contradicción y para la participación del propio juzgador en el debate probatorio en contradicción. Esta es la faceta como mecanismo cognoscitivo de la inmediación.
Esa percepción no podrá ser puesta en cuestión evidentemente por quien no haya tenido la misma relación directa con las pruebas. Sin embargo, una adecuada concepción del razonamiento probatorio, compatible con la concepción racionalista de la prueba y con el derecho fundamental al debido proceso, exige limitar el alcance de la inmediación a la estricta percepción práctica de la prueba y no a las inferencias probatorias que de esta percepción se extraen”.
La valoración de la prueba consiste en la construcción de inferencias probatorias, en las cuales se hace uso de conceptos, reglas de presunción, o máximas de la experiencia que son seleccionadas e interpretadas por el tribunal, y lo que hacen es vincular un elemento probatorio con una determinada conclusión que sirve para dar por acreditada una de las hipótesis en el juicio. Entonces, la inmediación se limita a la percepción, pero una vez tenidos los elementos probatorios, los razonamientos que se articulen en base a esos elementos perfectamente pueden ser revisados. Este punto es relevante cuando se vea en el próximo curso recurso de nulidad.
 - ii. Principios de continuidad y concentración (art. 282 CPP). La concentración se refiere a que todos los actos, para concluir el juicio, deben realizarse o rendirse en la misma audiencia o en audiencias que sean sucesivas (al día siguiente o subsiguiente de funcionamiento del tribunal ordinario). Esto tiene por objeto que no se pierdan los beneficios de la oralidad, la garantía de un plazo razonable para ser juzgado, y la idea de la percepción de las pruebas por parte del decisor.

La continuidad busca propiciar la unidad y no interrupción del juicio oral, aunque existen ciertas causales de suspensión (art. 283 CPP).

Protección de garantías

1. **Recursos de protección y amparo (art. 20 y 21 CPR).**
2. **CPP:** Encontramos mecanismos preventivos y correctivos.
 - a. **Preventivos o ex ante:**
 - i. Autorización judicial previa → Ver art. 9 CPP. Es una idea más amplia que la tripartición de garantías, logrando dar una cobertura más amplia a los derechos que la CPR asegura. Por ejemplo, no estaba contenido anteriormente la inviolabilidad del hogar, o la libertad personal en todas sus dimensiones.

Art. 9. Autorización judicial previa. Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía. Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.

Si bien es la regla general, en ciertos casos no se necesita autorización judicial previa: cuando se ponga en peligro alguno de los fines del proceso penal y de la investigación, por ejemplo, detención por flagrancia, control de identidad o ciertos casos que se permiten otro tipo de medidas intrusivas⁷².

- ii. Cautela de garantías (art. 10 CPP) → Como el propio nombre lo indica, en cualquier etapa del procedimiento, si el JG estima que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la CPR, leyes o TTII, podrá adoptar de oficio o petición de parte, las medidas que puedan permitir dicho ejercicio.

Esta disposición tenía por objeto, anteriormente, proteger a personas que pudiesen caer en algún tipo de incapacidad mental en el curso del procedimiento, pero como está regulado hoy es más amplio.

Es una regla general que explica otras instituciones como el amparo ante el JG.

⁷² Medidas intrusivas son, por ejemplo: exámenes corporales y médicos; registro de vestimenta, equipaje o vehículo; toma de huellas digitales; entrada y registro en lugares cerrados; medidas cautelares como control de identidad o citación. Estas serán revisadas cuando estudiemos la etapa de investigación, pero de su sola lectura puede advertirse que tienen gran capacidad de afectar derechos fundamentales, por lo tanto, hay que tener en cuenta el principio general de la autorización previa.

b. Correctivos o ex post.

- i. Nulidad procesal (art. 159 CPP). Se estudió como un incidente civil, siendo similar en materia penal. Esta institución tiene por objeto advertir ciertos errores en el proceso que puedan ser eventualmente corregidos, a petición de parte o de oficio por el juez.
 - La idea es no permitir que se mantengan los errores que harían posteriormente anular todo el juicio y la sentencia.
 - Aplica el principio de la trascendencia: procede en caso de que el vicio, o perjuicio, sea reparable sólo con la declaración de nulidad.
 - Se define perjuicio, limitándolo a la inobservancia de las formas procesales contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento.
Existe una presunción de derecho del perjuicio (art. 160) → Se presume perjuicio cuando la actuación infringe garantías o derechos reconocidos por la CPR y las leyes.
- ii. Exclusión de prueba ilícita (art. 276 inc. 3º CPP). El juez excluiría las pruebas obtenidas con inobservancia de las garantías fundamentales.
- iii. Recurso de nulidad (artículos 373 y 374 CPP).

Preguntas

→ *Al momento de actuar oficiosamente el MP persigue por un delito, pero si no correspondía la clasificación ¿el sujeto, al final del juicio, debe quedar absuelto, pese a que pudiera corresponder a otra?*

La persecución penal lo que hace, al igual que cualquier proceso judicial, es intentar subsumir o encuadrar un hecho concreto en la descripción que proporciona la norma cuya consecuencia jurídica pretende aplicarse. En ese sentido, en algún momento resultará relevante cuál es la calificación jurídica que el MP da a la conducta (cuál es el o los tipos penales que se están invocando), sin embargo, en este estadio -inicio de la investigación- no es necesario saber cuál es esa calificación jurídica, pero sí debe estar claro al momento de la acusación.

La acusación que realiza el MP es relevante porque luego se va a exigir, de acuerdo al art. 341 CPP, la congruencia entre el delito imputado en la acusación y aquel por el cual se condena en la sentencia.

Esta es una pregunta relevante: ¿cuán amplia tienen que ser la investigación y la acusación? J.P. Mañalich estimaba que debiera cubrir todas las hipótesis en que cupiera la conducta, pero desde la perspectiva del acusado, quizás esa sería una exigencia excesiva. Si el MP cambia de idea sobre la calificación jurídica que merecen los hechos, se puede producir la recalificación, cuestión que no está regulada, y que por lo mismo, ha producido efectos problemáticos.

La respuesta más simple a esta pregunta es: en esta parte, de inicio del procedimiento, se tienen a la vista por el MP las normas penales que se entienden infringidas, pero donde cobran real importancia es en la acusación.

→ *Igualdad en la persecución. Referencia al hostigamiento de parte de agentes del Estado a pueblos y comunidades indígenas.*

La profesora considera que los problemas se producen en 2 niveles. Por una parte, en constatar que hay ciertas normativas que solo se han aplicado para el caso de personas pertenecientes a pueblos indígenas y eso es una cuestión que no deja de llamar la atención, que las personas que hayan sido juzgadas por ley antiterrorista sea solo indígenas. La otra que se podría destacar es si los tribunales aplican o no algunas de las directivas contenidas en el art. 53 de la Ley Indígena en orden a considerar como exculpante o atenuante de responsabilidad la costumbre indígena. En ciertos casos se han esgrimido como máximas de la experiencia de esa comunidad algunas que podrían constituir ciertas atenuantes o exculpantes, pero no tengo un juicio formado sobre la práctica generalizara en esta materia.

→ *A partir de lo visto en la clase, ¿podríamos afirmar que existe una tensión entre el principio de legalidad y el de oportunidad?*

La profesora estima que, más que en tensión, lo que hay es una respuesta a la tensión, entregada por el legislador: por una parte, se establece el inicio y persecución penal de todo delito que llega a conocimiento del MP, pero ese principio se encuentra morigerado por el de oportunidad, que permitiría hacer uso de la facultad de no perseverar. Al final, básicamente, el principio de oportunidad se constituye como una excepción reglada del principio de legalidad.

→ *Respecto al principio de inmediación y su relación con el recurso de nulidad ¿Existe alguna causal que cubra la falta de percepción de las pruebas?*

Efectivamente las violaciones podrían dar origen a un recurso de nulidad, un caso así podría tener cabida en la letra d) del artículo 374 o en la causal de la letra a) (que la sentencia se acordara con la concurrencia de jueces que no asistieron al juicio).

Clase 8 (24.09)

Acciones en el proceso penal⁷³

Acción penal

De todo delito nace una acción penal para su persecución, y eso quiere decir, básicamente, que nace una facultad de poner en movimiento el ejercicio de la jurisdicción para que se haga efectiva la pretensión punitiva estatal respecto de la cual, como vimos a propósito del principio de oficialidad, existe un monopolio del Estado.

A pesar de este monopolio estatal, no queda excluida la posibilidad de que otros agentes ejerzan la acción penal, sino que faculta y establece el deber de persecución penal pública para el MP.

⁷³ Esta clase se realiza siguiendo el ppt del profesor Montero, partiendo en la lámina 24.

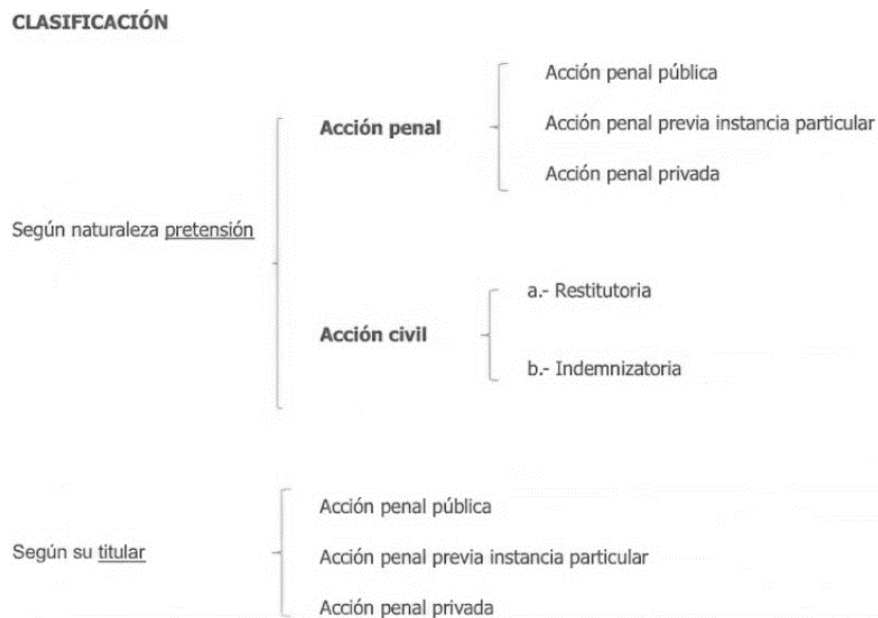
Ya revisamos los tipos de acciones, pero brevemente: la acción penal puede ser pública, privada o pública previa instancia particular (art. 54 CPP). La regla general es que la comisión de todo delito genere acción penal pública, como señala el art. 53 CPP:

*“Artículo 53. **Clasificación de la acción penal.** La acción penal es pública o privada.*

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

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

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



Acción penal pública

La acción penal pública es aquella que se ejerce en nombre de la sociedad, esto porque existe un interés público comprometido en la persecución penal de todas aquellas conductas que se consideren socialmente intolerables y tengan asignada una consecuencia jurídico penal.

Como indica el art. 53 CPP, la acción penal debe ser ejercida de oficio por el MP, aunque existen otras personas que pueden ejercerla para obtener la persecución de un hecho.

Una gran diferencia entre el proceso penal y los procesos no penales, es que el titular de la acción penal es la sociedad toda, que busca la seguridad de que sus derechos no sean

vulnerados a través de conductas que revistan las características de delitos, y por ello se persiguen penalmente los delitos, de oficio. A falta de regla especial que indique que respecto de algunos delitos hay una excepción, existe acción penal pública.

Además, siempre que los delitos sean cometidos contra menores de edad la acción será pública, en ese sentido puede resultar importante quién sea la víctima del delito.

Personas que pueden ejercer la acción penal pública

En toda la estructura del sistema procesal penal, el MP es el titular preferente de la acción penal, pero la verdad es que esta también puede ser ejercida por otras personas. Para entenderlo, es muy relevante el concepto de víctima fijado en el art. 108 CPP:

*“Artículo 108. **Concepto.** Para los efectos de este Código, se considera víctima al ofendido por el delito.*

En los delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiere ejercer los derechos que en este Código se le otorgan, se considerará víctima:

- a) al cónyuge o al conviviente civil y a los hijos;*
- b) a los ascendientes;*
- c) al conviviente;*
- d) a los hermanos, y*
- e) al adoptado o adoptante.*

Para los efectos de su intervención en el procedimiento, la enumeración precedente constituye un orden de prelación, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.”

Además, los art. 111 y 112 introducen ampliaciones a esta lista, facultando a cualquier persona capaz de comparecer en juicio a ejercer la acción penal en casos de delitos terroristas o cometidos por funcionarios públicos, siempre que la persona viva en la misma provincia en que se cometan estos delitos que afectan derechos garantizados por la CPR o la probidad pública.

Existen también órganos y servicios públicos que pueden querellarse ejerciendo la acción penal pública (además de la que obligatoriamente ejerce el MP), cuando sus L.O.C. los faculden expresamente (Ley 12.927 de seguridad interior del Estado, art. 26; C. Tributario art. 162).

Inhabilidades o incapacidades para ejercer la acción penal

Sólo son relativas: aquellas establecidas en virtud de relaciones de familia que impiden se ejerza la acción penal entre parientes, ya sea pública o privada.

*Art. 116. **Prohibición de querella.** No podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:*

- a) Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia.*

b) Los convivientes civiles, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos.

c) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos.

Contra quién puede ejercerse la acción penal

1. **Personas naturales:** Ante la pregunta sobre quiénes pueden ser objeto de una persecución penal, el CPP indica que responden penalmente las personas naturales que hubiesen cometido el delito, sin perjuicio de que pueda ser una persona jurídica quien responda civilmente de los perjuicios que cause el hecho.

A pesar de ello, existe una ley de responsabilidad penal de las PJ respecto de ciertos delitos: lavado de activos financiamiento del terrorismo, cohecho a funcionarios públicos. La verdad es que, al menos hasta hace un par de años, eran muy escasos los juicios en que se había aplicado la ley de responsabilidad penal de personas jurídicas, y muchos menos -alrededor de sólo 5- habían terminado en condena. En los últimos años esta ley ha tenido algunas modificaciones, que extienden la aplicación de la ley a otros delitos o crean agravantes y atenuantes, vinculados a las materias que aquí se señalan⁷⁴.

¿Cuándo responden las PJ? Cuando se cumple con una alguno de estos supuestos:

- Que se cometa, directamente, por una persona natural, pero también tenga interés o provecho la PJ. Este supuesto puede producir problemas probatorios importantes.
 - Cuando se cometa por dueños de PJ, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión.
 - Aun cuando no haya sido cometido por alguna de las personas indicadas, haya sido cometido por alguna persona natural que se encuentre bajo una relación de dirección o supervisión directa de aquellas.
 - Haya logrado ser cometido como consecuencia del incumplimiento, de la persona jurídica, de sus deberes de dirección y supervisión.
2. **Personas vivas:** la muerte extingue responsabilidad penal (art. 93 N°1 CP).
 3. **Personas responsables de la comisión del delito o cuasidelitos** (art. 58 inc. 1° CP).
 4. **Personas imputables** desde el punto de vista jurídico penal. Existen algunas exenciones de responsabilidad penal, que se regulan en el art. 10 CP (loco o demente, menor de 18 años -entre 14 y 18 se regula en la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil, etc.)
- Si es procedente, deben haberse realizado los procedimientos previos o antejuicios. Por ejemplo, querrela de capítulos -cuando se trate de hacer efectiva la responsabilidad penal de jueces o fiscales del MP- o desafuero.

⁷⁴ Art. 318 CP, por ejemplo.

Personas que deben o pueden ejercer la acción penal pública

Como ya hemos dicho, el ejercicio de la acción penal pública es obligatorio para el MP, y facultativa para las demás personas (especialmente la víctima, en sentido amplio del art. 108 CPP).

El tribunal nunca puede ejercer la acción penal. Si una víctima presenta querrela ante el JG lo que debe hacer es remitir la cuestión al MP, con independencia de lo que pueda suceder en virtud del principio de oportunidad que faculta al MP para suspender la persecución de delitos.

Por otra parte, existen personas que *deben* denunciar la comisión de delitos, permitiendo así el inicio la persecución penal. La denuncia se distingue de la querrela, que es una especie de “demanda penal”, mientras la primera sólo significa poner en noticia del órgano que tiene el monopolio de la persecución penal la comisión de un delito. Entre las personas obligadas a denunciar se encuentran los miembros de policía, los fiscales, los empleados públicos, etc. pero también, por ejemplo, jefes de establecimientos hospitalarios y profesores. Todos los casos están regulados en el art. 175 CPP.

Quienes tienen esta obligación, están obligados a denunciar ante el MP hechos que presencien que revistan caracteres de delito, incluso si tienen dudas, de lo contrario estarán cometiendo ellos mismos un delito.

Características de la acción penal pública

1. **Necesariedad** (la profesora cree que es, más bien, obligatoriedad). Su titular es la sociedad y su ejercicio obligatorio está concentrado en el MP, y como veremos, la renuncia no extingue la acción penal.
2. **Indivisibilidad**: quizás esta no es una idea del todo pacífica, pero básicamente quiere decir que no puede dirigirse la acción penal contra algunos de los que se cree son responsables del delito, sino que debe ejercerse contra todos aquellos que hayan tenido participación en la comisión de un hecho punible: no se puede seleccionar, en ese sentido. Esto guarda relación con el principio de legalidad que vimos la sesión anterior. Cuando no se sabe quiénes son los responsables, se dirige la acción contra *todos aquellos que resultaren responsables*.

→ El problema de muchas de las denuncias que se ingresaron a través de la defensoría jurídica de la facultad el año pasado, luego del estallido social por abusos en el ejercicio de la fuerza por parte de las fuerzas policiales, es justamente que con altísima probabilidad no lleguen a buen puerto porque no se tiene datos sobre los responsables, por lo que se dirigen contra *aquellos que puedan resultar responsables*, lo que trae la dificultad aparejada de lograr identificar a los imputados de manera precisa. Por eso, terminan sirviendo más que nada para fines estadísticos, de conocer cifras de violencia institucional, más que nada.

3. **Irretractable**. En el ámbito civil se establece de forma general la renunciabilidad de la acción civil, por el carácter disponible de los bienes jurídicos invocados, y la referencia en la materia es al art. 12 CC; en cambio, en el ámbito penal el MP tiene prohibido renunciar de antemano, expresa o tácitamente, al ejercicio de la acción y, si el ofendido renuncia, no se produce impacto alguno en el carácter obligatorio del ejercicio de la acción penal por parte del MP.

Por otra parte, el MP no puede desistirse de la querella o acusación intentada, pero sí puede hacer uso del principio de oportunidad (art. 170 CPP), o eventualmente solicitar la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP), proponer al JG sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicarle decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 CPP)⁷⁵.

Por su parte, el querellante -sea la víctima o alguna de las personas contempladas en el art. 108 CPP, o sea algún tipo de órgano estatal (por ejemplo, el CDE)- puede desistirse de su querella en cualquier momento sin que ello afecte la acción penal pública, sólo dejando de ser parte el querellante desistido del procedimiento que se continuará llevando a cabo con el impulso del MP. Esta también es una gran diferencia entre el ejercicio obligatorio de la acción y este ejercicio facultativo del querellante.

4. **Abandonable**: es declarado por el tribunal, bien de oficio bien a petición de parte, cuando el querellante:
- No adhiere a la acusación⁷⁶ fiscal o no acusa particularmente en la oportunidad correspondiente.
 - No asiste a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa justificada.
 - No concurre a la audiencia del juicio oral o se ausenta de ella sin autorización del tribunal.

Si se declara el abandono, puede apelarse, sin suspender el procedimiento. La resolución que rechace el abandono es inapelable.

Efectos del abandono: declaración del abandono de la querella impide al querellante ejercer los derechos que tiene como tal (art. 121 CPP).

5. **Prescriptible**: Art. 94 CP. Por RG es prescriptible, y sólo muy excepcionalmente es imprescriptible, misma regla del ámbito civil.
- 15 años: respecto de crímenes a los que la ley impone pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos.
 - 10 años: respecto de demás crímenes.
 - 5 años: respecto de simples delitos.
 - 6 meses: respecto de faltas.

⁷⁵ Todas estas cuestiones las veremos más adelante.

⁷⁶ La acusación es un hito de primera importancia en el proceso penal ordinario. La veremos más adelante.

- Cómputo del plazo: desde la comisión del delito (art. 95 CP). Si el sujeto se ausenta del país, la acción o la pena prescribe computándose un día por cada dos (art. 100 CP).
- Interrupción: cuando comete nuevamente un crimen o simple delito (art. 96 CP).
- Suspensión: desde que el procedimiento se dirige en su contra (formalización de la investigación⁷⁷), pero si se paraliza por 3 años o termina sin condenarle, continúa corriendo (art. 97 CP).
- Media prescripción: si el responsable se presenta o es habido antes de completar tiempo de prescripción (de la acción o de la pena), pero ha transcurrido la mitad del plazo, el tribunal deberá considerar el hecho como revestido de 2 o más circunstancias atenuantes muy calificadas, y de ninguna agravante, y aplicar reglas de los arts. 65, 66, 67 y 68, ya sea al imponer la pena o disminuir la ya impuesta.
Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo.
- ¿Imprescriptibilidad de algunos delitos? → Hay muchos proyectos que buscan modificar esta legislación en el sentido de establecer más delitos imprescriptibles.
Desde el punto de vista procesal, contemplar en el sistema acciones procesales imprescriptibles requiere de un debate más profundo que el de los bienes jurídicos que se busca proteger (no se pone en duda el art. 40 de la ley 20357, pero sí habría que ver cuáles son las ventajas y desventajas prácticas, y las implicancias teórico-dogmáticas que están en juego en el sistema, como un todo, de declarar acciones imprescriptibles).
Para hacer un parangón que se aleja de materia procesal penal, lo que sostiene gran parte de la doctrina administrativista en sentido de considerar que la acción de nulidad de derecho público es imprescriptible, trae en ese ámbito muchas consecuencias jurídicas y sociales indeseables y, a pesar de ello, se ha defendido esta cuestión por muchos profesores, especialmente de la escuela de Soto-Kloss.
La RG es, correctamente, la prescriptibilidad, siendo excepcional la imprescriptibilidad, pero hay muchos proyectos de ley que intentan incorporar una imprescriptibilidad más amplia para determinados tipos de delitos.

Clase 9 (29.09)

Acción penal pública previa instancia particular (arts. 53 y ss)

1. **Definición:** Es aquella que requiere a lo menos de una denuncia, de parte del ofendido por el delito o de las otras personas establecidas en la ley, para que se pueda dar inicio al proceso penal, pero luego continúa tramitándose de acuerdo con las reglas aplicables a la acción penal pública.

⁷⁷ También lo veremos más adelante. Ver art. 233 a) CPP.

Una vez que la denuncia es efectuada, esta acción se tramita con las mismas reglas de la acción penal pública, y en ese sentido, se vuelve indisponible por parte del MP. Para el inicio es importante la denuncia, pero no para su continuación.

2. **Casos en que procede la acción penal previa instancia particular (art. 54 CPP):** Hay algunos tipos de delitos que están expresamente consagrados en la ley.
 - a. Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494 n° 5 del CP (lesiones menos graves y leves).
 - b. La violación de domicilio.
 - c. La violación de secretos prevista en los arts. 231 y 247 inc. 2° CP (abogados y procuradores, profesiones con título y empleados públicos).
 - d. Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 CP.
 - e. Los previstos en la ley N°19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial.
 - f. La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado. P.e. secretos de fábrica, *know how*, etc.
 - g. Los que otras leyes señalaren en forma expresa. P.e. art. 369 CP (violación, estupro y otros delitos sexuales).
3. **Finalidad:** La finalidad de este tipo de regulación se basa precisamente en que son cometidos en ciertos espacios de difícil acceso para un tercero que quiera o deba denunciar según el caso. Muchos de ellos se cometen en estas esferas de privacidad que tienen que ver con relaciones bilaterales basadas, por ejemplo, en confianza o basadas en una relación laboral y, por lo tanto, lo que se quiere hacer aquí es garantizar que esta voluntad inicial de poner en conocimiento del delito luego se transforme en una acción penal pública y se rija por estos principios que vinculan al MP. No hay forma de conocer, por ejemplo, el delito de violación que está en esta esfera privada, si no es poniéndolo en noticia de alguno de los órganos, por ejemplo, el MP, el JG, la policía (tanto carabineros como PDI).
4. **Delitos cometidos contra menores de edad siempre son de acción penal pública.**
5. **Titularidad de la denuncia.** ¿Quién es el ofendido y quienes más podrían eventualmente denunciar?

El ofendido es quien fue directamente ofendido por el delito, pero si está imposibilitado de realizar la denuncia personalmente, pueden interponerla las personas del art. 108 CPP, en el orden ahí establecido. Lo mismo se explicita en el art. 54 CPP, agregándose también una regla supletoria que indica que cuando el ofendido no pudiese formularla y los del art. 108 se encontraren imposibilitados o implicados, el MP podrá eventualmente proceder de oficio y luego la causa se tramitará de acuerdo a las normas generales de los delitos de acción penal pública.
6. **Ante quién se denuncia.** Ante la justicia: típicamente el Ministerio Público o la policía.
7. **Art. 369 CP:** Reglas especiales en materia de delitos sexuales.

Art. 369 CP. “No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter, sin que, a lo menos, se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal.

Si la persona ofendida no pudiere libremente hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere representante legal, o si, teniéndolo, estuviere imposibilitado o implicado en el delito, podrá procederse de oficio por el Ministerio Público, que también estará facultado para deducir las acciones civiles a que se refiere el artículo 370. Sin perjuicio de lo anterior, cualquier persona que tome conocimiento del hecho podrá denunciarlo.

Con todo, tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el artículo 369 quinquies de este Código y en el inciso segundo del artículo 53 del Código Procesal Penal.

En caso de que un cónyuge o conviviente cometa alguno de los delitos establecidos en los párrafos 5 y 6 de este Título en contra de aquél con quien hace vida común, se podrá poner término al proceso a requerimiento del ofendido, a menos que el juez, por motivos fundados, no acepte.”

- a. Delitos cometidos contra menores siempre son de acción penal pública. Esta norma recuerda que son delitos de acción penal pública todos aquellos cometidos en contra de menores de edad, por lo tanto, si algún delito de acción penal publica previa instancia particular se comete en contra de un menor, automáticamente tiene la naturaleza de delito de acción penal pública.
- b. En casos de delitos sexuales cometidos por cónyuge o conviviente, a requerimiento de la ofendida, o cumpliéndose que no hubiere en el hecho uso de fuerza (sólo aprovechamiento, privación de sentido, incapacidad de oponer resistencia, enajenación o trastorno mental), se podrá poner término al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida o cualquiera la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados.
Esta es una regla compleja desde el punto de vista de la violencia de género, pues estas medidas de sobreseimiento o de no proseguir el procedimiento se combina con que, además, se ha visto en la práctica una falta de intensidad en el procedimiento de investigación penal por parte del MP cuando la víctima dice que se arrepiente del procedimiento que inició, encontrándose expresiones tal cual en fallos (“cuando se arrepiente o lo ha perdonado”). Estas cuestiones son problemáticas desde el punto de vista de buscar evitar este tipo de violencia de género, pues algunas normativas (como la presente) invisibilizan el fenómeno, desconociendo que existe un ambiente y sistema que genera violencia sexual estructural de hombres contra mujeres, que muchas veces ocasiona que la voluntad de las ofendidas de solicitar el sobreseimiento no responda a una libre, sino motivada por temores y opresiones.

- c. En ciertos casos, el juez podrá disponer de ciertas medidas de protección del ofendido o de su familia, tales como vigilancia, prohibición de visitar el domicilio, prohibición de acercarse hasta cierta distancia, obligación de abandonar el hogar común, para darle protección a las víctimas.

Acción penal privada

- 1. **Definición:** Es aquella que debe ejercitarse exclusivamente por parte de la víctima (personalmente ofendido y, si estuviere imposibilitado, las personas del art. 108), respecto de un delito que no puede perseguirse de oficio.

Como dijimos en las sesiones anteriores, en este caso no interviene el MP.

Ejemplos: matrimonios de menores de edad, injurias o calumnias, denuesto o descrédito público o provocación a duelo.

- 2. **Delitos de acción penal privada** (art. 55):
 - a. La calumnia y la injuria.
 - b. La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del CP (injuria liviana).
 - c. La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado.
 - d. El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

Se entiende que en estos delitos, a más de aquellos que pueda haber en leyes especiales y algunas reglas referidas en materia bancaria, hay intereses privados en juego y no un interés necesariamente público en la persecución penal.

- 3. **Titular de la acción.** Por lo dicho hasta aquí, el titular exclusivo de la acción penal es la víctima, y el mecanismo exclusivo para dar inicio a este proceso es a través de querella. Además, esta querella, por disposición expresa del CPP, se interpone ante el JG. Hay un título especial en el Libro IV y el Título II se refiere específicamente al procedimiento por acción penal privada.
- 4. **Mecanismo de activación del procedimiento:** es la **querella**, que se hace por escrito, y hay reglas referidas en este mismo título al desistimiento, al abandono de la acción y también reglas especiales de procedimiento, como, por ejemplo: ante el JG y antes del inicio de la audiencia a la que se cita puede llamar el juez a conciliación, luego, rige una norma supletoria para todas las cuestiones no reguladas que remite, en el caso del delito de acción privada, al procedimiento simplificado.
- 5. **Se tramita ante el J.G.** Constituye una excepción al procedimiento penal ordinario en que el JG actúa como órgano que cautela las garantías durante la etapa de investigación y produce otras funciones en la audiencia de preparación de juicio oral, siendo la más importante la exclusión de prueba ilícita, pues en este caso el procedimiento se tramita ante el J.G. con ciertas normas especiales, pero teniendo como base un procedimiento especial: el procedimiento simplificado, con algunas modificaciones.

6. **Es renunciable.** Siguiendo la línea de existir intereses privados protegidos, se permite la renuncia de la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delito, siendo importante también la regla que permite desistirse en todo momento, con una única excepción: no se dará lugar al desistimiento si el querellado se opone a ese desistimiento y quiere continuar con el procedimiento. El efecto del desistimiento es que se pone término al juicio y se extingue esta pretensión penal privada.
7. Ya hemos visto que puede dar origen a responsabilidad si es que luego se constata un delito de querrela calumniosa, y es importante también, a diferencia de los demás procesos penales que aquí además de que **se puede transigir, existe conciliación obligatoria** como les acabo de anunciar.
Además, dentro de la enumeración de causas de extinción de la responsabilidad penal, se contempla expresamente la **causal de perdón del ofendido** cuando se trata de delitos respecto de los cuales solo se concede acción privada.
8. Hay ciertos casos en que el propio código establece que se entenderá abandonada la acción, por ejemplo:
 - a. la inasistencia del querellante a la audiencia del juicio a la que llama el juez;
 - b. inactividad en el procedimiento por más de 30 días, referidas a diligencias útiles para dar curso al proceso de cargo del querellante;
 - c. si muere o cae en incapacidad el querellante, y sus herederos o representante legal no concurre a sostener la acción en plazo de 90 días.

En estos casos se solicita y se dicta el sobreseimiento definitivo por parte del tribunal.

Hay algunas diferencias entre el abandono de la acción penal privada y esta idea del abandono del procedimiento:

	<i>Abandono acción penal</i>	<i>Abandono del procedimiento</i>
Titular	Cualquier parte o de oficio por el tribunal	Sólo el demandado
Plazo inactividad	30 días corridos	6 meses
Efecto	Extingue la acción penal privada Sobreseimiento definitivo	Pone término al procedimiento pero no extingue la pretensión civil

Recordar: Lo más importante es que en este caso -acción penal privada- el MP no interviene, y se sigue un procedimiento especial ante el JG, similar al procedimiento simplificado, con ciertas reglas especiales.

Acción civil en el proceso penal

De todo delito pueden nacer dos acciones: una acción penal y una acción civil. Esa última, por su parte, puede dividirse en acción restitutoria y acción indemnizatoria.

1. **Acción civil restitutoria.** El artículo 59 CPP fije el principio general de la acción civil, indicando que si el objeto de la acción civil es únicamente la restitución de la cosa, esta debe -obligatoriamente- interponerse durante el respectivo procedimiento penal, en la forma que prevé el código⁷⁸.
 - a. **Finalidad de la acción civil restitutoria:** la simple restitución de la cosa sobre la cual recayó el delito (por ejemplo, de la cosa hurtada o robada), efectos de éste o instrumentos destinados a su comisión.
Lo que se persigue es la restitución material de la cosa.
 - b. **Competencia:** competencia exclusiva o privativa del J.G.
 - c. **Oportunidad:** puede ejercerse durante todo el procedimiento penal, tramitándose como incidente en cuaderno separado, y en caso de que corresponda, los efectos solo se entregarán una vez concluido el procedimiento. De forma excepcional, si se tratare de la restitución de especies hurtadas, robadas y estafadas, que sólo requieran la comprobación del dominio y la valoración de estas, podrán ser entregadas a su dueño o legítimo tenedor inmediatamente (artículo 189 CPP).
2. **Acción civil indemnizatoria:** Es relevante también el art. 59 CPP.
 - a. **Finalidad:** busca hacer efectiva la responsabilidad civil que proviene del hecho punible, a través del pago de indemnizaciones especiales que la ley pueda establecer en casos determinados, o la indemnización general de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual.

La regla general son las acciones civiles indemnizatorias generales, buscando establecer la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, existen también acciones civiles indemnizatorias especiales, que son prestaciones económicas establecidas en la ley respecto de ciertos delitos.

Por ejemplo:
 - i. En casos de violación y otros delitos sexuales (art. 370 CP) el condenado será obligado a dar alimentos cuando proceda según las normas del Código Civil.
 - ii. En el delito de homicidio y lesiones (art. 410 CP) se contemplan indemnizaciones especiales como dar alimento a la familia del occiso o pagar las curaciones.
 - b. **Titular:** exclusivamente la víctima. Personas distintas a esta o distintas al imputado deben plantearse ante el juez civil, con competencia exclusiva.
 - c. **Sujeto pasivo:** imputado.

⁷⁸ Artículo 59.- Principio general. La acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189. (...).

- d. Competencia: es preventiva o acumulativa, puede conocer tanto el Tribunal Oral en lo Penal como el juez civil competente, a elección del demandante. Interpuesto en uno de los tribunales, no se podrá intentar deducir la misma en el otro tribunal.
- e. Oportunidad:
 - i. No es querellante: 15 días antes de la fecha fijada para la audiencia de preparación del juicio oral (art. 261 CPP).
 - ii. Querellante: conjuntamente con el escrito de adhesión a la acusación del fiscal o en la acusación particular.
- f. Tramitación:
 - i. Debe interponerse demanda civil (art. 60⁷⁹), por escrito, cumpliendo con los requisitos del artículo 254 CPC y señalando los medios de prueba (para los testigos se requiere la lista y la minuta de interrogatorio, para los peritos el nombre y títulos o cualidades).
 - ii. Existe la posibilidad de preparar la acción civil luego de formalizada la investigación. Se pueden pedir ciertas diligencias, medidas cautelares, e interrumpe la prescripción (art. 61 CPP).
 - iii. El desistimiento se puede realizar en cualquier momento por la víctima durante el procedimiento, y el abandono se produce en caso de no comparecencia injustificada a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia de juicio oral.
 - iv. La única modificación relevante respecto a una tramitación civil se encuentra en la contestación de la demanda, la cual se hará por escrito hasta antes del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral o de forma oral al inicio de dicha audiencia (art. 62 y 263 CPP).
 - v. Los incidentes y excepciones se resuelven en la audiencia de preparación, salvo ciertas correcciones formales del procedimiento que podrán llevar a suspender dicha audiencia (art. 270 CPP).
 - vi. Respecto a la prueba, esta se rinde en el juicio oral ante el tribunal oral en lo penal. Esta se someterá, en cuanto a la procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria, a las normas del CPP (art. 324 CPP). Esto podría derivar a un error a la aplicación del mismo estándar de prueba penal al civil.

⁷⁹ Artículo 60.- Oportunidad para interponer la demanda civil. La demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse en la oportunidad prevista en el artículo 261, por escrito y cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. La demanda civil del querellante deberá deducirse conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación.

La demanda civil deberá contener la indicación de los medios de prueba, en los mismos términos expresados en el artículo 259.

Preguntas

→ Cuando el CPP habla de que el delincuente cometa nuevamente un crimen o simple delito, ¿se refiere a que exista sentencia condenatoria en su contra por crimen o simple delito, o a la idea de haberse realizado una conducta que revista características de delito? (referencia a la formalización de Martín Pradenas Dürr y posteriores fallos de C.A. y C.S.).

Pregunta respecto de la interrupción de la acción penal del art. 96 CP.

El artículo 96 dice lo siguiente: Esta prescripción se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido siempre que el delincuente comete nuevamente crimen o simple delito, y se suspende desde que el procedimiento se dirige contra él. En nuestro caso, el procedimiento se dirige contra él una vez que se formaliza la investigación, pero si se paraliza su prosecución por 3 años sin condenarle, continúa la prescripción como si no se hubiese interrumpido.

Entre los penalistas hay una discusión en torno a si realmente pesa el lenguaje utilizado en esta disposición, en relación a si la prescripción se interrumpe o simplemente se suspende, específicamente por la última manera en que se frasea esta definición “*como si no se hubiere interrumpido*”.

De lo que la profesora pudo averiguar, tanto la dogmática como la jurisprudencia se encuentran divididas. Parece ser que, progresivamente, comienza a primar la versión de la que daba cuenta un estudiante en la clase anterior haciendo referencia a sentencias de la C.S. que consiste, básicamente, en que la interrupción de la prescripción se produce cuando se comete este hecho que reviste las características de crimen o simple delito, sin perjuicio de que la sentencia que lo determina como un crimen o simple delito -sentencia condenatoria- pueda darse en un tiempo posterior. Pareciese que esta es la doctrina correcta, sobre todo porque entre este hecho que reviste las características de crimen o simple delito y la sentencia pueda mediar bastante tiempo. Así, cuando se habla aquí de crimen o simple delito, se está haciendo referencia a que se haya cometido y no que se haya determinado su existencia por sentencia condenatoria, lo que no afectaría en principio la idea de presunción de inocencia, porque tiene por idea interrumpir la prescripción de la acción penal.

→ *Tratándose del principio de oportunidad y, específicamente, esa pena mínima a que se refiere el artículo 170, ¿se debe considerar la pena abstracta o concreta? y, en esta última hipótesis ¿debemos o no considerar las circunstancias atenuantes o agravantes del delito?*

Esta es una cuestión que se discute aún entre procesalistas y penalistas: a qué pena se refiere. Al respecto la DPP ha tenido alguna posición, pues importa que en la aplicación de la ley se respete el principio *pro reo*, porque la pena concreta podría cambiar, sobre todo si concurren circunstancias que hagan menos gravosa la conducta del imputado, pero el problema es que hay dispersión jurisprudencial y también dogmática.

A la profesora le parece que para que opere este principio debiésemos referirnos a la pena abstracta, la pena concreta es muy difícil de visualizar, y en ciertas etapas no van a estar acreditadas las circunstancias que puedan dar lugar a una atenuante o agravante de responsabilidad penal.

→ *Sobre la denuncia obligatoria, que fue una de las cosas que vimos la sesión anterior, y que hay ciertas personas que tienen un deber de denunciar, ¿esa denuncia es anónima?*

El anonimato es la excepción. En principio, en la denuncia debe identificarse el sujeto que denuncia, con una serie de otros requisitos. En algunos casos hay alguna cuestión de anonimato, que incluso se transformó en un programa que se llamaba “Denuncia Segura”, en que se permite la denuncia por teléfono en el caso de ciertos delitos o también, por ejemplo, hay ciertos protocolos para el resguardo de menores de edad que son víctimas de delitos sexuales que establecen algunas medidas de protección para los denunciantes.

La respuesta entonces, es: básicamente, la denuncia obligatoria no es en forma anónima, se pide la identificación de los datos del denunciante, aunque esos datos no necesariamente circulan. A pesar de ello, esta idea de denuncia segura existe, y de hecho, hay una página web que lo establece tratándose de tráfico de drogas, de armas, violencia intrafamiliar, acoso y delitos sexuales, tráfico de personas, inmigrantes, etc.

Sobre la pregunta en relación a si denuncia la persona o la institución, por ejemplo, tratándose de personal que trabaje en servicios de la salud o servicios educacionales, aquí depende de quien haya tenido conocimiento del hecho que puede revestir las características de delito, pero tanto profesores como directivos del colegio están obligados a denunciar y lo mismo ocurre en el ámbito hospitalario.

→ *Inhabilidad para querellarse.*

Tratándose de la inhabilidad para querellarse del art. 116 del CPP, esta prohibición tiene por objeto, en principio, resguardar las relaciones familiares o la paz social familiar, en ese sentido, un cónyuge no podrá denunciar un delito cometido por el otro cónyuge contra un tercero. Sin embargo, eso no se extiende al delito que hubiere cometido un cónyuge en contra del otro, o al que cometan los cónyuges en contra de los hijos, ni tampoco al delito de bigamia (en esos casos sí puede el cónyuge querellarse en contra del otro), lo mismo se extiende a los convivientes civiles, y aplicándose también las reglas de consanguinidad y colateralidad establecidas en la letra c) del art. 116.

Entonces, hay una prohibición general de presentar una querrela si cabe dentro del concepto de víctima como directamente ofendido o los sustitutos que el art. 108 CPP establece, pero la prohibición no se extiende a esos delitos que se hubieran cometido uno en contra del otro.

→ *Cuando la víctima de un delito es un menor de edad ¿nunca es necesario hacer denuncia?*

Cuando es un delito contra un menor, la denuncia, en cualquier caso, de alguna persona tiene que producirse, a menos que el MP o alguna institución que tenga la obligación de denunciar, tome noticia del hecho. Entonces los delitos contra menores de edad no tendrán que hacerlo el ofendido o no tendrá que hacerlo alguna de las personas del art. 108, pero si, por ejemplo, se comete en un establecimiento educacional, van a estar obligados a denunciar los profesores o directivos que hayan tenido conocimiento de este hecho. En cierta medida, ningún procedimiento penal se puede iniciar sin esta denuncia, la diferencia es que en el caso de, por

ejemplo, un delito sexual cometido en contra de un menor de edad, si no estuviera la regla del art. 53, sería un delito de acción penal pública previa instancia particular, en este caso, puede iniciarlo el MP sin esta denuncia del directamente ofendido o del art. 108, esa es la diferencia, no hay otra sino en cuanto el inicio, que es el punto relevante para distinguir entre una u otra.

→ *¿Proceden querellas en delitos de acción penal pública?*

También respecto de una acción penal pública puede existir una querella y respecto de una acción penal privada previa instancia particular, a pesar de que no es necesario en ninguno de los dos casos que exista querella. En el segundo caso, que es el que estamos estudiando, tiene que haber al menos la denuncia, pero no es obligatorio que haya querella, porque luego se tramita como acción penal pública. En el único caso que es obligatorio que exista querella es en los delitos de acción privada, sin querella no hay proceso penal respecto de este tipo de delitos.

→ *¿Cuál es la diferencia entre una denuncia y una querella?*

La denuncia es una noticia que se pone en conocimiento del MP, la policía (carabineros o PDI), o del JG, de que se habría cometido un delito que pareciere revestir las características de delito. Con la denuncia se inicia el procedimiento penal, específicamente a la etapa de investigación. Aquí lo importante es que se sepa que existe esta cuestión, especialmente para efectos de la acción penal pública, para que entonces el MP haga uso de sus facultades y deber de investigar.

La querella en cambio, es un escrito que se presenta ante el JG y que debe tener ciertos requisitos formales. La querella puede presentarse en cualquier momento de la etapa de investigación del procedimiento, mientras el fiscal no haya declarado cerrada la investigación.

Así, en todos los delitos que son de acción penal pública, las personas que pueden ser querellantes pueden (la víctima, su representante legal o su heredero testamentario, según el art. 111 del CPP), una vez que tome noticia de que existe esta investigación penal, interponer la querella. Los requisitos que debe cumplir este escrito son muy parecidos a los del art. 254 del CPC, y están en el art. 113 CPP. Una vez que se presenta ante el JG la querella, el juez verá si puede darle curso o si la declara inadmisibile por las razones legales.

→ *Sobre el abandono de la acción penal privada (art. 402).*

El efecto es que se dictará sobreseimiento definitivo (artículo 250 y ss CPP). Dentro de sus efectos (art. 251) es poner término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada.

“Decretado el abandono, el tribunal de oficio o a petición de parte decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.

→ *¿Puede aclarar diferencia entre el abandono y desistimiento del procedimiento de acción penal privada, y el abandono y desistimiento de la querella?*

El desistimiento es la manifestación de no querer seguir adelante con el procedimiento. Es el mismo símil en materia civil. Por su parte, el abandono es una institución que da cuenta de la no voluntad de seguir con el procedimiento, si ocurre alguna de las situaciones indicadas, lo que se tendrá que la acción ha sido abandonada.

Fuera del caso de los delitos de acción penal privada, el desistimiento o abandono no paraliza el juicio ni extingue la acción para el MP.

→ *Una vez desistido de la acción penal privada ¿es posible volver a interponerla?*

Se extingue la acción, aunque el querellado, antes que se declare el desistimiento, puede oponerse.

→ *¿Qué significa que la demanda civil se tramite ante el juez de garantía?*

La acción reparatoria se presenta y resuelve ante el propio juez de garantía. Por otra parte, la indemnizatoria se *presenta* ante el juez de garantía, pero es conocida y fallada por el T.O.P.

→ *¿Cómo funcionan en la práctica estas demandas civiles en juicios penales? ¿Hay mayor facilidad en uno u otro caso?*

Más que una “facilidad”, encontramos que se dan algunos problemas con la tramitación de acciones civiles en el procedimiento penal pues se establecen reglas muy diversas que las que rigen en civil (por ejemplo, la regla de suficiencia probatoria, cuestión que levanta discusión).

Las acciones civiles indemnizatorias generales no tienen requisitos especiales, más allá de ser parte, tener capacidad procesal y *ius postulandi*, en esa sede no se necesita ser querellante.

Obviamente, la acción civil no puede ejercerla el Ministerio Público, debido a su interés público en la persecución penal. Sin perjuicio de aquello, sí podrá promover acuerdos patrimoniales o medidas que reparen el daño causado, pero ello no sustituye el ejercicio de la acción civil que pueda corresponder a la víctima.

→ *¿A qué se refiere la diferencia entre “recogido” o “incautado” en el artículo 189?*

La incautación es una acción que realizan los auxiliares del Ministerio Público, como la policía, previa orden judicial, cuando los objetos no quieren ser entregados voluntariamente. Si no los tiene el imputado, se podrá aprehender para la entrega del objeto (art. 217 CPP).

De no saber el paradero del objeto, se puede pedir la indemnización por el objeto.

Repitiendo lo dicho respecto de la acción civil en el proceso penal

- El ejercicio de la acción civil indemnizatoria en el juicio penal es facultativo. Por su parte, el ejercicio de la acción restitutoria es obligatorio.
- La acción civil independiente de la acción penal. Esto quiere decir que una sentencia absolutoria (penal) no impide el éxito de la pretensión civil, y la extinción de la acción civil no produce la extinción de la acción penal.
- La acción civil es abandonable, existiendo causas legales de abandono.
- Es una acción patrimonial, como son todas las acciones indemnizatorias en materia civil.
- Es prescriptible.
- La competencia del tribunal depende del tipo de acción, de por quién y contra quién se ejerce. Esto permite distinguir este tipo de competencia exclusiva o acumulativa según el caso.
- El procedimiento depende de la naturaleza de la acción y de la sede en la cual se ejerce la acción
 - a. Desde el punto de vista de la jurisdicción civil: cuando la acción civil indemnizatoria se ejerce ante el tribunal civil, en los casos de competencia acumulativa, el procedimiento va a ser ordinario y va a depender de la cuantía si se tramita en JOMC o JO menor o mínima cuantía.
 - b. Respecto de la acción civil indemnizatoria ante el tribunal de competencia penal → se tramita de la misma forma que lo establecen los arts. 60 y 61 CPP. Desde el punto de vista probatorio, la carga de la prueba se rige por las normas civiles y en las demás materias por las normas del CPP, lo que podría generar ciertos problemas a lo que hay que agregar que nada se dice en dicha disposición sobre el estándar de prueba.

Sujetos procesales

Una distinción importante del CPP es aquella que distingue entre intervinientes, en relación a la acción procesal penal, y sujetos procesales. Al respecto, es relevante el art. 12 CPP:

*“Artículo 12. **Intervinientes.** Para los efectos regulados en este Código, se considerará intervinientes en el procedimiento fiscal al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas.”*

1. **Intervinientes** son aquellos a quienes la ley les reconoce el derecho a intervenir en el proceso penal, ya sea porque han realizado una actuación dentro del mismo (caso del querellante), o por su relación con el hecho punible (víctima, imputado y defensor). Como intervinientes del proceso penal encontramos:

- a. Imputado.
- b. Defensor.
- c. Víctima.
- d. Querellante.
- e. Fiscal.

Los intervinientes adquieren tal calidad desde que realicen cualquier actuación procesal, o desde el momento en que la ley les permite ejercer determinadas facultades.

2. Los **sujetos procesales**, en cambio, se regulan en el CPP en el libro I, y corresponden a un concepto más amplio. Son aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que tengan relación necesaria con la pretensión punitiva.
 - a. Tribunal: tiene todas las cualidades del tercero imparcial que ejerce jurisdicción.
 - b. Policías: no son personas interesadas sino más bien instituciones públicas que colaboran en el proceso penal, específicamente en la etapa de investigación.

El concepto de “parte” que existe en el ámbito civil no es propio del proceso penal, pues es un concepto que hace alusión al interés, y en el contexto penal encontramos que el MP no ejerce la acción por intereses particulares, y la víctima no interviene, a pesar de que puede tener derechos y realizar determinadas actuaciones.

El Ministerio Público dirige exclusivamente la investigación de los delitos, ejerce la acción penal pública y también tiene como función, atribuida tanto por el CPP como por su ley orgánica constitucional, la protección de víctimas y testigos. La víctima tiene ciertas facultades en el proceso penal, en ciertos casos además es necesario que denuncie o que ejerza la acción penal privada para activar el proceso penal y también se contemplan a su respecto determinados derechos. El querellante es la víctima que ha ejercido la acción penal pública y que cuenta dentro del proceso con ciertas facultades de actuación.

La distinción entre aquellos que intervienen en el proceso y participan de la persecución penal se centra en que los intervinientes en el proceso penal realizan alguna actuación en el proceso penal o tienen una relación con el hecho que está siendo perseguido penalmente, mientras que los sujetos procesales participan en esta persecución penal, pero no tienen una relación necesaria con la pretensión punitiva; son sujetos que participan en el proceso penal, pero uno como tercero imparcial, y la policía coadyuvando con la labor de investigación que corresponde de manera exclusiva al ministerio público.

El Imputado

1. **Concepto:** Es aquel contra quien se dirige la pretensión punitiva, porque se le atribuye participación en un hecho punible.
2. **Desde qué momento adquiere tal calidad:** está regulado en el art. 7 inc. 1° CPP que, básicamente, indica que una persona adquiere tal calidad desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia. Esto quiere decir que incorpora, desde la primera actuación, todas aquellas diligencias o gestiones (de investigación, cautelar o de cualquier tipo) que se realice por cualquier sujeto en el curso del procedimiento que se dirige en su contra. Por ejemplo, la primera actuación puede corresponder a la detención por delito flagrante, por la petición de información de una autoridad o incluso la autorización del juez para realizar algún tipo de actuación en el procedimiento.

¿Por qué tiene importancia saber desde qué momento tiene tal calidad? Porque desde que adquiere la calidad de imputado puede ejercer las facultades, derechos y garantías que se establecen tanto por la Constitución como por el Código Procesal Penal en el proceso penal. También es importante señalar que esta primera actuación en el procedimiento que marca el inicio de la calidad de imputado, no necesariamente se corresponde con la formalización de la investigación. La formalización es la comunicación que realiza el fiscal en una audiencia pública al tribunal, estando presente la persona contra quien se dirige la investigación, comunicación que informa sobre la existencia de la investigación en su contra. Si se sujetase la calidad de imputado y el ejercicio de sus derechos y facultades a la formalización, implicaría que este ejercicio de derechos estaría condicionado al acto del Ministerio Público que es quien debe formalizar la investigación.

3. **¿Quiénes pueden ser imputados?** Esto lo vimos en la sesión anterior, en principio una persona natural personalmente responsable del delito o cuasidelito, una persona viva, que sea imputable en los términos del Código Penal. Existe también un requisito de que esté presente en el juicio, sin perjuicio de lo cual hay algunas reglas de procedimiento contra ausentes, como se verá más adelante.

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, vimos que hay una ley que regula esto de manera específica, restrictiva, concreta, en relación con las personas jurídicas de derecho privado y empresas del estado que hayan cometido alguno de los delitos que esa ley consagra.

4. **Etapas procesales donde el imputado se puede encontrar en distintas situaciones:**
 - a. **Imputado informal:** Hay un imputado informal en los casos en que el MP ha iniciado la investigación, pero no hay aún formalización, que es el acto por medio del cual, en una audiencia ante el J.G., el MP comunica al imputado que se está desarrollando una investigación en su contra por uno más delitos determinados, como lo establece el art. 229 CPP. Esto puede ocurrir porque no se hayan desarrollado actividades investigativas que obliguen al MP a formalizar la investigación (medidas intrusivas que requerirían autorización del J.G.).

Si este imputado toma conocimiento de que se está siguiendo una investigación en su contra, puede ejercer algunas facultades, entre las que destaca la concedida por el art. 186 CPP: *Cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al Fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo al fiscal para que formalice la investigación.*

Así, una persona que se vea afectada por una investigación dirigida en su contra, por ejemplo, por ciertos requerimientos de información por parte de la policía, podrá solicitar que se le informe sobre estos hechos investigados por parte del fiscal ante juez de garantía, e incluso podrá solicitar que se fije un plazo para formalizar la investigación.

b. Imputado formalizado.

Imputado detenido o sujeto a otras medidas cautelares personales: En este caso ya no estamos en el caso de un imputado informal sobre el que no recae medida cautelar alguna, pues estamos ante una medida cautelar del art. 155 CPP (detención, citación, prisión preventiva).

- i. Detenido: debe ser puesto a disposición del juzgado de garantía dentro de las 24 horas siguientes para una audiencia de control de detención, que usualmente -y si es la primera en el procedimiento- será también de formalización.
- ii. Sometido a prisión preventiva: cumpliendo con los requisitos del art. 139 y ss CPP.

Es relevante que estas medidas deben sujetarse a las disposiciones legales, tomando en cuenta los principios básicos contenidos en el libro I CPP. Al respecto, el art. 5° prescribe que las medidas privativas o restrictivas de libertad deben establecerse en los casos y en la forma señalados en la Constitución y en la ley. Por lo tanto, no se podrá citar, arrestar, detener o someter a prisión preventiva o aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad, sino en la forma establecida por el Código Procesal Penal y también por las reglas constitucionales aplicables.

Artículo 155. Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales. *Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia, después de formalizada la investigación el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o la víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas:*

- a) *La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;*
- b) *La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;*

- c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;
- d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;
- e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;
- f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa;
- g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél;
- h) La prohibición de poseer, tener o portar armas de fuego, municiones o cartuchos, y
- i) La obligación del imputado de abandonar un inmueble determinado.

El tribunal podrá imponer una o más de estas medidas según resultare adecuado al caso y ordenará las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento.

La procedencia, duración, impugnación y ejecución de estas medidas cautelares se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.

- c. Imputado beneficiado por el ejercicio del principio de oportunidad o por alguna de las salidas alternativas que veremos (suspensión condicional del procedimiento o acuerdo reparatorio): ha sido beneficiado y podrá encontrarse en esa situación.
- d. Imputado sobreseído: el sobreseimiento debe solicitarse por el fiscal, cumpliendo determinados requisitos y en un cierto plazo, o por un imputado que haya sido beneficiado por alguna de las otras medidas (cuyo ejercicio exclusivo corresponde al Ministerio Público y requieren autorización del juzgado de garantía).
- e. Imputado acusado: Ministerio Público ha interpuesto la acusación.
- f. Imputado condenado o absuelto: esto ocurrirá en la etapa de la sentencia definitiva penal, ya sea en el juicio oral o en procedimientos especiales como procedimiento abreviado. En la jerga jurídica se refiere también al condenado como “rematado” para hacer alusión a aquel cuya sentencia condenatoria ya se encuentra ejecutoriada, pudiendo cumplirse la pena por ella establecida o estando ya el condenado cumpliendo una pena privativa de libertad o sujeto a alguna de las medidas de cumplimiento de la pena en libertad que establece la ley 18.216.

Derechos del imputado

1. Si bien el **derecho a la defensa** no es exclusivo del imputado -pues está explícitamente consagrado respecto de la víctima en la CPR- suele hacerse referencia a él en cuanto derecho del imputado, asociando la idea de defensa en materia procesal penal también a la defensa del imputado y al nombre de la institución pública encargada de ella: la Defensoría Penal Pública.

Este derecho a la defensa se reconstruye a partir de normas internacionales que ya hemos visto: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana

de Derechos Humanos en sus artículos 14 y 8, respectivamente, y también artículo 19 N°7 y en alguna medida 19 N°3 CPR que establecen explícitamente estos derechos de defensa material y técnica.

En el momento de la detención de un imputado, deben leerse los derechos establecidos en su favor por el CPP, especialmente que puede contar con una defensa técnica. Esto es muy relevante, porque no leer la carta de derechos ha sido invocado muchas veces como una infracción al derecho a la defensa, al igual que los casos en que no se lean los derechos y la policía en el acto de la detención quiera obtener algún tipo de declaración sin el abogado, eso se ha visto como un atentado contra este derecho al defensa invocado luego para excluir ese material probatorio de la investigación.

- a. La defensa técnica consiste en el derecho que asiste al imputado de ser de ser asistido por un letrado -abogado defensor- desde la primera actuación en el procedimiento, como lo vimos a propósito del art. 8 CPP. Este derecho abarca el de designar un abogado libremente, y si carece de uno, el Estado debe proporcionarle un defensor público y podrá seleccionar aquel que le parezca del listado de la DPP, de lo contrario será simplemente designado.

Esta defensa es obligatoria, e incluso se prevé como consecuencia jurídica la nulidad para todas las actuaciones que se realicen sin aquella defensa, por ejemplo, tomar declaración sin la presencia del defensor. Por regla general, además, en diversas actuaciones, sobre todo aquellas que se realizan frente al tribunal de garantía y luego en el juicio oral, el imputado y el defensor están presentes de manera simultánea.

- Como ya hemos dicho, el derecho a asistencia jurídica le asiste al imputado desde su primera actuación en juicio, esto quiere decir que si es citado ante un tribunal (JG), en esa audiencia tiene que ser asistido, y si no le ha sido asignado un defensor y comparece sin uno, le será nombrado uno por parte del tribunal.
 - La ausencia del defensor trae aparejada la nulidad de las actuaciones, aunque la nulidad debe ser solicitada y declarada por parte del tribunal y, a su vez - desde el punto de vista del abogado que va a defender- tiene derecho a requerir toda la información sobre la detención si es el caso o la prisión preventiva.
 - Es parte también de la defensa material el derecho que le asiste al imputado a tener comunicaciones privadas⁸⁰.
- b. La defensa material se regula también en el CPP, que indica “*El imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código*”.
- Los arts. 93 (derechos del imputado en general) y 94 (derechos del imputado privado de libertad) contemplan estos derechos del imputado. Cuando vimos derecho a la

⁸⁰ De hecho, este punto ha sido problemático con la contingencia por covid-19, pues es complejo que esto se dé en audiencias virtuales.

defensa material, y siguiendo la distinción realizada por los profesores Horvitz y López, esa defensa material se componía de derechos de información, derecho a la intervención en el procedimiento y derechos de abstención de los órganos de investigación y juzgamiento.

- Derechos de información (art. 93 letra a CPP): Imputación de una infracción jurídico-penal clara y precisa; comunicación de la imputación en audiencia al imputado (art. 229 CPP); derecho a ser oído con relación a dicha imputación (art. 232 y 326 CPP).

Esto se concreta a través de distintas normas del CPP:

- Si hay una orden de detención en su contra o una medida de prisión preventiva, tiene derecho a conocer el motivo y a que se le sea informada de manera legal, salvo en el caso de delito flagrante en que no se necesita esta orden judicial previa en los casos en que así lo establece el código.
- En el caso de la formalización de la investigación se le comunica, también como derecho de información, la investigación que se realiza en su contra y también deben enunciarse los delitos determinados por los cuales se le está investigando.
- En la acusación hay que hacer una precisión mayor: se deben especificar los hechos, su calificación jurídica y la participación que en ellos se atribuye al imputado.
- En el juicio oral se vuelve a informar, en la etapa de la exposición (alegado de apertura del fiscal) respecto de la acusación o, eventualmente, también del querellante y del demandante civil, si es que la hay. En esto se vinculan los derechos de información y la calificación jurídica, que debe establecerse en la acusación, implicando una prohibición de exceder en la sentencia el contenido de aquella acusación que se conoce como principio de congruencia.

Dificultades que ha impuesto la pandemia: Se ha dicho que el derecho a la defensa, sobre todo material, se ha visto afectado por la contingencia covid-19 que ha obligado a realizar los procedimientos penales vía zoom. Esto, particularmente porque, por ejemplo, hay dificultades para que el defensor se comunique de manera privada con el imputado en este sistema virtual, y además, pues se sospecha que un juicio vía soporte electrónico no cumpliría con el principio de la inmediación o se podría ver afectada a través de estos aparatos. A su vez, se ha argumentado que para garantizar la defensa técnica es necesario contar con determinadas condiciones materiales (por ejemplo, *poder* conectarse) y que muchos imputados privados de libertad carecían de ellas.

Este último punto se discutió a propósito de un caso iniciado en Concepción durante la cuarentena, en que se interpuso un recurso de protección en contra de los jueces de

un TOP que habían convocado a la audiencia de juicio, esgrimiendo que no estaban las condiciones sanitarias para que todos estuvieran presentes en la audiencia. Finalmente, se decretó que podía estar el fiscal y el defensor físicamente, y el imputado desde la cárcel, privado de libertad, aduciendo al imputado no se le hacía concurrir al tribunal para resguardar su salud. La verdad es que la cuestión es totalmente la contraria: muchos de los focos de infección estaban justamente en las cárceles, cuestión que se alegó estimando que la medida tomada generaría indefensión. Sin embargo, la CS ha sostenido en todos los casos llevados ante ella que no se vería afectado el derecho a la defensa. Esto debe verse desde un punto de vista más amplio, considerando autoacordado N°53 y la ley 21.260 que introduce modificaciones al funcionamiento de los tribunales de justicia durante la pandemia. Tanto en la ley como en el autoacordado, el gran problema fue que se permite la suspensión de ciertas audiencias, y que deja abiertas demasiadas cuestiones, por ejemplo, deja abierta la idea de que “no pueden realizarse actuaciones judiciales que puedan causar indefensión y no se dicte una suspensión genérica”, lo que provoca que quede en manos del tribunal respectivo la manera de funcionamiento que se adoptará. Frente a los privados de libertad esto es aún más complejo, pues permite que el tribunal decida dar curso al procedimiento a pesar de que, en atención a la especial complejidad de algunos casos, tanto el imputado como su defensa acordaran que la mejor opción era postergar el juicio y no realizarlo vía zoom.

Por otra parte, la ley lo que establece que se dará prioridad a todas aquellas audiencias donde haya privados de libertad, en general referidas a medidas cautelares, pero lo que se alegaba es que esto podría causar indefensión. Todos los casos fueron corroborados o rechazados por la CS, quien continuamente ha determinado que no se causa indefensión, o que si hay privados de libertad, simplemente hay que apurar la cosa.

2. Derecho a **solicitar determinadas diligencias**, lo que conversa con el principio de objetividad (que el fiscal debe investigar con igual celo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad, pero también aquellos que la eximan, extingan o atenúen). El fiscal, eventualmente, puede negarse a hacer estas diligencias solicitadas por el abogado del imputado, pero frente a ello puede reclamarse ante su superior jerárquico.
3. **Derecho a declarar**: durante todo el procedimiento, sin que haya limitación de veces en que pueda el imputado declarar. Sin embargo, *debe* realizarse esta declaración ante el juez de garantía en una audiencia. Luego va a volver a declarar y puede declarar también en la audiencia de juicio oral.
4. **Derecho a solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare**: en los casos contemplados en la ley. Si este sobreseimiento fuera rechazado se podrá apelar de aquello.
5. **Derecho a guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.**

- a. Simplemente se le exhorta a decir la verdad. Se aplica tanto a interrogatorios que realiza la policía como al Ministerio Público y en cualquier momento del procedimiento.
 - b. El derecho a guardar silencio puede ejercerse simplemente porque no estoy dispuesto a declarar en determinadas circunstancias o condiciones, o porque esto puede producir indefensión, pero el derecho a no auto incriminarse quiere decir que la persona va a guardar silencio porque, de declarar, podría no dar cuenta de hechos que son constitutivos de delito; de cualquier forma, ambos están bastante emparentados. Se regulan en general de manera diversa. En algunos casos se habla de derecho a la no autoincriminación y derecho a guardar silencio como derechos independientes, en otra normativa pareciese que estos derechos tienen una vinculación no necesaria, sino contingente.
6. **Derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.** Prohibición de coacción, amenaza o promesa, contenida el art. 195 CPP que se titula “métodos prohibidos a usar por la policía respecto del imputado”.

El Ministerio Público⁸¹

Principios que le son aplicables:

1. **Independencia y autonomía.** El MP es un órgano autónomo independiente que no forma parte de la estructura del PJ, pero está sometido a ciertos controles que se clasifican como políticos, procesales y administrativos; debe rendir cuentas, tiene regulación constitucional y, en ciertas y muchas etapas del procedimiento penal, la actuación de la Fiscalía es controlada por el JG o por el TOP. Cada uno de los mecanismos de control los veremos en detalle.
2. **Unidad de actuación.** Se entiende que la actuación del fiscal es la actuación del MP como órgano persecutor regulado en nuestra CPR.
3. **Jerarquía.** En algunos casos se puede reclamar de alguna decisión del fiscal ante su superior jerárquico. En ese sentido, la jerarquía se traspasa a algunas disposiciones procesales.
4. **Oficialidad.** Ya lo habíamos visto como uno que rige el proceso penal.
5. **Legalidad.** Dado que el principio de oportunidad permite que el MP haga uso del mismo, de acuerdo a los requisitos del art. 170, decidiendo no iniciar o abandonar una investigación ya iniciada cuando se afecten los intereses públicos y se cumplan con los requisitos.
6. **Objetividad.** El MP debe investigar con igual celo todos los hechos, tanto aquellos que establezcan, aumenten, eximan o atenúen la responsabilidad, lo que está consignado en

⁸¹ Esta sección se tomó de la clase del 20.10, por razones de orden.

el art. 3 de la LOC MP. Esta consagración permite al imputado solicitar actuaciones directamente al MP.

7. **Eficiencia.**
8. **Probidad Administrativa.**
9. **Transparencia y publicidad.** Lo más relevante es publicidad vs casos de secreto. El art. 182 del CPP indica que las actuaciones serán secretas solo respecto de terceros ajenos al procedimiento, es decir, la RG es que las actuaciones son públicas, y que los demás intervinientes pueden acceder a los registros y documentos que lleva a cabo el Fiscal junto con la policía. Sin embargo, se podrá decretar secreto para el imputado o demás intervinientes por un plazo delimitado, de máximo 40 días, pudiendo siempre solicitarse al JG que ponga término anticipado a este secreto; a pesar de ello, hay ciertos casos en que ni aun concurriendo este requisito podrá decretarse el secreto.
10. **Responsabilidad.**

La Fiscalía Nacional, además de tener su propia regulación, puede dictar instrucciones generales de dirección de la investigación. Hay varias instrucciones en que se dice, por ejemplo, cómo debe llevarse a cabo, cuáles son las directrices que deben mantenerse, etc. El órgano persecutor cuenta con la atribución legal expresa para ello.

Clase 11 (06.10)

El recurso de nulidad desde la perspectiva de la defensoría, análisis de fallos de la C.S.

Clase realizada por el defensor de la DPP, Claudio Fierro.

Marco teórico:

El poder judicial como garantía

1. La garantía jurisdiccional es la más importante, por provenir de un poder contra mayoritario. Es un poder que debe estar siempre a disposición de las minorías.
La DPP trabaja con muchas minorías: adolescentes, personas privadas de libertad, indígenas, migrantes, etc. por ello, este organismo siempre está interponiendo recursos ante la sala penal de la CS para restaurar el imperio del derecho y corregir algunas situaciones.
2. Tiene el peso de la inexcusabilidad. Esta es una característica del poder jurisdiccional.
3. Corrige las deficiencias de los actos cometidos por otros agentes del Estado. Especialmente mediante el recurso de nulidad, particularmente por la causal del art. 373 letra a, esto es, cuando en el procedimiento se infringen garantías constitucionales.
4. Puede derogar tácitamente leyes. Existen varias discusiones en torno a este punto, pero esta característica se ha visto especialmente aquellas causas sobre cultivo de cannabis, en que la sala penal de la C.S. ha absuelto personas realizando una interpretación de las

disposiciones en que, por ejemplo, el art. 8 de la ley 20.000⁸², que tipifica el cultivo, se traslada al art. 50 que se refiere al consumo, sosteniendo que el cultivo sería un acto preparatorio para una falta -el consumo-. Como las faltas sólo se sancionan en grado de desarrollo de consumado, todas las personas que cultivan para fines medicinales o recreacionales han sido absueltos.

Herramientas para el reconocimiento de derechos constitucionales: El recurso de nulidad

Por excelencia nos encontramos con dos herramientas: la acción constitucional de amparo y el recurso de nulidad. Nos centraremos en este último.

Desde el año 2013 la CS ha sostenido que el derecho al recurso es una garantía del debido proceso y manifestación del derecho de defensa.

- SCS Rol N° 6360-2013: “Que sin lugar a dudas **el fundamento de todo recurso procesal está en la garantía constitucional del debido proceso**. En materia penal se traduce en el derecho a la defensa, contenido en los incisos 2° y 3° del N°3° del Art. 19 de la CPR (...)”.

Así, el recurso de nulidad en materia penal es una **garantía del imputado**, y no del ente persecutor.

Es importante entender a quién favorece el recurso de nulidad pues la DPP ha defendido una interpretación -de acuerdo al art. 352 CPP- bajo la cual el **M.P. no tendría legitimación activa para recurrir por causal art. 373 a) CPP** (infracción de garantías constitucionales).

En este sentido se ha pronunciado la CS desde hace muchos años, en la búsqueda de corregir deficiencias de otros actores o agentes del estado como poder contra mayoritario. En síntesis, la CS afirma:

- Los derechos esenciales son atributos de los individuos frente al poder.
- Los derechos y garantías judiciales involucrados en el debido proceso no han sido establecidas en favor del Estado, en cuanto ejerce la potestad punitiva.
- El debido proceso se instaura para asegurar el respeto del más débil frente a la potestad punitiva centralizada.
- SCS Rol N°6831-2012: “(...) las garantías a que se refiere el Art. 373 letra a) del CPP **están establecidas en beneficio del imputado y no del MP ni del Estado querellante**⁸³, de modo que estos últimos no pueden recurrir de nulidad por esta causal, quedándoles a salvo naturalmente, las restantes causales y medios de impugnación que establece el CPP”.

⁸² Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas.

⁸³ Esto incluye otras instituciones como el Sernameg, el Sename, entre otros.

- SCS Rol N°5869-04 y Rol N°2600-04. Se ha sostenido también que **el debido proceso** no tiene realmente por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderes equiparables, sino **asegurar el respeto del más débil** por otra parte de la potestad punitiva centralizada.).

Estos avances se deben también, en cierta medida, a la composición actual de la sala penal de la C.S.⁸⁴.

Garantías del debido proceso

La CS ha dado varios conceptos sobre debido proceso. Especialmente relevante es el siguiente:

- SCS Rol N°47605-16. *“En torno a los tópicos que contempla el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en aceptar que **a lo menos lo constituye un conjunto de garantías que la CPR, los tratados internacionales ratificados por Chile y en vigor y las leyes le entregan a las partes de la relación procesal, por medio de las cuales se procura que todos puedan hacer valer sus pretensiones en los tribunales, que sean escuchados, que puedan reclamar cuando no están conformes, que se respeten los procedimientos fijados en la ley, veredictos motivados o fundados, etc.**; en tanto que, por la imparcialidad del tribunal, se comprenden tres garantías individuales de que gozan las personas de cara a la organización judicial del Estado; el derecho al juez independiente, imparcial y natural, referidos principalmente a que los asuntos criminales deben ser conocidos por los tribunales señalados por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho punible (...)*”.

“(...) sin que otro poder del mismo Estado pueda avocarse a esa función, y a la forma de posicionarse el juez frente al conflicto, de modo que no medie compromiso con los litigantes o el asunto, desde que en todo proceso penal aparece comprometido el interés público de la comunidad en el esclarecimiento de los sucesos y el castigo de los delitos, como también la absolución del inocente; ese interés debe ser tutelado exclusivamente por el MP como órgano predisposto por el Estado precisamente con ese propósito, que incluye por cierto la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal y la carga de probar la culpabilidad del inculcado, al mismo tiempo que el tribunal debe actuar con neutralidad y objetividad, que no puede conducirlo a abandonar su posición equidistante de las partes y desinteresada sobre el objeto de la causa”.

Es un concepto de debido proceso es amplio, logrando abarcar un conjunto de garantías, por lo que tiene muchos alcances. En particular, es relevante lo concerniente al control de convencionalidad de los tratados internacionales, que la defensoría utiliza siempre,

⁸⁴ Küns Muller (p), Brito, Dham, Valderrama, Llanos.

especialmente frente al avance de las leyes de agenda corta de cariz punitivista (limitación de derechos y garantías, o aumento de penas).

Además, la sala penal de la CS incluye en esta garantía la de fundamentación de las resoluciones judiciales, sean estas sentencias, medidas cautelares o la que decreta prisión preventiva. Se recalca la imparcialidad del juez, tema que la sala ha desarrollado extensamente, en torno a esta posición equidistante que debe tener el juez frente a los intervinientes.

Por último, se hace una mención al MP, quien tiene la exclusiva y excluyente promoción de la acción penal, dejando a salvo la situación en que los funcionarios policiales se arrogan facultades que no les corresponden, al realizar diligencias de carácter investigativo autónomamente (en contravención de los art. 83 y 84), siendo que estas están a cargo del MP.

Objetivos del recurso de nulidad

1. **Asegurar el respeto de garantías y derechos** (Arts. 373 a) y 374 CPP). La sala penal de la CS sostiene esto desde hace mucho tiempo.

- SCS Rol N°12.196-2011: *“Que, en lo concerniente a la infracción al debido proceso, cabe indicar que esta Corte condiciona la legitimidad de la decisión jurisdiccional desde luego a la existencia de un pronunciamiento que sea corolario de un proceso previo que esté asegurado por reglas formales que aseguren un racional y justo procedimiento e investigación”*.
- SCS 29.375-2015: *“El cumplimiento de la ley y el respeto a los derechos garantizados por la CPR no conforman aquello que los jueces están llamados a apreciar libremente, sino que configuran presupuestos de legitimidad para la emisión de cualquier pronunciamiento sobre el caso sometido a su consideración”*.

En este caso también se hace una mención a la prueba ilícita, al preocuparse de las alertas que realizan los intervinientes respecto de la prueba que se está rindiendo y se pueda visualizar infracción a garantías constitucionales.

2. **Asegurar una correcta aplicación del derecho** (Art. 373 b) CPP).

A este respecto, la jurisprudencia de la C.S. ha indicado:

a. Solo respecto de normas penales sustantivas:

- SCS Rol N°5654-2012; Rol N°1079-2013; Rol N°2263-2013; Rol N°21408-2014. Al existir una forma distinta de aplicación del derecho, podrá conocer tanto una Corte de Apelaciones como una Corte Suprema de forma subsidiaria si la infracción versa sobre garantías constitucionales. Por ejemplo, en aquellos casos de cultivo de cannabis que se indicó anteriormente⁸⁵.

b. Casos de errónea aplicación de derecho: SCS Rol N°7913-2012.

⁸⁵ C.S. entendiendo que al condenar por cultivo se estaría haciendo errónea interpretación del art. 8° de la ley 20.000.

- c. «Derecho»: SCS Rol N°4419-2013 (Reglas de Beijing Art. 21.1).
3. **Uniformar la aplicación del derecho** (Art. 376 inc. 3° CPP). Esta es una facultad de la sala penal de la CS, cuando existan sentencias contradictorias respecto a alguna materia en distintas CA.
- Por ejemplo, actualmente se encuentra en discusión la aplicación de la norma del art. 318 CP sobre personas que han sido detenidas durante la pandemia sin permiso sanitario. Hay quienes consideran que es una ley penal en blanco, y por tanto inconstitucional, pero la sala no se ha pronunciado claramente aún.

Características del recurso de nulidad

1. **Recurso extraordinario**. Esto en el sentido de que las causales determinan un régimen estricto de competencias.
 - SCS Rol N°5415-2012; Rol N°5922-2012 → La vulneración de garantías constitucionales siempre será conocida por la sala penal de la CS. Si uno de varios imputados recurre ante la CS, arrastrará a todos a esa dicha competencia.
 - SCS Rol N°6025-2005; Rol N°6029-2012; Rol N°7677-2012 → Las causales determinan los efectos anulatorios.
2. De **“derecho estricto”** (no genera segunda instancia).
 - SCS Rol N°12.196-2011.
3. Constituye un **mecanismo de protección de garantías**.
4. Debe cumplirse con determinadas **formalidades en su interposición**, que de no acatarse generan la inadmisibilidad o rechazo del recurso (arts. 377, 378 y 380 CPP).
5. Exige **peticiones coherentes**.
 - SCS Rol N°6345-2007.
6. **No se pueden invocar conjuntamente causales incompatibles**.
 - SCS Rol N°5019-2015; Rol N°6927-2012; Rol N°4883-2013; Rol N°6737-2012.
7. Es una **sanción de ineficacia procesal**.
 - SCS Rol N°6.631-2017

La causal del artículo 373 a) CPP

Es una de las causales más complejas, pues implica de definir qué significa que una infracción sea “sustancial”.

Con este carácter en mente, el recurso de nulidad produce una sanción de ineficacia procesal, que opera en caso de infracciones sustanciales, por ello, para su procedencia siempre debe existir un perjuicio.

Avilés y Carbonell han señalado respecto de esta causal:

- Opera cuando, en cualquier etapa del procedimiento o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la CPR o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes. Conocerá la CS

- La mayoría de las infracciones que se alegan se producen durante el procedimiento.
- Independencia entre infracción y producción de sentencia errónea. Esto porque no todas las infracciones conducen a un error en la sentencia, y no todos los errores constituyen infracciones a derechos y garantías.
 - Por ejemplo, si a un imputado no le leen los derechos, eso no significa un error sustancial ya que es posible subsanarlo en alguna audiencia posterior, como en la de control de detención.
- Entonces, es importante que la infracción de derechos o garantías debe ser sustancial, y debe considerarse la relevancia, importancia o gravedad de la infracción, así como el grado de afectación de la sustancia o “esencia” del derecho.

Exclusión de prueba ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio)

Se consagra en el art. 276 inc. 3° CPP, que dispone, en lo relativo a la discusión planteada en autos, que **el juez debe excluir las pruebas que provienen de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías constitucionales**.

Esto implica que, una vez una causa ingresa a ser conocida por un T.O.P., esos jueces no podrán valorar la prueba que ha sido obtenida con violación de garantías, sino solo aquella que se encuentra en el auto de apertura.

- Exclusión de prueba ilícita del auto de apertura (o del conocimiento del tribunal del nuevo juicio)
- SCS Rol N° 44.457-2017. (Ver también: SCS Rol N° 40.572-2016, 16.08.2016; Rol N° 9307-2017; Rol N° 13.119-2017, Rol N° 23.305-20).
“(…) los jueces de fondo valoraron en el juicio y en la sentencia que se pronunció los referidos antecedentes revestidos de ilegalidad, [por lo que] se incurrió en la materialización de la infracción a las garantías constitucionales del imputado que aseguran su derecho a un debido proceso y a que la sentencia que se pronuncie por el tribunal sea resultado de una investigación y un procedimiento racionales y justos (...), infracción que solo puede subsanarse con la declaración de nulidad del fallo y del juicio que le precedió, y que dada la relación causal entre la diligencia censurada y la prueba de cargo obtenida, como ya se anotó se retrotraerá la causa al estado de verificarse un nuevo juicio con exclusión de los elementos de cargo obtenidos con ocasión de ella, (...)”.

Lo citado es un dato relevante, especialmente poniéndolo en relación con las garantías que comprendería el debido proceso, que implican que los jueces no tengan una

libertad absoluta en materia probatoria, sino que daban estar vinculados a esta alerta, de defender al imputado de la posible infracción de garantías fundamentales.

Estructura del recurso de nulidad utilizado por la defensoría

1. Se inicia, aparte del encabezado habitual, como las causales, señalando la forma en que se invocan. Por ejemplo, art. 373 letra a, en subsidio 374, en subsidio 373 letra b.
2. Antecedentes, señalando un resumen de la causa⁸⁶.
3. Hechos.
4. Desarrollo de la causal, indicando las garantías vulneradas: citarlas, explicar su contenido y transcribir las normas que las contienen.
5. Desarrollo de la infracción (indicar antecedentes donde se consigna la infracción: sentencia, audio J.O., etc.)
6. Infracción sustancial: Perjuicio y relevancia en el fallo si se puede demostrar (art.160 CPP).
7. Preparación de la causal.
8. Petición concreta:
 - a. Nulidad juicio y sentencia; si es necesario pedir que el procedimiento quede en estados anteriores al J.O; la exclusión de prueba; o incorporación de prueba; y
 - b. Nulidad solo de la sentencia y sentencia de reemplazo, como en la errónea aplicación del derecho.
9. Ofrecimiento de prueba. Individualizarla y relacionarla con la causal y/o la preparación si correspondiere.

Casos sobre control de identidad

1. Caso SCS 19.113-2017.

Hechos: “El día 14 de octubre del año 2016, cerca de las 10:55 horas el imputado FMV fue sorprendido por personal de Carabineros en la intersección de calle La Unión con Lo Espejo, comuna de Pudahuel, en posesión de una escopeta recortada la que mantenía oculta en la pretina delantera de su pantalón. Se trataba de la escopeta marca Huglu calibre 16 milímetros serie N° 06T0628 la cual presentaba recortados su cañón y su culata. Además portaba consigo en los bolsillos un cartucho marca Tec del mismo calibre. Todo lo anterior sin registrar permiso o autorización para dicho porte.

Cabe agregar que la escopeta presentaba un encargo por delito de robo toda vez que había sido sustraída mediante intimidación en diciembre del año 2012 a su propietario don PVC, hecho ocurrido en la comuna de la Dehesa. Dadas las circunstancias de comisión el imputado sabía o no podía menos que saber el origen ilícito de la especie”.

⁸⁶ Se agrega para agilizar el ingreso de la causa e impedir que sea declarada inadmisibile, especialmente dando al relator de cuentas una idea del caso para el momento en que éste informe a la sala.

i. Audiencia de Control de detención.

Durante la audiencia de control de detención la defensa incidenta la legalidad de la detención, *“debido a que por lo que señala la carpeta investigativa una mujer que no se identifica habría hecho una denuncia, señalando que dos individuos se encontraban en la calle, que habrían sido sospechosos, no está claro de qué por lo que la defensa considera que eso no es un indicio suficiente para realizar un control de identidad, determinar que dos personas caminan por la calle y que se ven sospechas, a las 11 de la mañana, para la defensa no es indicio suficiente para poder realizar el control de identidad”* (...) la defensa solicita que se decrete ilegal la detención.”

Resolviendo el Juzgado de Garantía que conoció de esta etapa del proceso, declara ilegal la detención, debido a que los hechos no implicarían la existencia de indicios suficientes para realizar el control de detención.

El MP apela de la ilegalidad de la detención y Corte de Apelaciones revoca la resolución apelada y declara ajustada a derecho.

ii. APJO.

En la APJO la defensa solicitó la exclusión de toda la prueba, en razón de la declaración de ilegalidad que hubo en audiencia de control de detención, puesto que todo parte de una denuncia anónima, tras la cual carabineros aborda a un grupo de personas que supuestamente coincidirían con las vestimentas que habría dado aquel llamado anónimo con la información, antecedente o indicio para el control de identidad posterior, del cual deriva el hallazgo. Se argumenta que la existencia de una denuncia anónima que no sea posible de corroborar, ni su existencia ni sus datos más ameros dichos policiales no constituye indicio.

→ Resolución del Juez de Garantía: “si bien, personalmente comparto casi en su totalidad lo expuesto por la Defensa, una llamada anónima probablemente va a impedir el ejercicio de la defensa por parte de cualquier imputado, porque no sabemos cuándo llamó, de que se trata, en fin. Lo cierto es que, en este caso en particular, conocido el recurso de apelación, la Corte declaró legal la detención, por lo que no se puede entrar a revivir la legalidad o no de la detención ya que la Corte que es el superior jerárquico, y ya falló que era legal. En ese sentido, más allá de las opiniones personales, debemos entender que esta detención sí fue legal, y en atención a eso, no se puede excluir la prueba porque hay un tribunal superior que ya declaró que era legal. Así, el J.G. tiene que aceptar la prueba ofrecida por el ministerio público, solamente con esa consideración”⁸⁷.

⁸⁷ ¿Integridad o sinceridad Judicial? Es habitual que algunos jueces, según lo determinado por el superior jerárquico no se atreven a cambiar el criterio

iii. Juicio Oral

- Alegatos Apertura y Clausura.
Tanto en sus alegaciones de apertura como de clausura, la defensa solicitó la absolución en razón de las abiertas infracciones a garantías constitucionales del debido proceso y libertad ambulatoria (prueba ilícita-integridad judicial). Con esto se encuentra en **preparación el recurso de nulidad** a la que se refiere el art. 377 CPP, ya que se alerta oportunamente al Tribunal de infracción de garantías constitucionales, mediante las alegaciones incidentales en la detención, las alegaciones de exclusión de prueba en la APJO, y los alegatos de apertura y clausura en el JO solicitando la absolución y la no valoración de prueba obtenida con infracción de garantías Constitucionales.
- Garantías vulneradas: Igualdad ante la Ley, el debido proceso y la libertad ambulatoria.
 - Artículo 19 N°2 inc. 1° CPR “*La igualdad ante la Ley. En Chile no hay personas ni grupos privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Ni la Ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.*”
 - Artículo 19 N°3 inc. 5° CPR: Derecho a un proceso previo legalmente tramitado. “*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 y una investigación racionales y justos.*”
 - Artículo 19 N°7 letras b) y c) CPR: Libertad ambulatoria “*b) Nadie puede ser privado de su libertad personal ni ésta restringida sino en los casos y en la forma determinados por la constitución y las leyes; c) Nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le sea intimada en forma legal. Sin embargo, podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes*”.
 - Artículo 7 N°2 y 3 de la CADH (Pacto de san José de Costa Rica): Derecho a la Libertad Personal. “*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. 3. nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.*”

En la causa recurrida, las infracciones a estas garantías provienen del hecho de haber realizado la policía un control de identidad no ajustado a los art. 85

y 228 CPP, con infracción, por tanto, a los artículos 5 inc. 2°, 19 N°2, 3 inc. 5°, y 7 letras b) y c) de la CPR. Estas transgresiones vician de nulidad la sentencia recurrida por infracción a los derechos garantizados por la Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes.

iv. Perjuicio y Trascendencia.

– SCS 5851-2015; 24.173-2014⁸⁸.

“3ª. Que por otra parte, la causal del apartado a) del artículo 373 del CPP, no obstante consistir en infracciones de "derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales", atendiendo al criterio de conservación de los actos procesales, exige que, además, se trate de una vulneración sustancial, esto es de significación, relevancia o trascendencia. Esta norma, entonces, a diferencia de la del artículo 374, además de exigir alguna actuación que pueda calificarse como infracción a dichas normas, requiere que se trate de una vulneración de carácter "sustancial", lo que obliga a que la que se llegare a constatar también sea ponderada, esto es a que se razone para verificar su carácter "sustancial" debido a que su aplicación, por no importar una regla o mandato, debe determinarse atendiendo a las singularidades del caso.”

“(…) la sustancialidad no dice relación con lo resolutivo del fallo, sino con la entidad o dimensión de la vulneración de que trate. La situación es similar a los motivos absolutos: no se precisa demostrar perjuicio - porque se le presume cuando se trata de esta clase de infracciones- ni incidencia en lo resolutivo, pero debe constatarse que se trata de una infracción relevante de los derechos o establecidos en la Constitución y los tratados internacionales”.

Esto es importante porque muchas veces existen recursos de nulidad que no han sido preparados, por distintos motivos: olvido sobre la ilegalidad de la detención, porque olvidó excluir prueba, o no se realizó un correcto alegato de apertura o clausura. Entonces, a partir de estos fallos, aun cuando no esté preparado el recurso de nulidad, se estará en presencia de una vulneración de garantías tal que no hace necesaria su preparación.

v. Petición Concreta: “En el evento de acogerse el recurso en virtud de lo dispuesto en los artículos 165, 360 y 386 del Código Procesal Penal, solicito se anule la sentencia y el juicio oral que la precede, solicitando se retrotraigan los autos al estado de realización de un nuevo juicio oral excluyéndose del auto de apertura las declaraciones de los testigos que digan relación con las diligencias realizadas llevar a cabo el control de identidad que da origen a la presente causa y las demás evidencias e indicios encontrados en el mismo, además de excluir toda la prueba documental, pericia y material por guardar relación con los elementos del delito que fueron incautados con infracción de garantías constitucionales”.

⁸⁸ Estos fallos son esenciales para los conceptos de perjuicio y trascendencia.

Antes solo se solicitaba la nulidad del juicio y la sentencia, y se pedía, además, se ordenará excluir la prueba debido a la nulidad del juicio o solicitarle al tribunal que no la valorara positivamente. A pesar de esto, a veces los tribunales de todas formas valoraban la prueba incluida en el auto de apertura, por lo que la CS ahora excluye explícitamente la prueba sin dejarlo a discreción de los tribunales penales inferiores.

vi. Fallo CS:

Considerando Quinto: *“Que, en un primer orden, cabe recordar que el artículo 2 N° 2 letra a) de la Ley N° 20.931 de 5 de julio de 2016, modificó el artículo 85 del Código Procesal Penal, entre otros aspectos, reemplazando en el inciso primero la frase “existen indicios” por la expresión “exista algún indicio”.* Esta modificación busca una mayor exigencia para la ilegalidad de la detención, al indicar que basta con la existencia de un solo indicio y no una pluralidad.

“Tal modificación, al contrario de lo que en una primera lectura podría considerarse, no conlleva necesariamente un retroceso en la protección y garantía de la libertad personal que asegura el artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República, desde que su objeto no debe entenderse como una disminución de los requisitos necesarios para la procedencia del control de identidad, sino sólo como un cambio de enfoque en relación a los aspectos o elementos a que deberá darse prioridad en la determinación de su procedencia”. Ahora bien, la Corte indica que, a pesar de esta modificación, los estándares no decaerán, por lo que el solo indicio se someterá a un mayor escrutinio.

“En efecto, la ley transita de un enfoque que podría denominarse “aritmético”, requiriendo sólo una pluralidad de indicios, con independencia de la gravedad o precariedad de éstos, a otro que podría calificarse como “sustantivo”, en el que debe atenderse prioritariamente más bien a la aptitud, entidad y objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a los policías, para dilucidar si se trata o no de un indicio de que la persona a fiscalizar “hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta o de que se dispusiere a cometerlo” -o se encuentre en alguno de los otros supuestos que trata la norma-, con abstracción de si esos hechos y circunstancias constituyen uno o varios indicios, sino únicamente a si los mismos justifican razonablemente la temporal restricción de la libertad personal de quien es sometido al control, de modo que con ello se descarte el uso arbitrario, antojadizo o discriminatorio de esta herramienta legal contra un sector de la población. Si se reemplazó “indicios” (pluralidad) por “indicio”, quiere decir que el singular y único deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza que sustituya a la antigua pluralidad. De esa manera -como se suele señalar en relación a la valoración de la prueba testimonial-, ahora los indicios se pesan y no se cuentan para determinar si se cumple el presupuesto legal de encontrarse ante un “caso fundado”, extremo medular que se mantiene después de la Ley N° 20.931 para habilitar la realización de un control de identidad”.

Si se reemplazó “indicios” por “indicio” quiere decir que el singular y único indicio deberá poseer la necesaria vehemencia y fuerza para sustituir la antigua pluralidad; **ahora los indicios se pesan y no se cuentan** para determinar si se cumple el presupuesto legal de encontrarse ante un caso fundado.

Con esta interpretación, la CS entiende que compatibiliza el objetivo de la reforma legal, de eliminar trabas innecesarias a la oportuna y eficiente labor policial, con la adecuada protección de la libertad personal de los ciudadanos.

En este caso no servía solamente una denuncia anónima. *Ex ante* al control de detención, solo existían dos personas en un auto, no se informaron mayores antecedentes, y solo *ex post* al control se encontró un arma.

→ Cabe tener en cuenta que la apreciación del control de identidad se enfoca *ex ante* para efectos de su procedencia.

2. **Art. 85 – Control de Identidad: sólo un indicio, serio y objetivo.** Los siguientes fallos de la CS son llamativos, pues a partir de ellos se podría afirmar que no existe necesariamente el titular de la puerta giratoria, y se fija un estándar restrictivo para la actuación policial.

a. SCS 15.472-2017 (18.323-16). Caso emblemático, un sujeto se esconde en un pasaje ante la presencia de carabineros.

- Puede ser una acción natural y esperable de la población en general ante la presencia policial, debido a múltiples motivaciones, desde la mera intención de no interactuar con Carabineros, hasta la evasión de un conflicto menor (no portar la cédula de identidad o circular en la vía pública con bebidas alcohólicas).
- Los policías agregaron una intención que no aparece en forma ostensible de la sola conducta, pasando a ser **una estimación subjetiva** (desde el 2019, se habla de conductas neutras en vez de subjetivas).
- **El control de identidad no puede fundarse en apreciaciones subjetivas o interpretaciones de los policías respecto de las motivaciones que habría detrás de las acciones que presentan los individuos, sino que debe sostenerse en circunstancias objetivas y verificables.** Lo principal ante un control es que se dejen registros de las denuncias, especialmente anónimas, en que se indique una descripción de estas que permita entender la existencia de un indicio.

b. SCS Rol N° 36.630-2017⁸⁹. Este fallo es de luego de que el art. 85 del CPP fuera modificado por la Ley 20.931, con que basta un solo indicio, el que deberá ser “serio y objetivo”:

→ Corte acoge nulidad y extiende efectos al coimputado, estima que control de identidad fue ilegal, ya que la denuncia anónima justificaba la presencia policial en

⁸⁹ Ver también SCS Rol N° 38692-17; Rol N° 6067-18.

el lugar indicado pero agotándose en ello, no existía indicio alguno para iniciarlo, y una vez iniciado, la circunstancia de haber intentado esconder un bolso tipo banano, no justifica el inicio de dicho control policial.

Los policías poseen únicamente la denuncia (anónima), que se confirma sólo en la parte de la presencia del vehículo descrito, lo que no constituye en forma alguna un signo que permita sospechar la comisión de un delito -sea ya cometido o por cometer- al dar cuenta únicamente de la mera materialidad de la presencia de los imputados en el lugar. Por otra parte, la circunstancia que los acusados hayan intentado desprenderse de un banano una vez iniciada la diligencia que se cuestiona no valida el procedimiento iniciado al margen de las disposiciones legales, por lo que su ocurrencia carece de relevancia para los fines propuestos.

- c. SCS 7513-2018. Este fue un caso publicado en la prensa por La Tercera, cuestionando a la CS. La verdad es que este fallo, y otros similares, buscan elevar los estándares policiales, evitando abusos de su parte, especialmente en contra de los sectores más vulnerables.

- Hechos: al avistar a la policía, el acusado se ocultó tras unos matorrales, vestido con ropas oscuras, a las tres de la madrugada, en un sector residencial.

*“Cuarto: las circunstancias objetivas que se presentaron en este caso, a saber, la entrada a un pasaje y posterior ocultamiento de la policía, no son constitutivas de indicios vinculados con la comisión de algún injusto penal, sino que, por el contrario, pueden ser acciones naturales y esperables de la población en general ante la presencia policial, y que **pueden tener múltiples motivaciones**, desde la mera intención de no interactuar con carabineros, hasta la evasión de un conflicto menor. Así, el proceder del sentenciado se presenta como común, cuestión que queda en evidencia desde que, para fundar la diligencia en examen, debió interpretado por los policías como evasión para evitar el descubrimiento de una acción de carácter ilícito, **añadiendo una intención que no aparece en forma ostensible de la sola conducta, pasando a ser una estimación subjetiva**”.*

“Quinto: (...) En este contexto ha de precisarse que el único hecho cierto que motiva el control de identidad efectuado por la policía es que dos personas se encuentran vestidas con ropas oscuras lo hacen merodeando las proximidades de vehículos, hecho que no tiene la entidad de constituirse en un indicio que faculte a la policía a proceder como lo hizo, pues el apreciar a un sujeto vestido de oscuro en un lugar determinado carece de toda relevancia y no permite, sin otro elemento calificante –como serían elementos precisos referidos a la comisión de algún delito- proceder a efectuar la detención y registro de aquella persona”.

3. **Ley de tránsito y art. 85 del CPP (pluralidad de indicios).**

- a. SCS Rol N°40.045-2017:

→ El procedimiento se inicia por un control de identidad practicado fuera de los casos que permite la norma, por concurrir un solo indicio que, además, no cumple con la objetividad ni seriedad necesaria para poder restringir la libertad de un individuo. **El indicio para realizar el control del acusado fue la circunstancia de verlo a unos 50 metros aproximadamente, realizar una maniobra brusca mientras manejaba su camioneta al estacionarse, descendiendo rápidamente del vehículo y alejándose de la patrulla de carabineros.**

“(…) si un conductor trata de evadir un control vehicular, como ocurrió en la especie según dio por sentado el fallo, deteniéndose antes del sector de la vía en que éste se desarrolla y retirándose a pie del lugar, tal conducta, objetivamente sólo es indiciaria de que aquél incumple alguna de las obligaciones legales o reglamentarias que carabineros puede fiscalizar conforme al Art. 4° de la ley de Tránsito y que, de ser verificada, conllevará la comisión de una infracción o incluso de un delito -por ejemplo, de desempeñarse en estado de ebriedad en la conducción-, debiendo seguirse el procedimiento policial atinente al caso, amén de la eventual sanción correspondiente a la misma evasión de la fiscalización, como la prevista en los N°s. 6 y 36 del art. 200 de la Ley del Tránsito, pero no puede sin más esa conducta evasora estimarse también como un indicio objetivo de que mediante ella igualmente se busca ocultar la actual comisión de un delito consistente en una tenencia o transporte prohibido y sancionado penalmente que faculte para el registro total del vehículo más allá de lo indispensable para cumplir con la referida fiscalización”.

4. Art. 85 del CPP - Indicio serio y objetivo

a. SCS Rol N° 8167-2017. Traspaso de mano:

“... se advierten claros indicios que se estaba cometiendo un delito: el primero es que dos sujetos realizan un intercambio en la vía pública, la que es además catalogada por los funcionarios policiales como típico de la venta de droga; luego, uno de estos sujetos se guarda un objeto en su zona genital, lugar que de acuerdo a las máximas de la experiencia no es un lugar para guardar objetos, más si se está vestido con pantalones; para luego uno de estos sujetos caminar hacia calle Serrano para luego ser avistado sin compañía en la intersección de calle Serrano con Clave, a dos cuerdas del lugar, advirtiéndose así, que los funcionarios ven que luego de este intercambio los sujetos no continúan juntos, sino que se separan.”

“Noveno: Que en la especie se ha esgrimido como fundamento del control de identidad la apreciación de “un intercambio”, acción que recae en un objeto que no ven ni logran determinar su naturaleza, pero sin mayores argumentos le atribuyen a ese acto la calificación de “típica transacción de drogas”.

Se alza como segundo indicio la guarda de un objeto en la zona genital. Para el fallo, según las máximas de la experiencia, no es un lugar de guarda, especialmente respecto de quienes visten pantalones. **Tales comportamientos, desde una perspectiva ex**

ante, carecen de la relevancia asignada, toda vez que en ellos no se advierten elementos precisos referidos a la comisión de ilícito alguno.

b. SCS Rol N°8255-2018. Registro de vestimentas:

“En efecto, según expresa el funcionario policial que participó en ese procedimiento -conforme el audio reproducido en la audiencia y la transcripción de sus dichos que realiza la sentencia- recibieron un llamado al celular del cuadrante a las 4:20 de la madrugada, que les indicó que en la casa esquina del pasaje Los Rododendros, había música a alto volumen y encontraron a una persona afuera del domicilio, apoyado en el portón de ingreso, en evidente estado de ebriedad, por lo que, una vez constatado el estado en que se encontraba el infractor, carabineros únicamente debió haberlo amonestado o cursado una multa y en el evento que no cancelare el porcentaje correspondiente, haberlo citarlo al juzgado competente, pero lo anterior no podía derivar en un control de identidad del artículo 85 del Código Procesal Penal que autorizara el registro de sus vestimentas y pertenencias personales”.

c. SCS ROL 30159-2020. Presencia de olor a marihuana⁹⁰.

→ La Corte Suprema acoge recurso de nulidad en que se denuncia que se han vulnerado las garantías del recurrente, toda vez que fue sometido a control de identidad sin indicio objetivo y verificable, en virtud del cual se trasladó al controlado a la garita de Carabineros, lugar en que se registra su mochila y se encuentra la sustancia ilícita. En la especie, el recurrente es controlado porque un policía dijo percibir “olor a marihuana” cuando pasó cerca del recurrente, quien se encontraba en un paradero. Al respecto la Corte señaló:

- i. Tal como ya se ha sostenido previamente, el **“olor a marihuana” por sí no constituye indicio, toda vez que se trata de una afirmación subjetiva e imposible de verificar**. Es decir, tal circunstancia no alcanza el estándar exigido por el artículo 85 CPP, esto es: conducta determinada, concreta y objetiva que se comunica con la comisión de un delito;
- ii. Sobre las demás circunstancias a que se refiere el fallo impugnado para declarar legal el control de identidad -a saber: hora en que se producen los hechos, lugar, especialización del funcionario que percibió el olor-, la Corte las desestima por considerarlas, al igual que el “olor a marihuana”, **conjeturas que no alcanzan el estándar de “indicio” a que se refiere el ya citado artículo**;
- iii. Tampoco concurren en el caso alguna de las hipótesis descritas por la figura de la flagrancia, ya que, dado que no hubo indicio para proceder al control de identidad, toda medida restrictiva de derechos fundamentales que la siga será ilegal en tanto no cuente con autorización judicial.

En virtud de todo lo anterior, la Corte concluye que las actuaciones desplegadas por los funcionarios policiales fueron al margen de sus atribuciones, y que con ellas se vulneró el derecho del recurrente a un procedimiento racional y justo, circunstancia

⁹⁰ Ver también SCS Rol N°15.148-2018 y Rol N°2222-2019.

que se materializó cuando los jueces de fondo valoraron las probanzas producidas al margen de la ley. Se resuelve que se invalida la sentencia, el juicio oral y se reestablece la causa al estado de realizarse nuevo juicio oral con la exclusión del auto de apertura de toda la prueba producida.

→ El Ministro Sr. Valderrama concurre al acogimiento, teniendo únicamente presente que el control de identidad no puede ser estimado como legal por haberse llevado a efecto sin que los funcionarios policiales contaran con indicio alguno.

d. SCS 36477-2019. Dejar un banano en sector de tráfico:

→ No constituye indicio del artículo 85 CPP el olvido de un objeto, ni aún si esto se da en un sector asociado al tráfico de estupefacientes, por cuanto el control de identidad al que fue sometida la acusada se basa en un **trato arbitrariamente discriminatorio, ya que lo único objetivo que observan los policías al efectuar dicha actuación es a una persona que camina con un banano, entra a una ruca y sale sin él.**

→ La Corte Suprema acoge recurso de nulidad interpuesto por la defensa, puesto que considera que los policías han excedido los límites que impone el artículo 85 CPP al ejercicio del control de identidad. Lo anterior, puesto que: (1) No puede considerarse indicio el mero olvido de un objeto, ya que, esta es conducta habitual e inocua; (2) **El que dicha conducta inocua se despliegue en determinado sector de la ciudad, conocido por servir habitualmente para el tráfico de drogas, no hace de la conducta un indicio para realizar el control de identidad, toda vez que eso supondría un uso discriminatorio de la referida facultad.** En virtud de esto, la Corte entiende que se ha vulnerado ilegítimamente los derechos de la recurrente, declarando ilícita toda prueba proveniente del control de identidad. Por último, la sentencia señala que la vulneración de garantías se consumó cuando la Corte de Apelaciones valoró los antecedentes que ahora se declaran ilegales.

Clase 12 (13.10)

Diligencias de investigación

Clase realizada por la fiscal Carolina Suazo⁹¹

La mayoría de las causas (cerca del 90%) que conocen nuestros JG y TOP llegan a ellos por flagrancia, es decir, la policía ha llegado a detener al o les imputades en el momento de la comisión del delito o inmediatamente posterior a ella. Por esto, al estudiar las diligencias de investigación debemos partir por hacer una distinción:

⁹¹ Actualmente es fiscal especializada en delitos de crimen organizado, lavado de dinero, trata de personas, tráfico ilícito de migrantes, corrupción, etc.

a. Delito flagrante → Por ejemplo, un testigo ve a un sujeto asaltando a otra persona con un arma de fuego. En estos casos restarán pocas diligencias de investigación que realizar, el caso está prácticamente resuelto, porque no es necesario descubrir la identificación del imputado, la forma de comisión del delito o incluso las agravantes que pudieran proceder.

i. *Prueba testimonial*: es un tipo de prueba importantísimo, que en nuestro sistema penal se centra en la declaración de la víctima. Esto acarrea algunos problemas, pues si bien una víctima adulta sin temor a declarar no presentará inconvenientes, sí los habrá en el caso de NNA víctimas de delitos sexuales, o personas que puedan tener in *hándicap* que afecte su declaración, por lo que a veces esta enorme importancia y atención que se pone en la declaración de la víctima puede dificultar la investigación.

En la misma línea encontramos los casos de víctimas que han sido amenazadas, cuestión frecuente en causas relativas a crimen organizado, que no sólo está vinculado al narcotráfico, sino también a otros fenómenos colectivos, lo que hace muy difícil que un testigo esté dispuesto a declarar. Frente a ello, nuestro sistema ha establecido medidas de protección, aunque no en todos los casos son eficientes y eficaces. Si consideramos, además, cómo compatibilizar esto con el derecho a la defensa, la tarea no es tan simple.

Para hacer frente a esta dificultad, especialmente pensando en casos de NNA víctimas de delitos sexuales, se implementó la ley de entrevista videograbada (21.057). La verdad, no sabemos cómo funcionará su aplicación práctica, pero en las regiones piloto en que ya se ha implementado el sistema, se han encontrado una serie de inconvenientes en su utilización, sobre todo en contexto de pandemia. Por ejemplo, a pesar de que el proyecto inicial buscaba que se tratara de una entrevista única videograbada, hoy sólo se trata de una entrevista videograbada, pues en la actualidad la declaración de la víctima sigue siendo la reina de todas las pruebas, por lo que es posible que de todas formas se requiera la declaración como víctimas o testigos en el juicio oral (uno de los objetivos de la ley era evitar la victimización secundaria en NNA víctimas de delitos sexuales, lo que se amplió con posterioridad a NNA testigos o víctimas de otros delitos, pero en la práctica no funcionó que fuera entrevista *única* videograbada).

ii. *Prueba documental*. En el ejemplo dado del robo con violencia, podría ser necesario un certificado de atención médica o lesiones.

iii. *Diligencias*. Sólo en algunos casos serán necesarias, generalmente deberán realizarse rápidamente a partir de la fecha de comisión del delito.

iv. *Prueba pericial*. Siguiendo con el mismo ejemplo, podría ser necesaria la realización de un informe de lesiones u otro tipo, con la correspondiente declaración del perito en el juicio.

Respecto de la prueba pericial, es importante mantener presente que la prueba no es el informe, sino la declaración del o la perito. En razón de esto mismo, han

surgido inconvenientes en torno a solicitudes de meta peritajes, que básicamente son pericias que no cumplen con los requisitos de los art. 314 y ss CPP, en el sentido de que observen una persona o cosa, pues tienen por objeto otro informe pericial. Esta cuestión se ha discutido bastante, especialmente en APJO.

En suma, las diligencias de investigación en caso de flagrancia están vinculadas al resguardo del sitio del suceso o a diligencias autónomas que puede realizar la policía bajo la dirección de la fiscalía, por ejemplo, requerir la filmación de la central de la unidad operativa de la Dirección del Tránsito para obtener video del lugar y hora en que ocurrieron los hechos, o cualquier otra prueba que sea necesario conseguir inmediatamente.

→ Pensemos, por ejemplo, en una persona que es encontrada con armas de fuego y una cantidad importante de droga, de distintos tipos, cuestión que no deja lugar a dudas de que se trata de tráfico de drogas, por lo que se hace necesario solicitar entrada y registro al domicilio e incautación en las partes que puedan vincularse a esa persona.

- b. Delito no flagrante. Todo lo dicho hasta aquí cambia respecto de los delitos no flagrantes, pues tenemos el caso en que una persona -autora o participante en otra calidad- no ha sido descubierta en el momento inmediato de la comisión del ilícito, haciéndose necesario desplegar la actividad investigativa con la finalidad de establecer la existencia del hecho y la participación de alguna persona determinada en ellos.

→ Por ejemplo, una mujer es encontrada en el patio de un edificio, siendo posible verificar que se lanzó del 9° piso. Hasta ese punto caben distintas hipótesis: alguien la empujó, ella se lanzó, había o no más personas en el departamento, o incluso una hipótesis de homicidio calificado. Es ahí, entonces, que diferentes diligencias investigativas podrían ser solicitadas.

La primera gran definición frente a un delito no flagrante es que la policía investigue los hechos a través de brigadas especializadas, con el fin de saber qué fue lo que efectivamente ocurrió. Dependiendo del ilícito, se ordenarán diferentes diligencias investigativas, además del examen del lugar de los hechos y el levantamiento de la evidencia relevante, tareas en que será muy importante la agudeza de los investigadores respecto de lo que se encuentra en el lugar de los hechos.

→ Por ejemplo, en el caso de las autopsias que realiza el SML, siempre es relevante que el oficial de casos esté presente, porque incorporará información relevante proveniente del sitio del suceso; es esencial también revisar el legrado de las uñas, por si la víctima antes o en el momento de ser atacada intentó defenderse, etc.

→ Otro ejemplo, en una diligencia de entrada y registro en que se estuviera buscando documentos de relevancia → se encuentra un altar de brujería, que podría

parecer irrelevante, pero no lo es si la víctima del caso era amedrentada y amenazada por la imputada, quien le señalaba que era bruja y que no podría contar nada, porque tenía conocimiento de brujería, y podría hacerle daño a ella y a su familia. En un caso como este era importante, además, tener presente que tanto la víctima como la imputada eran migrantes dominicanas, país en que la brujería tiene una connotación completamente distinta a la que tenemos en Chile; similar situación se produce en Haití con el vudú. Factores como este han sido tan relevantes en casos de trata de personas que, por ejemplo, en España se han estudiado las amenazas vinculadas a estas prácticas y el qué implica para una víctima de ciertas nacionalidades una amenaza de este tipo.

Tenemos, entonces, que existe una serie de componentes que deben considerarse al decretar las diligencias de investigación, por más habituales que sean.

Así, surgen lo que se ha denominado técnicas especiales de investigación que, en general, se reservan para los delitos más graves, principalmente aquellos que llevan aparejada una pena de crimen⁹², con el requisito de que se trate de un grupo de personas que se encuentre preparando la comisión de un ilícito.

Antes de estas técnicas, existían ya antecedentes de normas procesales vinculadas a técnicas especiales de investigación, en materia de delitos sexuales. Lo mismo ocurrió en materia de trata de personas: cuando se incorporó este ilícito a nuestro sistema penal⁹³, se tomó de los instrumentos internacionales que lo regulaban -en particular la Convención de ONU sobre la Delincuencia Organizada Transnacional y sus protocolos contra la trata de personas y tráfico de inmigrantes por tierra, mar y aire- pero se mantuvo también la figura que existía con anterioridad a esa fecha, agregándose una serie de normas procesales que quedaron en el CP, como es la posibilidad de hacer uso de estas técnicas especiales de investigación.

¿Cuáles son esas técnicas? → La interceptación telefónica, la grabación de comunicaciones, la utilización de la técnica especial del agente encubierto (que, si bien existían, era en la Ley de Drogas -antigua 19.366- regulándose la técnica siempre con mención a la actual ley de Drogas -Ley 20.000- por lo tanto, esa es la materia en que con anterioridad se utilizaban las técnicas especiales de investigación).

- i. Interceptación de comunicaciones telefónicas.
- ii. Utilización del agente encubierto.
- iii. Utilización de entregas vigiladas.
- iv. Agentes informantes.

⁹² Su ámbito de procedencia ha variado con diversas modificaciones, la última, ampliando su aplicación en 2016.

⁹³ Ley 20.507.

- v. Fotografía en lugares que no son de libre acceso al público o privados derechamente.

Todas estas técnicas se pueden utilizar en los casos vinculados a la Ley de Tráfico de Drogas.

Técnicas especiales de investigación

El denominador común de todas estas técnicas especiales de investigación es la necesidad de contar con autorización del JG para la utilización de la técnica o medida intrusiva especial.

1. Interceptación telefónica:

- a. Es necesario conocer quién es el usuario del teléfono, en particular. En el caso del tráfico de drogas no es necesario el nombre, basta con un apodo o el núcleo; en otros delitos, como la trata de personas, sí es necesario vincular a una persona determinada al número de teléfono.
- b. Cuestiones de implementación:
 - i. Hallazgo casual → ¿qué ocurre en el evento de que, a propósito de la autorización judicial para interceptar medidas telefónicas desde un determinado teléfono, aparezca información acerca de otro delito? ¿es posible utilizar luego esa información? Existen una serie de cuestiones relativas a cómo se presenta con posterioridad ese medio de prueba, vinculado a qué.
 - ii. Encontramos la creencia de que si hay interceptación telefónica va a ser acotada a un periodo de tiempo, pero, francamente, eso no es así, generalmente los tiempos son extensos: las medidas se solicitan por 60 días, prorrogables dependiendo de si existen antecedentes para ello.

2. Agente encubierto: Consiste en que una persona se infiltre en un ambiente o lugar determinado, de tal forma de poder entregar información relevante para el esclarecimiento de los hechos.

En los casos de tráfico de drogas, ese agente encubierto se deberá infiltrar dentro de la organización criminal, pero las figuras son diversas y varían dependiendo del delito, por ejemplo, los agentes pueden operar por vía virtual, como en los casos vinculados a pornografía infantil; hay que adaptarse al fenómeno o delito que se está investigando. En el caso de trata de personas, el agente se va a vincular con las víctimas que se encuentran en situación de explotación, como trabajo sexual, servidumbre, etc.

Las dificultades prácticas de la implementación son importantes, siendo una de ellas el presupuesto del agente encubierto, ya que es un policía que se infiltra en organizaciones criminales, pero que requiere gastos normales. Por ejemplo, si se requiere un agente encubierto para la identificación de víctimas explotadas sexualmente, el agente tendrá los gastos que cualquier cliente de esas víctimas

tendría, esa es una de las grandes dificultades operativas de estos casos. De hecho, varias ONG se han encargado de apoyar y superar estas dificultades.

3. **Fotografía y filmación:** Lo relevante acá es que la autorización judicial no es necesaria en los lugares de libre acceso al público, pero sí lo es al momento de tratarse de lugares que son cerrados, de los que se requiere la filmación con la finalidad de obtener algún medio de prueba determinado.
4. **Entregas vigiladas:** Utilizada principalmente en tráfico de drogas, pero también se ha incorporado en materia de delitos sexuales, especialmente en casos de pornografía infantil, pensando en la implementación de otras técnicas como el agente encubierto, y en la fenomenología del delito, en que personas comparten material, por lo que había que abrir esta técnica de entregas vigiladas. Sin embargo, se utiliza menos en comparación a la interceptación telefónica y el agente encubierto.

En la práctica, su aplicación se da en delitos vinculados a material pornográfico infantil, permitiendo marcar dicho material, para que después pueda acreditarse el hecho y la participación de determinadas personas en él.

Para entender cómo se lleva esta técnica a la práctica es relevante identificar el delito de que se trate, porque claramente las entregas vigiladas en delitos de narcotráfico envolverán droga -real-, y es una técnica muy utilizada en ese contexto. Sin embargo, en otros delitos se dan dificultades, por ejemplo, en los casos de pornografía infantil la entrega no es de droga, sino de material pornográfico que envuelve a NNA que, cada vez que se distribuya podría afectarse la indemnidad sexual de los menores, dependiendo de cuándo se produjo o filmó el material y de una serie de otros factores. Sin duda, en estos casos existe una afectación, al menos a la dignidad e intimidad de los menores que aparecen en ese material, la que se incrementa a medida que este se difunde, por esto, utilizar entregas vigiladas en estos casos es complejo.

Frente a esto, lo que se hace es cambiar el código para hacerle seguimiento a ese material, que no es una entrega vigilada, pero viene a reemplazar esas dificultades que implica la aplicación de la entrega vigilada en concreto.

5. **Agentes informantes:** no solamente es que no sean policías, sino que normalmente los informantes son personas que, o han participado de otros ilícitos, o tienen algún grado de vinculación con el ilícito que se está investigando, lo que hace sumamente compleja la utilización de esta figura. En el año 2016 se habla de la posibilidad de utilizar otros informantes para delitos que no sean drogas, principalmente para la investigación de delitos vinculados al narcotráfico.

Preguntas

→ ¿En este caso los agentes encubiertos reciben capacitaciones? ¿En qué medida la Fiscalía interviene en esta puesta en escena o en las directrices de cómo debe infiltrarse?

Los agentes encubiertos son policías que han recibido capacitación específica para el delito que investigan para poder llevar a cabo esta labor, porque cualquier error que puedan cometer no perjudica solamente la investigación, sino que puede afectar su propia integridad física o

psíquica. En tráfico de drogas hay más especialización, porque lleva más tiempo aplicándose, pero en el tráfico de personas ha sido más difícil la implementación y también porque aquí en el tráfico de drogas no hay víctimas en general, porque el bien jurídico protegido es la salud pública, pero en el caso de trata de personas sí hay víctimas individualizadas, víctimas que están siendo trasladadas para ser sometidas a una situación de explotación, entonces el panorama sin duda que cambia. Y una de las dudas que se hace en las capacitaciones es ¿cómo es posible que se infiltre un policía en un prostíbulo? Hay formas, porque obviamente lo que se intenta es resguardar la integridad de las víctimas, evitando que el agente encubierto cometa delito y que tampoco contribuya a la explotación sexual que está sufriendo esa víctima. Entonces ellos y ellas son capacitados para obtener la información que requieran. Existe la posibilidad de crear historias ficticias con la finalidad de que no existan sospechas acerca de si se trata de un policía.

Aquí hay una diferencia importante con el agente encubierto y el informante. El agente siempre es un policía, el informante es un sujeto que no es policía y que está colaborando en la investigación, y que va en la mayoría de los casos persigue una ventaja procesal de los aportes que pueda entregar. Son técnicas que tienen que estar permanentemente monitoreadas para que realmente pueda ser una técnica eficiente y eficaz.

→ *¿Cómo funciona y hasta qué punto va a estar legitimado cuando agentes de carabineros se infiltran en las manifestaciones? ¿Con qué fines y qué opera en ese ámbito?*

El requisito común para la utilización de estas técnicas (exceptuando la Ley de Drogas) es que en todos los casos se requiere una autorización judicial, la que debe estar suficientemente fundada, para ello, se debe cumplir con requisitos especiales y con la necesidad de la técnica. En este caso en particular, deben existir sospechas fundadas. Ese es el estándar para la utilización de la técnica que, además, está reservada para ciertos delitos; en el caso de las manifestaciones, salvo que se esté llevando a cabo un delito vinculado o que tenga pena de crimen, no existe posibilidad de utilizar esa técnica, al menos de acuerdo con las normas del CPP, salvo en los delitos que específicamente se autoriza la técnica del agente encubierto (que son los que se encuentran señalados en el CPP y que se amplió respecto a delitos de robo, por ejemplo; siempre vinculados a otros requisitos que son bastante estrictos en términos que se necesita que no actúe una persona sola). Por eso, en el contexto descrito esta técnica no sería aplicable, porque no cumpliría con los requisitos formales para solicitar un agente encubierto, salvo que vaya una persona que está siendo investigada por un delito en que sí se puede solicitar esta técnica.

Finalmente, todas estas técnicas especiales implican una grave afectación de garantías y derechos constitucionales, entonces los requisitos para solicitar y obtenerlas son bastante exigentes.

→ *¿Cómo funcionan, en la práctica, estas técnicas en relación al respeto a las garantías? Pienso, por ejemplo, en la tensión que existiría entre la interceptación de llamadas telefónicas y la vida privada de las personas, que está en el art. 19 N°4 CPR. ¿Cómo*

funcionan en la práctica y en relación con la exclusión de la prueba ilícita y la relación con el JG? ¿Hay muchos casos en que las pruebas que se tienen no llegan a buen puerto porque ocurren cosas entre medio?

Es una muy interesante pregunta y hay varios artículos recientes en la materia. Lo referido en la pregunta es el choque permanente: cualquier investigación penal va a infringir derechos y garantías fundamentales, así como lo hizo la comisión del delito. La colisión siempre está presente, la cuestión es qué garantía es más importante; los límites y el control son relevantes en esto, especialmente el control por parte del JG que debe velar por el respeto y cumplimiento de los derechos y garantías de los intervinientes, debiendo ponderar en cada caso si amerita o no la intromisión en la vida privada de una persona. Además de ese límite, el legislador teniendo ha previsto la imposibilidad de implementación de interceptaciones telefónicas entre el imputado y su abogado, por ejemplo, que es un límite relevante desde el punto de vista procesal para evitar la utilización de esta técnica. → ¿Cómo funciona en la práctica esta prohibición? Cuando se autoriza una interceptación telefónica parece ser que se pudiera ir seleccionando y que habría una persona permanentemente con audífonos escuchando, pero eso es imposible: la cantidad de teléfonos que se interceptan diariamente en Chile, especialmente vinculados a tráfico de drogas, impide que haya una escucha permanente y un funcionario escuchando de manera permanente qué es lo que ocurre, salvo casos extraordinarios en que se conoce que algo va a ocurrir. Eso implica que se graba todo, por eso la prohibición de utilización de comunicaciones entre el imputado y su defensor -que es especialmente importante en esta materia- es respecto de la utilización, porque sería demasiado difícil identificar los casos en que el imputado está hablando con su abogado, más si quien está escuchando no puede decir que es su defensor. Entonces lo que ya se ha resuelto -y hay jurisprudencia bastante clara- es que la prohibición es de utilización. Existe otra jurisprudencia relevante en que se indica que esa prohibición es del imputado con su defensa penal, y no con otros abogados que pueda tener en sede de familia, civil o en otros ámbitos, sino que dice relación con su defensor en el ámbito penal. Como ya vimos, en la materia hay una gran cantidad de discusiones.

Caso para la clase

→ Los hechos:

Un sujeto consumidor de droga, luego de ir a la casa de un vecino a drogarse, se apropió de una tarjeta de memoria que encontró botada en el piso.

Al intentar borrar el contenido de la tarjeta con la finalidad de venderla y comprar más droga, encontró un video donde aparecía su vecino agrediendo sexualmente a una niña además de otros videos con material pornográfico infantil.

Decidió entregarle la tarjeta a un profesor y éste a la directora de un jardín infantil quien finalmente hizo la denuncia.

En la audiencia de control de detención la defensa solicitó nulidad de la orden verbal de detención y de entrada registro e incautación, por haberse obtenido la información de la tarjeta a través de la comisión de un delito.

→ ¿Es ilegal la orden de detención y de entrada, registro e incautación?

→ ¿Es ilícita la prueba⁹⁴ obtenida desde la tarjeta de memoria?

¿La comisión de una ilegalidad afecta la información obtenida o producida posteriormente?

La jurisprudencia norteamericana ha tenido mucha influencia a la hora de plantear la doctrina del fruto del árbol envenenado, pero se le han puesto ciertos límites, uno de los cuales es el principio del vínculo atenuado, por ejemplo: detención de una persona, producto de esta se detiene a una segunda y después a una tercera persona. Esta última persona, detenida de forma ilegal, decide testificar (con cumplimiento de las garantías legales) y reconoce la existencia de los hechos. Con esto, el vínculo es tan lejano a la ilicitud original, que no estaría afectada.

Otro límite es la regla del descubrimiento inevitable, y la doctrina de la fuente independiente (si efectivamente se habría podido tener la información de otra fuente que nada tiene que ver con aquella prueba que fue obtenida de forma ilícita).

→ ¿En qué oportunidades procesales es posible plantear la discusión?

Para el caso, ¿Qué se habría aplicado para resolver la solicitud de la defensa respecto a la ilicitud de la orden de detención, y de entrada, registro e incautación?

- Las hipótesis de flagrancia son aquellas establecidas en el Código y no hay más, por lo que en caso no habría (art. 130 CPP).
- Respecto a la obligación de denunciar, si existen personas obligadas a ello (art. 175 CPP), de no hacerlo pueden cometer una infracción. En este caso no había obligación, porque no estaba dentro de los supuestos del artículo 175.

El tribunal indica que, respecto a la nulidad de las órdenes, las normas de la ilegalidad de la detención contenidas en los artículos 276 y ss CPP son normas establecidas para el persecutor penal, esto es, para la fiscalía, quien tiene la obligación de sustentar una sentencia condenatoria en virtud de pruebas obtenidas con respeto a la normativa del CPP. Como se ha señalado en otros fallos, el único ente que puede infringir garantías constitucionales son la fiscalía y policías, a través de las respectivas autorizaciones que entrega el tribunal en virtud de las investigaciones que está realizando. En el caso en concreto, la prueba de donde se

⁹⁴ Prueba ilícita, es aquella que se obtuvo o producida por infracción a derechos fundamentales o garantías constitucionales de carácter procesal.

obtienen las imágenes, en que se funda el inicio de la investigación, son obtenidas por un ente que no ha sido mandado ni pertenece a la fiscalía ni a un órgano de persecución penal, sino que ha sido por un ciudadano común y corriente que, cometiendo un delito diverso a este, se encuentra con las imágenes, y en un deber de índole moral, la entrega a otra con mayores aptitudes o credibilidad para formular la denuncia. Esto escapa a la actuación del MP en orden a las posibilidades que tiene de investigación, y frente a la denuncia **está obligado a investigar**. Por tanto, la forma de obtener la prueba, en este caso, no le compete al ministerio público.

Cabe tener presente que todas las personas pueden vulnerar garantías constitucionales, pero el tribunal se refiere a la exigencia para cumplir los requisitos procesales para la vulneración de esas garantías.

→ ¿Cuáles son los derechos en juego? La defensa indica que se hurtó la tarjeta, es decir, el derecho de propiedad de esa tarjeta se vio violado; y, por otra parte, el derecho de la indemnidad sexual de la niña. La resolución no toca el tema de esta colisión de derechos, pero se entiende que el derecho de propiedad difiere de la indemnidad sexual de la víctima, considerando además el interés superior de la niña, es lo que finalmente permite al tribunal decidir.

Para decidir el caso se tienen en cuenta dos aspectos que implican la inexistencia de la ilegalidad:

- a. Generalmente, en casos vinculados a delitos sexuales, cuando se obtiene información desde aparatos propiedad del imputado, no es posible exigir a una persona que no forma parte de ninguna institución encargada de la persecución penal, estándares y cumplimientos de normas de quienes sí lo son.
- b. Además, esto es causal, no había antecedentes anteriores respecto a la conducta sexual del imputado.

Respecto a la aplicación del artículo 236 del CPP, cabe mencionar que éste es muy utilizado, ya sea por la urgencia o el tipo de delito, teniendo en cuenta que si el afectado tuviera conocimiento, no funcionaría efectivamente, frustrándose la diligencia. Es una idea general en los tribunales este aspecto.

En el caso, en sede de audiencia de control de detención, como se indicó, fue rechazada la posición de la defensa. En la audiencia de preparación de juicio oral fue descartado, y ya en el juicio oral, la prueba era tan abundante, más allá de la prueba obtenida originalmente en la tarjeta, que no se acogió el recurso de nulidad presentado en la defensa.

Respecto al hallazgo causal cabe hacer una distinción, ya que cuando se ha tenido sospechas o noticias de la comisión de un delito, por ejemplo, respecto a una persona que sabe que otra ha sido abusada y busca material, se debió realizar la denuncia y no obtener pruebas por su

propia cuenta. A diferencia del caso donde la prueba se obtuvo causalmente sin tener noticias anteriores de un posible ilícito.

Clase 13 (15.10)

Control de identidad

Clase realizada por el profesor Mauricio Duce

Una aproximación empírica y evaluativa a su uso

El origen del control de identidad se ubica antes de la dictación del actual CPP, y se encuentra vinculado a la derogación de la detención por sospecha, que fue una conquista democrática; sin embargo, al momento de derogarse Carabineros hizo un fuerte lobby en el congreso, que resultó en la incorporación del control de identidad en el art. 85 del actual CPP.

Sin duda, es una de las instituciones más discutidas de nuestro sistema procesal penal, teniendo al menos 4 reformas⁹⁵, y existiendo al menos 10 proyectos de modificación que no prosperaron. A grandes rasgos, el profesor caracterizaría estos movimientos en dos aspectos: por una parte, el legislador ha ampliado las facultades de control de las policías por vía de crear nuevas figuras que han ido ampliando progresivamente el art. 85 CPP original, por otra, se han ampliado también los poderes que entrega el control de identidad; además, desde el 2016 tenemos además los controles preventivos de identidad.

En la actualidad podemos encontrar tres tipos de controles de identidad:

1. **Art. 85 CPP: Control de identidad a secas.** Existe un conjunto de hipótesis o supuestos en que se permite a la policía investigar. Por ejemplo, cuando hay un indicio de que alguien se apresta a cometer un delito o tiene información sobre un delito, los encapuchados o embozados para ocultar su identidad. La ley no establece límites de edad, y permite solicitar la identificación, realizar un registro (equipaje, vestimenta o vehículo), revisar si hay órdenes de detención pendientes (y poder detener si hay una), y además, permite detener si se identifica una situación de flagrancia. Todo el proceso puede durar hasta 8 horas, es decir, es de corto plazo.
2. **Art. 12 Ley N°20.931⁹⁶: Control de identidad preventivo** (vigente desde julio 2016). Este control permite a la policía controlar a cualquier persona mayor de 18 años que se encuentre en la vía pública o en lugar privado de acceso público. En cuanto a las facultades, se permite a las policías controlar la identidad, es decir, exigir la identificación, sin facultades de registro y disponiendo de una hora para la realización del

⁹⁵ Leyes N°19.789 (enero 2002); N°19.942 (abril 2004); N°20.253 (marzo 2008) y N°20.931 (julio 2016).

⁹⁶ Conocida como Ley de Agenda Corta Anti-delincuencia.

control. Si existen dudas sobre la mayoría de edad de la persona, se tomará como menor de edad.

3. **Art. 21 inc. 4° Ley N°19.327** (junio 2015). Este control es una perfecta mezcla entre los anteriores, porque entrega a las policías todas las facultades del control del art. 85 CPP, pero en una hipótesis similar a la del control preventivo: puede realizarse control en recintos deportivos y sus inmediaciones (perímetro de 1km), desde una hora antes, durante y hasta 3 horas después del término de partidos de fútbol, a quienes se encuentren en las áreas mencionadas.

En la práctica, tenemos importantes problemas en lo que respecta a los controles de identidad:

1. Las autoridades policiales y civiles no han hecho evaluaciones ni diagnósticos oficiales. En la Agenda Corta Anti delincuencia, uno de los deberes contemplados era transparentar información de manera trimestral, pero hay un problema de incumplimiento de la ley, en espíritu y de manera concreta.
2. Precariedad de las estadísticas publicadas (obligaciones Ley N°20.931 no cumplidas por autoridades).
3. Carabineros (en 2019 la PDI realizó sólo 1% de los controles preventivos).

Acceso a datos básicos

Dada la escasez de datos, el profesor señala que realizó solicitudes de datos el 04/07/2017 a través del portal del Consejo para la Transparencia, la cual demoró, teniendo que interponer distintos recursos:

- Consejo para la Transparencia: Amparo Rol C-2932-17, de 29 de enero de 2018.
- CA de Santiago: Rol N°56-2018, de 25 de julio de 2018
- Corte Suprema: Rol N°18.779-2018, de 04 de octubre de 2018.

La base de datos fue entregada, finalmente, en enero del 2019. La exposición que sigue se realiza en base a estos datos.

¿Cómo operan en la práctica los controles de identidad?

Tipo de control ⁹⁷	N° (%) 2017	N° (%) 2018	N° (%) 2019
Art. 85 CPP	399.713 (12,52%)	423.008 (8,78%)	312.737 (5,80%)
Preventivo	2.791.715 (87,47%)	4.395.066 (91,21%)	5.077.504 (94,19%)
Total	3.191.428 (100%)	4.818.074 (100%)	5.390.24100%)

*Base: promedio años 2011-2015 = 2.010.248

Como podemos ver, el promedio de casos antes de la introducción del control preventivo era de alrededor de 2 millones, que ya era una cifra bastante alta, pero la situación explotó desde

⁹⁷ Cabe mencionar que carabineros no desagrega los controles realizados en estadios, pero el número era relativamente bajo.

que estipulan los controles preventivos. Desde el 2017 se produce un gran salto, pues de los 2 millones pasamos a superar los 5 millones de controles de identidad, pudiendo observarse, además, que han disminuido los controles por art. 85 y han aumentado exponencialmente los controles preventivos.

Base de datos de un período intermedio entre el año 2017-2018

Tipo de control	N°	%
Art. 85 CPP	394.492	10,9%
Preventivo	3.236.444	89,1%
Total	3.630.936	100%

Encontramos diferentes hallazgos:

- Incremento significativo del control de identidad, de un 69% entre 2017 y 2019.
- Fuerte desplazamiento de art. 85 CPP a controles preventivos (evolución clara: 12,5%; 8,8%; y 5,8%) e incluso disminución en número absoluto 2019 vs 2017.

¿Qué significa esto? → Se usará una medida para comparar internacionalmente. El año 2015 nosotros hacíamos 106 controles de identidad por cada mil habitantes, y el 2019 ese número llega a 282, es decir, 28 de cada 100 personas son controladas al año en Chile.

Veamos la comparación con otras jurisdicciones:

Jurisdicción	Año	Tasa (x cada 1.000 habitantes)
Chile	2019	282,1
Inglaterra y Gales	2018-2019	7
Escocia	2018-2019	6,6
Ciudad de Nueva York	2019	1,6
España	2015	141

Como pueden ver, los datos son significativos. La situación del uso de estas facultades es completamente anómala en comparación a jurisdicciones internacionales, específicamente de países a los cuales aspiraríamos, por ejemplo, Nueva York -que es de las ciudades más duras- sólo llega a 1,6; en Chile, entonces, hacemos 200 veces más controles.

Lo que ha sucedido en estas jurisdicciones es que en los años 2010-2011 hacían más controles que actualmente -aunque todavía muchos menos que en Chile- pero desde esa época en estos países ha habido una fuerte litigación a nivel constitucional, en el caso de NY en Cortes Federales, y en el caso europeo en la Corte Europea de DDHH; el resultado ha versado sobre la inconveniencia de utilizar estas facultades tan ampliamente, lo que ha llevado a que se redujeran los números.

- Reducción:

- i. Inglaterra y Gales: 23 (2010);
 - ii. Escocia: 64 (2010);
 - iii. NY: 82 (2011);
 - iv. España: 190 (2008).
- b. Ciudad NY: Caso Floyd v. NY (959 F. Supp. 2d 540 (2013)).
- c. Corte Europea DDHH: (ojo: Francia y España pendiente desde 2017).
 - i. Gillan/Quinton v. UK (2010). Terrorist Act 2.000 → autorización previa de la autoridad policial, ratificada por secretario de estado, en lugares públicos específicos, tiempo acotado, con el propósito de prevenir terrorismo y sujeta a control anual por revisor independiente.
 - Impacto en año de mayor uso 117 mil 2008.
 - Ojo, casos menos de ½ hora.
 - ii. Beghal v. UK. Terrorist Act 2.000 (modificada 2014) → en puertos y aeropuertos; facultad permanente parar y registrar; objetivo prevenir amenazas terroristas, control reviso independiente.
 - Ojo caso menos de ½ hora.

En el caso chileno, lo interesante es que hemos tenido los mismos cuestionamientos, por parte de los mismos organismos, por ejemplo, cuando se discutió el establecimiento de los controles preventivos, o luego, post estallido social, al darse a conocer todos los informes de DDHH indicando dentro de las prácticas problemáticas se encontraba el uso excesivo de los controles de identidad por parte de carabineros.

Casos nacionales

1. Unicef: niños y jóvenes / INDH
2. Maina Kai: relator especial ONU, sobre libertad de reunión y asociación, 09/2015.
3. Edison Lanza: relator especial para la libertad de expresión, Comisión Interamericana DD. HH, 04/2017.
4. En la práctica (contexto estallido) informes HRW, ACNU, INDH 2019.

Corte interamericana

Hay dos casos de la Corte Interamericana en que, al menos, se señala que el uso de facultades discrecionales amplias es contrario a las normas internacionales que garantizan derechos fundamentales.

1. Fernández Prieto y Tumbeiro vs. Argentina, 1 de septiembre de 2020.
2. Acosta Martínez y otro vs. Argentina, 31 de agosto de 2020.

Así, a pesar de que la tendencia en el mundo civilizado es que el control vaya a la baja, en Chile vamos al alza.

→ ¿A quiénes se controla? (2017-2018)

	Hombres	Mujeres
N° y %	2.952.194 (81,3%)	679.752 (18,7%)
Tasa x 1.000	343	75,7

Hombres de edad	N° controles	Tasa x 1.000
20-29 años	976.753	675
30-39 años	769.993	620

Como podemos ver, los controles están fuertemente focalizados en hombres, pero no en todos los hombres por igual: a quienes más se controla es a hombres jóvenes, controlándose a 67 de cada 100 (pareciera que estar viejo es suficiente razón para no ser controlado). Este número corresponde a cifras de entre 2017 y 2018, periodo en que había cerca de 50% menos de controles de identidad que en 2019, por lo que, si se agregara el 2019, probablemente tendríamos que 99 de cada 100 jóvenes son controlados, aunque probablemente si hacemos la encuesta en este curso el resultado no sea ese, porque el control no se distribuye democráticamente.

→ ¿Quiénes son, en concreto, los controlados?

- Sabemos que hay un 2% de la base de datos que fueron extranjeros, pero hay muchas cosas que no sabemos.
- No tenemos nombre, RUT, comuna de domicilio, ni raza/etnia/color/características físicas centrales de los controlados.

Carabineros no registra nada de esto, hay cuestiones que por temas personales no se pueden registrar, pero normalmente -y es lo que ocurre en el ámbito internacional- sí hay datos detallados sobre las comunas y razas.

El dato que sí tenemos es la unidad que practicó el control, pudiendo atribuir los controles a las comunas donde se realizó el control, pero ello no quiere decir que haya controlado a gente de esa comuna. Hay un 11% de carabineros que realizan controles de identidad que no están adscritos a su comuna. Así que esto tiene límites para su evaluación.

¿Cómo se hacen los controles?

Este es el punto ciego más grande que tenemos en la materia, pues no existen datos de los elementos relevantes para hacer un juicio al respecto:

1. Hora de inicio y término del control.
2. Lugar donde se inicia y se concluye el control. Solo sabemos la unidad que realizó, de lo que podemos conocer la comuna, pero no sabemos nada de traslados (control que inicia en un lugar y concluye en otro).
3. En casos de indicio, descripción del mismo (vgr. NYACLU, 2019). No se registra porque en la actualidad los controles de identidad se ingresan en una especie de celular, que solo permite apretar botones, sin que aparezcan los campos relevantes. Así, se impide o, a lo menos, dificulta que los ciudadanos puedan hacer un control; en el sistema de la policía de NY, por el contrario, sí debe darse cuenta de los indicios, por ejemplo, que la persona portaba un arma.
4. En casos de registro, descripción de lo realizado.
5. Incautaciones: drogas, armas, otros (cantidad y tipo).
6. Si hay detención, causal y delito imputado.
7. Si hay orden vigente, tipo y resultado (detenido o no).

Todo esto, a la vez que los informes de DDHH señalan que la forma en que se realizan los controles es parte del problema, es decir, se trata de información relevante, a la que deberíamos tener acceso, pero no lo tenemos, estadísticamente hablando.

Eficacia: Órdenes pendientes y detenciones

Eficacia

→ ¿Qué se debe entender por eficacia?

Los objetivos que se perseguían con el control de detención, y que justificaban su instauración, era que existían muchas personas con órdenes de detención pendiente, por lo que era necesario entregar a las policías herramientas para identificar a estas personas, realizar más detenciones, y contribuir a la seguridad pública.

La pregunta relevante, entonces, es ¿cuántas órdenes de detención pendientes hay que se captan con controles de identidad, y cuántos controles de identidad se han hecho?

Tasa de eficacia global 2017-2018

Tipos de control	%
Art. 85 CPP	6,38%
Preventivo	3,52%
Total	3,83%

La tasa de eficacia global es de 3,8%, es decir, cada 100 controles, en menos de 4 personas existe orden de detención, habiendo una gran diferencia entre la efectividad de los controles del art. 85 y los controles preventivos, que son los que más abundan hoy en día, existiendo ahí la paradoja. Los controles más eficientes son los que hoy en día hacemos menos.

Llevado a otro número, cada 26 controles, en promedio, detectamos a una persona que tiene una orden de detención o la detenemos, pero si esa información desagregamos, en el caso del art. 85 solo necesito hacerlo cada 15 personas, en cambio en el caso del control preventivo hay que controlar casi al doble de personas.

Ahora vamos a desagregar las dos cosas, veamos sólo las órdenes de detención, y sólo las detenciones.

→ Órdenes de detención vigentes 2017-2018

Tipo de control	N°	%
Art. 85 CPP	15.943	4,04%
Preventivo	80.375	2,48%
Total	96.318	2,65%

La tasa total de eficacia baja a 2,6%, pero nuevamente hay un notable rendimiento mayor del art. 85 por sobre los del control preventivo. Si solo hiciéramos ese tipo de control, ¿Cuántos controles habríamos necesitado para lograr el mismo resultado? Hay una diferencia de más de 1 millón:

1 orden x cada 24,74 controles art. 85 CPP → 2.391.863 controles

1 orden x cada 40,08 controles preventivos → 3.874.934 controles

→ 29,96% concluye con detención. Sólo el 30% que tiene órdenes de detención termina efectivamente con detención, es decir, que hay un 70% que queda libre, ¿por qué no se le detiene? Hay varias hipótesis:

1. Problemas de registro.
2. Se registra como orden de detención cuestiones que no eran órdenes de detención.
3. Hay órdenes pendientes, pero cuando se verifican estaban caducadas.

En opinión del profesor Duce, es probable que ocurran los 3 problemas, por lo que los porcentajes, serían aún más bajos.

→ Controles con “antecedentes”

Año	Tipo	N°	%
Base de datos 2017-2018	Art. 85 CPP	225.766	57%
	Preventivos	1.654.338	51%
2018	Art. 85	178.819	42,27%
	Preventivos	1.708.049	38,86%
2019	Art. 85 CPP	113.447	36,27%
	Preventivos	1.692.449	33,33%

Esto se impone como un indicador de éxito en los medios, cuando en realidad, en opinión del profesor, es un indicador más bien de lo contrario, porque con antecedentes puede

considerarse incluso una persona que se le haya hecho un control de identidad, lo que podría ser un indicador más de la forma discriminatoria en que se utilizan estos controles.

Vamos ahora a las detenciones por separado.

→ Detenciones: histórico 2017-2019

Tipo de control	Nº	%
Art. 85 CPP	58.279	5,13%
Preventivo	261.064	2,12%
Total	319.343	2,38%

1 detención x cada 19,5 controles art. 85 CPP → 6,2 millones de controles

1 detención x cada 47,1 controles preventivos → 15 millones de controles

En este caso la diferencia entre el rendimiento del art.85 y el de los controles preventivos es radical, mostrando más del doble de eficiencia (2,12, vs 5,13). Si tomamos los 3 años, se hubieran necesitado más de 6 millones de controles, en cambio, para el preventivo requiero más de 15, lo que representa miles de horas de policía desperdiciadas en actividades inconducentes.

Nuevamente, hay que recordar que esto está desagregado por año, y en el tiempo la brecha de eficacia ha ido aumentando, hasta el punto de que para el año 2019 la eficacia del art. 85, en términos de conducir a detención, es de más de tres veces la del control preventivo.

→ ¿Qué tan efectivas han sido las modificaciones introducidas en el año 2016 en aumentar la capacidad de detención a personas con órdenes de detención pendientes?

El profesor Duce tuvo la oportunidad de presentar estos datos en la Cámara de Diputados, y relata que le habrían refutado que claro, él podría tener razón, efectivamente los controles del art. 85 son mejores, pero esa no sería la forma correcta de medir la eficacia, porque los controles preventivos habrían permitido disminuir el delito; todo esto, sin antecedente empírico alguno.

¿Qué es lo que evoca la literatura comparada? Un ejemplo de muy buen texto es “Proactive Policing” que indica que, por lo general, actividades análogas al control de identidad tienen una escasa o nula posibilidad de tener impacto en la disminución o prevención del delito; sólo tienen impacto en experiencias específicas asociadas a territorios, por períodos cortos de tiempo y con objetivos muy específicos, por ejemplo: detección de personas con armas de fuego en el Barrio Bellavista, en un caso como ese se puede tener un impacto, pero luego esto se difumina en el tiempo y por territorio. No hay evidencia que respalde la afirmación de que los controles sirvan para estos objetivos generales.

Es por todo esto que el profesor ha hecho el esfuerzo de recopilar datos en la materia. En principio, buscaba evaluar si los controles han servido para aumentar la efectividad en

detenciones policiales, para lo que se estudio la detención, la derivación al MP, y luego cuáles de ellos correspondían a controles de detención.

Efectivamente han aumentado las aprehensiones en el período, subiendo en un 9% desde el 2014 al 2019. Es un incremento modesto, considerando que aumentaron en 50% las detenciones. Los casos que fueron derivados al MP solo incrementaron en un 3,8%, entonces lo que ha aumentado son los casos no penales. En los casos que terminan en audiencia de control de detención, el aumento es mucho más modesto (2,5%). Esto tiende a reforzar la idea de que esta herramienta se utiliza con propósitos distintos a la eficacia que usualmente se le atribuye.

Como los resultados eran muy modestos, se separaron los delitos “en serio”, es decir, las seis o siete categorías de mayor connotación social. En ambas categorías, el año 2019 estamos deteniendo un 7,5 y 7,3 menos de personas, es decir, desde la reforma se realizan menos detenciones relacionadas a estos delitos.

Las cifras del MP muestran que la comisión de estos delitos aumentó en un 11% al 2019, en casos de delitos con imputado conocido un 7,5%, y en delitos de mayor connotación social incrementó en un 3%. Es decir, la baja en las detenciones de delitos de mayor connotación social se ha producido habiendo habido un alza en la comisión de dichos delitos. Esto no es una explicación, es decir, la policía cambió el foco y los controles preventivos solo se dedican al control social puro y duro.

¿Se usan discriminatoriamente?

Este fue, luego de la eficacia, el segundo tema que interesó estudiar. Es un tema que se ha discutido en todas partes del mundo.

Uno de los aspectos comunes en evidencia comparada es el uso discriminatorio de los controles de identidad contra minorías y grupos vulnerables. Al crearse estos controles, uno de los grandes debates fue el impacto que podría tener en estos grupos la idea de la “sospecha” que envuelven estas prácticas. En este aspecto, la evidencia anecdótica que tenemos es el Informe hecho por Irarrázaval y los Informes del INDH.

La verdad es que para hacer juicios más finos requeriríamos de mayor información, como, por ejemplo, las características de estas personas; en Chile tenemos grandes dificultades para lograr hacer juicios más certeros, pero a pesar de esto, Carabineros sostiene que ellos no discriminan. Así lo ha mencionado en la presentación a la Comisión Seguridad Ciudadana, Cámara de Diputados mayo 2019, usando dos variables: correlación de población y controles (p. 11) y el foco de los lugares con mayores probabilidades de delito (p. 12). Sin embargo, no es posible concluir esto a partir de los datos, nuevamente, lo que tenemos es un juicio u opinión sin evidencia empírica.

Ejercicio: “Discriminación estadística”

Supuesto → Carabineros sostiene que *“La gran mayoría de controles preventivos se desarrollan en los lugares donde se predice por modelamiento matemático respecto de la ocurrencia de robos”*

Sostienen que focalizan los controles para maximizar la eficiencia de los mismos, es decir, dirigen los controles a los lugares en que van a obtener más resultados.

Lo que dice este indicador de discriminación estadística, que se basa en un modelo de elección racional en que se asume que las personas tendemos a maximizar resultados, es que lo que debiéramos estudiar para evaluar cuándo un control de identidad es discriminatorio o no, son los resultados, la tasa de eficacia, porque a largo plazo, cuando uno tiene dos grupos claramente identificables de personas, con el transcurso del tiempo podremos ver que las tasas de eficacias, deberían, ser más o menos parejas, porque se debieran pasar más recursos al grupo más eficaz, equilibrándose en el tiempo. Si en dos grupos tengo diferencias importantes en la tasa de eficacia, es que hay razones más allá del resultado que explican por qué estamos realizando controles a ese grupo, eso es lo que se llama discriminación estadística.

Ahora, obviamente esto tiene deficiencias y existen problemas estadísticos con este indicador, hay varios límites, pero es lo que hay y nos sirve para tener una primera pista.

Con esto en mente, el profesor puso a correr este indicador. La primera aplicación fue en chilenos contra extranjeros:

Categoría	Tasa de eficacia
Chilenos	3,78%
Extranjeros	1,76%
Diferencia pp. Y %	2,11 (119,88%)

Lo que nos determinó el indicador es que hay una diferencia en la tasa de eficacia en contra de los extranjeros, por tanto, hay discriminación estadística en contra de los extranjeros. Hay una focalización de recursos.

Hombres vs mujeres: también, un poco menos, pero diferencia entre 1 punto.

Categoría	Tasa de eficacia
Hombre	4,01%
Mujer	3,03%
Diferencia pp. Y %	0,97 (32,34%)

Sin dudas, lo más interesante era aplicar el indicador según estatus socioeconómico, pero también lo más difícil y desafiante. Lo que se hizo fue tomar el 10% de las comunas más pobres contra el 10% de las comunas más ricas, luego el 20% y el 30%, pues la intuición que se tenía era que mientras más extremos los grupos, mayor debía ser la diferencia.

Comunas total	+ Recursos	- Recursos	Diferencia pp. Y %
10%	4,13%	3,18%	0,95 (29,87%)
20%	3,89%	2,89%	1 (34,6%)
30%	2,89%	3,13%	0,63 (24,28%)

Se arrojó algo como lo que se esperaba. Hay discriminación estadística en contra de aquellos con menos recursos, se aplanan más la diferencia en contra del 30%. ¿Cuál es el problema? Que la cifra corresponde al total de casos controlados en una comuna, pero no necesariamente la persona controlada era de la comuna. Entonces lo que se hizo fue despejar la base de datos de controles por bloques horarios, tomando solo desde las 12 de la noche a las 8 de la mañana, porque hay mayor probabilidad de control cerca de donde uno vive. Ahí los resultados tendieron a incrementar la discriminación estadística.

Com. nocturno	Horario	+ Recursos	- Recursos	Diferencia pp. Y %
10%		4,13%	2,83%	1,3 (45,93%)
20%		3,69%	2,71%	0,98 (36,16%)
30%		3,66%	3,15%	0,51 (16,19%)

Este es un primer indicador, el profesor no es capaz afirmar exactamente como se hace, pero desmiente que no haya discriminación y muestra que se debe hacer un estudio más acabado.

Todo este ejercicio es completamente sin considerar las externalidades, no es que se quiera dejar pasar que hay muchas otras buenas razones para seguir estudiando y cuestionando los controles de identidad:

- Conflictos con DDFF (libertad, privacidad, intimidad, protección especial NNA)
- Impacto en confianza y legitimidad policías (Roché, 2018) (deterioro relaciones policía y comunidad). Línea de literatura que muestra como buena parte de los problemas de falta de confianza y legitimidad con las policías se cimienta desde los controles de identidad, que representan el contacto más cotidiano y violento que tienen las personas con la policía.
- Línea de evidencia que muestra que desde el punto de vista del impacto de criminalización podría ser una mala idea. Son estudios longitudinales que han determinado que en EE.UU los controles de identidad a minorías aumentan o predicen mejor el futuro comportamiento delictivo que haber cometido un delito anterior, es decir, sería más empujador hacia el inicio de carreras criminales. Ej: Del Toro, et. Al (PNAS, abril 2019): contacto “stops” (adolescentes negros y latinos) predice aumentos en conductas delictivas a 6, 12 y 18 meses (no comportamiento previo delincuencia).
- Deterioro en la calidad del trabajo policial. Hay un incentivo negativo y más uso de recursos escasos.

Preguntas

→ *Creo que no entendí la discriminación estadística en relación a la tasa de eficacia entre chilenos y extranjeros, ¿se considera el universo posible de chilenos susceptible de control es mayor?*

No, lo que se toma es el total de controles realizados a chilenos y a extranjeros y se determina la tasa de eficacia conforme a ello, que era muy superior a la de los extranjeros, lo que indicaría que hay una discriminación con los extranjeros, porque a pesar de que la tasa no es eficaz, les estamos haciendo más controles, cuando en realidad la tasa debería mantenerse más o menos equivalente. Lo mismo ocurre con mujeres y hombres, se toma el total y la tasa de eficacia y con personas de comunas de escasos recursos.

→ *Quería tomarme de un punto que hizo de la crítica de otros países a estos sistemas, que tiene que ver con distintos cuestionamientos raciales y socioeconómicos en otros países. Desde ese punto de vista, lo que me parece interesante es que no son facultades auto impuestas por carabineros, sino que son facultades dadas legislativamente, son instituciones más bien recientes que están dados desde el Congreso y me parece que esto se relaciona con darle más facultades a Carabineros que ha venido desde distintos gobiernos y que antes venía de la ciudadanía también, entonces quería saber si en su opinión esto podría dar pie a un cuestionamiento nuevo que venga no solo desde la academia sino desde distintos sectores de la sociedad.*

Primero, el profesor comparte plenamente el diagnóstico expuesto, este no es un problema de este gobierno, es transversal, así que aquí todos son pecadores, no hay nadie que pueda decir que no ha contribuido. Esto viene del tipo de política policial que se vivió en Chile los últimos 30 años, todos ofrecían aumento de recursos, de dotaciones y dictación de leyes que aumentarían poderes policiales y disminuirían controles. En un contexto no solo de menor prestigio, sino que en temas de seguridad pública ha sido abordado de manera muy superficial, con pocos estudios y como respuesta populista. Esto ha ido cambiando, la imagen de los carabineros hoy también afectará cuánto estamos o no dispuestos a darles, y en un contexto en que la materia de seguridad pública ya no dio más y, por tanto, hoy día hay más receptividad a decir que venimos hace 30 años haciendo lo mismo y que hay que cambiar la estrategia. Pero hay una tercera cuestión, y es que había poco conocimiento en Chile sobre estos temas, un conocimiento poco especializado, pero hoy día empieza a haber una comunidad epistémica y mayor conocimiento sobre este tema.

→ *¿Cuántas horas puede utilizar la policía en estas actividades al año? ¿La productividad policial aumentaría o volvería antes del control de identidad? ¿Cómo se mejora esto o simplemente hay que sacar el art. 85?*

Es un mito cuánto dura el control de identidad, no hay datos sobre eso, sabemos anecdóticamente que hay muchos casos que dura mucho más de lo que dicen.

Respecto de la productividad laboral, no se entiende muy bien la pregunta. En cualquier caso, el punto es que los problemas delictuales no se solucionan con pesca de arrastre, tenemos que lograr un trabajo focalizado, y el sentido perverso de los controles de identidad es que te permiten la pesca de arrastre, entonces la productividad debería estar asociada a una política de mayor focalización, que parece que es el problema hoy en día en Chile.

Cómo se mejora este tipo de acciones, eso hay que reexaminarlo completamente. En el mundo ideal habría que suprimir los controles preventivos, pero dejar el del art. 85, que el profesor duda sea eliminado.

Otro insumo relevante puede ser que, según la última encuesta pre 18 de octubre, la seguridad pública era la más alta de las preocupaciones ciudadanas.

Sin lugar a dudas, como este es un problema muy complejo, la respuesta institucional ha sido irse por soluciones fáciles, como son los controles de identidad, por eso es interesante enfrentar esto desde otros puntos de vista que no sean solo los DDFF, sino desde el punto de vista de la eficacia, porque la gente quiere soluciones de verdad y con datos podemos mostrarle a la gente que esta no es una.

→ *¿Qué vías de reclamación tiene la víctima de un control de identidad ilegal?*

También tenía datos, pero eso es para otra presentación. Parte de los indicadores de eficacia es que hay pocos reclamos, 38 o 33, pero ay mucha evidencia empírica, parte hecho por mis alumnos, donde pillaron obstáculos en que no los dejaban ni pasar la reja, no los dejaban poner un reclamo o denuncia, les decían que tenía que haber sufrido 2 o 3 controles antes. Esto venía de antes, porque los reclamos internos funcionan muy poco. Ahí les recomiendo el texto de Irrazaval. También nos metimos en los reclamos digitales (OIRS), pero se caía, yo intenté presentar un reclamo digital y no pude. Hay barreras, ese mecanismo de control no sirve. Hay que cambiar el sistema de control y reclamos del abuso.

→ *La profesora nos subió una columna de usted donde dejaba en evidencia que la línea jurisprudencial había girado en torno a mantener un control mucho más estricto de lo que significa un indicio legítimo para hacer el control de identidad. A mí me gustaría saber si esa línea se ha mantenido desde el año 2016.*

Muy buena pregunta. Acabo de hacer un curso en la Defensoría y mi impresión es que entre 2015 y 2016 surge un pare de la CS con un elevamiento importante del estándar, que se reflejó en casos paradigmáticos. El 2017 hubo una suerte de ajuste, pero nunca un sistema de deferencia como en el año 2015. Luego por las integraciones de las Cortes hay matices, pero dentro de un escenario que es mucho más elevado que el anterior. Particularmente este año la Corte ha sido sumamente estricta y publiqué una nueva columna donde solo en mayo la CS acogió 9 casos de controles de identidad ilegales. Lo que está haciendo hoy la Corte es aplicar doctrinas que se vienen consolidando en relación a la entidad, qué pasa con las denuncias anónimas, etc, por lo que se han ido constituyendo líneas jurisprudenciales. ¿Cuál

es el problema que tiene esto? Es que llega a sentencia condenatoria y recurso de nulidad siempre es un pequeño porcentaje de los casos, por lo que llega a CS es restringido y el impacto es más dudoso.

→ *Me gustaría saber si es que hay datos respecto del efecto que ha tenido la opinión pública en la sensación de seguridad que tienen las personas con esto y si ha tenido cuál ha sido.*

Ha habido muchas encuestas de esto, pero no asociados al control de identidad, entonces tú no tienes cómo saber esto como factor. El mismo índice de Paz Ciudadana o Seguridad Ciudadana, no ha habido una disminución relevante en términos de percepción de seguridad, pero, aunque lo hubiera tampoco tendríamos como discriminar cuál es la causa, yo no conozco un dato tan específico en relación a control y percepción de seguridad.

*Jurisprudencia: Artículo publicado en Revista Política Criminal en diciembre de 2019, de un profesor de la Chile, Fernández, hace un análisis de jurisprudencia de 2018-2019. Ahí pueden ver un buen sumario de este tema, y en el año 2019 también publicó el profesor una columna en Mercurio Legal sobre esto, si les interesa.

Clase 14 (20.10)

Fase de Investigación

→ Deben estudiar personalmente en detención los sujetos procesales (especialmente Defensoría y tribunales)

El procedimiento ordinario penal

Etapas de investigación

Etapas destinadas a recopilación de antecedentes que permitan comprobar el delito y sus partícipes dentro de un juicio.

Como panorama general: tenemos un inicio, diligencias de investigación, y luego un cierre, pasando por el trámite de la formalización de la investigación.

- Durante la etapa de investigación, el MP se rige por todos los principios que le son aplicables.

1. Estructura:

a. Formas de iniciar el procedimiento:

- i. Iniciativa de fiscales;
- ii. Denuncia;
- iii. querella.

→ Tener presentes las posibles actitudes del MP:

- El MP puede y debe abrir la investigación (art. 166 y 180 CPP).

- Principio de oportunidad (art. 170 CPP). Implica que el MP podrá abandonar una investigación, incluso ya iniciada, cuando se trate de un hecho que no compromete gravemente el interés público, fijando un límite a la pena mínima asignada al delito que se investiga, que no puede ser menor a 540 días.
 - Facultad de no iniciar la investigación (arts. 168 y 169 CPP). Puede no iniciarla antes de la intervención del JG en la causa, y cuando los hechos que se relaten en la denuncia no sean constitutivos de delito, o con los datos suministrados se establezca claramente que se encuentra extinguida la responsabilidad penal.
 - Archivo provisional (arts. 167 y 169 CPP). El archivo provisional de las causas procede bajo el supuesto del art. 167, es decir, que no aparezcan antecedentes que permitan desarrollar actividades investigativas conducentes al esclarecimiento de los hechos. Una investigación se podrá archivar hasta antes de que se produzca la formalización
- b. Investigación desformalizada: es una fase esencialmente administrativa (no jurisdiccional), meramente preparatoria de la acusación y del juicio, informal, dirigida en forma objetiva por el MP, que realiza diligencias investigativas de forma previa a la formalización, las que -por RG- carecen de valor probatorio en el juicio.
- Es una fase esencialmente administrativa, pues no hay intervención del JG, salvo en la autorización de diligencias que priven, perturben o amenacen garantías del imputado o terceros que deban ser autorizadas (arts. 9, 180 y 181 CPP).
- En la práctica, los órganos de persecución penal toman conocimiento de la existencia de un hecho punible, a partir de lo cual el fiscal realiza una investigación sin dirigirla en contra de persona determinada.
- El imputado, su defensor y el JG no intervienen en esta fase, en tanto no se realicen diligencias que afecten los derechos del imputado garantizados en la CPR y los TT.II. A su vez, esto implica que las facultades de investigación están limitadas, ya que si el MP requiere estas diligencias, tendrá que obtener autorización judicial previa, la que, a su vez, exige formalizar la investigación (excepción: art. 236 CPP).
 - Es una fase unilateral y reservada. En lo esencial, la investigación la realiza el MP, como órgano que tiene la exclusiva dirección de la investigación, con ayuda de los auxiliares: las policías, es decir, carabineros y PDI.
 - Es una etapa desregulada, en el sentido de que existe libertad en cuanto a la estrategia de investigación y preparación del caso.
 - No existe plazo para formalizar, salvo aquel contemplado para que opere la prescripción penal. El fiscal formalizará cuando lo considere oportuno.
 - Puede terminar por decisión discrecional fiscal (230), exigencia ley (230-2) o por haber sido forzado a través de resolución judicial (art. 186).

b. Formalización de la investigación (arts. 229 y ss CPP):

- i. El fiscal concurre ante JG a formalizar la investigación en contra de imputado.

Art. 229 CPP. Concepto de la formalización de la investigación. La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados”.

→ Efectos:

- ii. Suspende la prescripción de la acción penal.
iii. Comienza a correr el plazo para el cierre de la investigación.
iv. MP pierde la facultad de archivar provisionalmente la causa, que sólo procede antes de la formalización.

Luego de que ha tenido lugar la diligencia, se inicia la etapa formalizada.

c. Diligencias de investigación -desarrolladas por el MP- y su control por parte del juez de garantía.

d. Medidas cautelares: pueden solicitarse:

- i. Personales: citación, detención, prisión preventiva, y otras.
ii. Reales (art. 157 CPP).

e. Plazo para el cierre de la investigación: el plazo máximo para que el fiscal declare el cierre es de dos años desde la formalización, salvo que el JG, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, oyendo a MP, y concurriendo otros requisitos legales, fije un plazo judicial menor para cierre investigación (art. 236).

Cabe tener en cuenta que el plazo de 2 años para el cierre de la investigación no puede ser ampliado, ya que es un plazo máximo. Una forma de revivirlo en la práctica es mediante la reformalización, que no tiene sustento legal, al modificar la formalización anteriormente efectuada.

f. Mecanismos de aceleración de la investigación: Hay mecanismos que permiten acelerar la investigación, así como para cerrarla, realizar juicio inmediato, o tramitar la causa de acuerdo a las reglas del procedimiento abreviado.

- i. Juicio inmediato.
ii. Tramitación de la causa en procedimiento abreviado.
iii. Salidas alternativas: suspensión condicional del procedimiento, y acuerdos reparatorios.

g. Cierre de la investigación (art. 248 CPP): Declaración por parte del fiscal de que la investigación se encuentra cerrada. Con esto se abren tres posibilidades para el MP:

- i. Sobreseimiento, que puede ser definitivo o temporal,
ii. Decisión del MP de no perseverar en el procedimiento. Tener presente que “no perseverar” es distinto de no iniciar una investigación.
iii. Acusar.

2. Características:

- a. Dirección exclusiva del MP. Etapa de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, a cargo del MP, con el auxilio de la Policía, y bajo el control del JG en los casos previstos por la ley; hay discrecionalidad del MP para ir realizando las actuaciones.
→ Durante la investigación los intervinientes pueden solicitar todas las diligencias que considerare pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. Frente a la solicitud, el fiscal tendrá un plazo para pronunciarse y deberá llevarlas a cabo si así se pronuncia; si rechaza, se podrá reclamar al superior jerárquico para ver que este se pronuncie sobre la realización o no de estas diligencias.
- b. Etapas analíticas y, por RG desformalizadas
- c. Carente de valor probatorio. Los levantamientos de información no reemplazan la presentación de la prueba en juicio oral.

Etapas intermedias

1. Acusación.
2. Audiencia de preparación de juicio oral.

Juicio oral

- a. Dirección y disciplina
- b. Desarrollo y registro del juicio oral → Principios formativos que lo informan.
- c. Los medios de prueba en particular y el sistema de valoración de la prueba.
- d. Sentencia definitiva.

Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública

Características:

- Regulado en los arts. 166 y ss del CPP.
- Procedimiento **ordinario** en materia penal. A falta de norma especial, todo delito se somete a tramitación común ordenada por la ley para su investigación y juzgamiento (art. 2 CPC).
- Procedimiento **supletorio**. Aplicación supletoria respecto de diversos procedimientos especiales, dentro o fuera del CPP, salvo que exista norma especial en contrario, por ejemplo, en el caso de procedimientos penales militares.
- Se aplican diversas normas del CPC, por ejemplo: notificaciones, normas comunes a todo procedimiento, requisitos demanda, algunas medidas precautorias reales, etc.

Etapa de investigación

Durante ella el MP y las policías indagan en los hechos que revisten caracteres de delito, recolectando antecedentes y elementos probatorios, que permitan fundamentar una acusación en contra de una persona determinada.

El procedimiento penal podría terminar en esta etapa por falta de antecedentes (el MP puede archivar la causa provisionalmente o decidir no perseverar), por la ocurrencia de salidas alternativas, aplicación del principio de oportunidad, o por el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa.

Respecto del valor probatorio de las diligencias, hay que tener claro que por RG no tienen valor alguno, es decir, las diligencias que se practiquen no se transforman directamente en *prueba*, pues esta es la que se rinde en audiencia de juicio oral. Esto es así incluso si se ha declarado ante el MP o se ha levantado un acta por parte de las policías, pues esto debe ser incorporado al juicio oral en la APJO y rendirse en la AJO, en virtud del principio de inmediación⁹⁸.

Durante la investigación, el J.G. interviene cada vez que pueda verse afectada una garantía constitucional, ya sea del imputado o de terceros.

1. Formas de iniciar el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública (art. 172 CPP):

*El tribunal no tiene iniciativa, aunque sí obligación de denunciar.

a. De oficio por el MP:

- i. Si el MP toma conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito, con auxilio de policía, promoverá persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley (art. 166 CPP).
- ii. ¿Oportunidad? → dentro de 24 horas desde que toma conocimiento del hecho, debe realizar todas las diligencias útiles y procedentes para averiguación de las circunstancias relevantes para aplicación ley penal, partícipes del hecho y su responsabilidad. Debe, además, impedir que hecho produzca consecuencias ulteriores.
- iii. ¿Respecto de todo tipo de delitos? No, sólo delitos de acción penal pública.
 - ¿Previa instancia particular? Requiere a lo menos denuncia, salvo actos urgentes de investigación o necesarios comisión (163-3).
 - ¿Acción privada? Nunca.

b. Por denuncia. Por denuncia entendemos la comunicación escrita o verbal de que se ha cometido un hecho aparentemente delictivo. En ella no existe pretensión

⁹⁸ Inmediación quiere decir que los jueces del T.O.P. conocen la prueba directamente (sin mediación), es decir, ven las fotografías y documentos, y escuchan personalmente las declaraciones, por ejemplo.

punitiva (arts. 172 a 179), ni tampoco se transforma quien denuncia en parte del proceso penal.

i. El denunciante:

- Denunciante no se transforma en parte del proceso penal ni es considerado un sujeto procesal (salvo que sea la víctima).
- Denunciante no puede solicitar diligencias, ni realizar impugnación actos MP.
- Denunciante no adquirirá el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pueden corresponderle en el caso de ser víctima del delito (art. 178).
- Responsabilidad del denunciante: sólo por los delitos que hubiere cometido con la denuncia (denuncia calumniosa, art. 211 CP). Además, es responsable de los perjuicios civiles causados con denuncia.

ii. Clasificación:

- *Denuncia facultativa*: es la RG, una persona *puede* efectuar denuncia sobre un hecho delictivo (art. 173).
- *Denuncia obligatoria*: Es la excepción a la RG. Ciertas personas están obligadas a poner hechos aparentemente delictivos en conocimiento de la autoridad dentro de determinado plazo (24 horas desde que toman conocimiento de los hechos), configurándose un delito si no lo hace. → Ver art. 175. Ej: fiscales, cualquier empleado público, directores jefes de establecimientos educacionales u hospitalarios.

iii. ¿Ante quién puede presentarse la denuncia? Ante distintos tipos de autoridades:

- MP
- Funcionarios carabineros de Chile y PDI
- Funcionarios de Gendarmería (resp. De delitos en recintos penitenciarios); y
- Cualquier tribunal con competencia criminal.

iv. Forma y contenido de la denuncia (art. 174): verbal o escrita.

v. Oportunidad:

- *Iniciado*: denuncia no produce ningún efecto.
- *No iniciado*: da inicio al procedimiento.

vi. Actitudes del MP ante denuncia:

- Iniciar investigación dentro de 24 horas siguientes. Deberá impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores.
- No dar curso a la denuncia:
 - Archivo provisional.
 - Facultad de no iniciar investigación por no ser delictivo el hecho o encontrarse extinguida la responsabilidad penal.
 - Aplicar principio de oportunidad.

- vii. ¿Auto denuncia? También está contemplada en el art. 179, estipulando que ante una imputación de hecho delictivo por un tercero, el o la afectada podrá solicitar al MP que se investigue la imputación de que hubiere sido objeto.
- c. Por querella. A través de una querella se solicita dar inicio a la investigación o hacerse parte en ella, actuando como sujeto procesal, con una pretensión punitiva explícita. El querellante cuenta con los derechos que el CPP le confiere en tanto tal (art. 261 CPP).
- i. Efecto: Querellante se transforma en sujeto procesal (art. 112 CPP).
 - ii. ¿Quién puede ser querellante? → Sólo la víctima (todas las personas del art. 108 CPP), su representante legal o su heredero testamentario. Excepciones: delitos terroristas, delitos cometidos por funcionarios públicos contra derechos consagrados en la CPR, y delitos contra la probidad.

→ *Prohibiciones*: no podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:
 - Los cónyuges, a no ser por delito que uno hubiere cometido contra el otro o contra sus hijos, o por el delito de bigamia.
 - Convivientes civiles.
 - Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros o contra su cónyuge o hijos.
 - iii. El rol del querellante está regulado en los arts. 111 y ss CPP.
 - iv. Forma de presentar la querella: Por escrito, cumpliendo con los requisitos indicados en el art. 113 CPP. Ante el JG competente.
 - v. Oportunidad: En cualquier momento hasta el cierre de la investigación (regulado en el art. 248 CPP).
 - vi. *Actitudes del tribunal frente a la querella*:
 - La admite a tramitación: Si la querella cumple con los requisitos legales, el J.G. la remitirá al MP para dar inicio a la investigación, si esta no se ha iniciado ya. La resolución que admite a tramitación la querella es inapelable.
 - No le da curso a la querella → La resolución que no da curso a la querella es apelable en el solo efecto devolutivo. no dará curso a querella:
 - Extemporánea.
 - Cuando querellante no subsane defectos existentes en la querella dentro plazo de 3 días que hubiere concedido el tribunal.
 - Cuando los hechos expuestos en la querella no fueren constitutivos de delito.
 - Cuando apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal de imputado se encuentra extinguida (declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del MP).
 - Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

vii. *Desistimiento de la querella*: El querellante se puede desistir de la interposición de la querella en cualquier momento del procedimiento.

- Efectos:

- El querellante será responsable de las costas propias, y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dictare el tribunal al finalizar el procedimiento.
- El querellado puede ejercer acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa. → Excepción: Que querellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante.

viii. *Abandono de la querella*: Sanción procesal que hace perder al querellante su carácter de sujeto procesal e interviniente dentro del proceso penal, por haber incurrido en una de las conductas previstas en la ley. La sanción se impone porque las situaciones en cuestión reflejan que no hay voluntad del querellante de proseguir como querellante en el proceso.

Se declarará abandonada la querella, por el JG o TOP, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, cuando (art. 120 CPP):

- Cuando no adhiere a la acusación fiscal o no acusare particularmente en la oportunidad que correspondiere.
- Cuando no asistiere a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada.
- Cuando no concurriera a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

- Efectos: Impide al querellante ejercer los derechos de tal (art. 121).

2. **Diligencias de investigación y control jurisdiccional del juez de garantía:**

Artículo 180 CPP. Investigación de los fiscales. Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por si mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos.

- a. ¿Cuándo? Dentro de las 24 horas siguientes desde que se toma conocimiento de los hechos que revisten carácter de delito de acción penal pública.
- b. ¿Qué tipo de diligencias? Todas aquellas que se estimen pertinentes y útiles para el esclarecimiento y averiguación del delito, circunstancias relevantes, participes, entre otros.
- c. ¿Objetivo?
 - i. Practicar diligencias pertinentes y útiles;
 - ii. Investigar circunstancias relevantes y participes, entre otros; y,
 - iii. Impedir que hecho produzca ulteriores consecuencias.
- d. ¿Qué otras opciones tiene el fiscal? Antes y después de la intervención del juez de garantía, principio de oportunidad o salidas alternativas.

e. Actuaciones de investigación se clasifican en:

i. Autónomas de la policía (no necesitan autorización del fiscal). Son aquellas que las policías pueden realizar sin ningún tipo de instrucción previa y particular de los fiscales, y son aquellas indicadas en el art. 83 CPP, además de:

- Control de identidad (art. 85);
- Examen de vestimenta, equipaje, vehículos que condujere un detenido (art. 89);
- Levantamiento del cadáver en casos de muerte en vía pública (art. 90);
- Interrogar al imputado en presencia del defensor (art. 91); y,
- Entrada y registro de lugares cerrados en casos de llamadas de auxilio o signos evidentes de delito (art. 206).

Todas estas actuaciones deben ser informadas a Ministerio Público en forma y del medio más expedito posible. Además, se prohíbe la entrega de información a medios públicos.

ii. Autónomas del fiscal. Son aquellas que el MP realiza directamente o por medio de la policía, pero sin orden judicial previa:

- Hacer constar estado de personas, cosas o lugares, identificar testigos y consignar sus declaraciones (art. 181-1);
- Tomar nota y constancia de huellas, rastros o señales del hecho (art. 181-1);
- Disponer práctica de operaciones científicas, toma de fotografías, filmaciones, entre otros, por medios técnicos adecuados, requiriendo intervención de organismo especializado (art 181-2), pero si afectan derechos y respecto de delitos con pena de crimen requieren orden previa (art. 226);
- Recoger, identificar y conservar documentos que hubieren servido o destinado a la comisión del hecho (art. 187 y 188);
- Exigir información a toda persona o funcionario público, quienes no podrán excusarse de proporcionarla, salvo excepciones legales (art 180 inc. final);
- Tomar declaración de testigos voluntarios (art. 190);
- Solicitar práctica de informes periciales (art. 321) a personas idóneas (art. 314);
- Disponer práctica de exámenes corporales al ofendido e imputado de forma voluntaria (art. 197);
- Disponer exámenes y pruebas biológicas en delitos sexuales (art. 198);
- Disponer practica de exámenes en SML u otro servicio médico (arts. 199 y 201);
- Realizar pruebas caligráficas voluntarias (art. 203);
- Disponer medidas de vigilancia para evitar fuga o sustracción de documento (art. 213);
- Prestar auxilio a la víctima (art. 83);
- Citar a imputado a dependencia del MP a tomar declaración (art. 193);

- El imputado está obligado a comparecer ante el fiscal si así lo quiere (art. 193).
 - En caso de privación de libertad, se requiere orden del juez; si el imputado ya está en prisión preventiva basta una autorización. Es voluntaria la declaración (art. 194). Se distingue entre obligación de comparecer y obligación de declarar.
 - En general diligencias que no importen privar, restringir o perturbar a imputado o terceros del ejercicio de derechos de la CPR asegura (art. 9).
 - Se pueden proponer y asistir a determinadas diligencias (art. 183). La utilidad de estas finalmente es decisión del fiscal, y la concurrencia es solo cuando se estima útil la diligencia solicitada.
 - El juez no puede instruir una diligencia de forma autónoma, solo el Ministerio Público, la única excepción podría ser la hipótesis de la reapertura de la investigación (art. 257 CPP). Esto por la estructura del proceso penal que separa funciones de juzgamiento de funciones de investigación.
- iii. Previa autorización judicial: Si afectan derechos fundamentales al imputado o terceros:
- Exámenes corporales a imputados y ofendidos sin su consentimiento (art. 197), siempre que no afecten salud o dignidad;
 - Exhumación de un cadáver (art. 202);
 - Entrada y registro a lugares para buscar a un imputado por flagrancia o por orden de detención., búsqueda de huellas o rastros y búsqueda de medios de comprobación de hechos investigados.
- Esto último se distingue entre lugar y circunstancias para exigir la orden.
- Lugar de libre acceso (art. 204), no se necesita una orden distinta.
 - Lugares cerrados (art. 205), se requiere autorización del propietario o judicial.
 - Menciones que debe tener la orden (art. 208). Pueden realizarse en horario de entre 6 y 22 horas, (con la excepción de lugares abiertos o en casos urgentes como su ejecución no admitiere demora, como indica el art. 207).
 - Procedimiento (art. 212): se notificará a dueño o encargado, quien puede presenciar, aunque no será necesario si exista posibilidad de frustrar la diligencia. Si no está, cualquier persona mayor, lo que se hace constar en la diligencia. De existir resistencia, se podrá hacer uso de la fuerza pública (214).
 - Lugares cerrados sin orden (art. 206), para auxilio de una persona en el interior o existan signos evidentes de la comisión de un delito.
 - Lugares religiosos, funcione una autoridad pública o militares (art. 209), requiere autorización de persona a cargo.

- Incautación de objetos o documentos o de correspondencia (art. 217-218).
 - Interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas (art. 222).
 - Técnicas especiales de investigación (vistas en clase de la fiscal Suazo).
3. **Participación del juez de garantía en la investigación.** El juez de garantía carece de facultades para decretar diligencias que se estimen pertinentes para la investigación, con la sola posibilidad de revivir algunas en caso de reapertura de la investigación. El rol del JG es controlar las actuaciones de la policía y el MP.
- a. La víctima puede solicitar la intervención del juez para que dé inicio a la investigación interponiendo una querrella (declarándola admisible el JG), en caso de que MP decida archivar provisionalmente o no iniciar la investigación (art. 169).
 - b. También puede dar autorización a diligencias sin conocimiento del afectado, cuando sea necesario para el éxito de la investigación.
 - c. El juez puede amparar al imputado cuando se trate de alguien privado de libertad, si esa privación no proviene de una orden judicial (art. 95).
 - d. Se puede solicitar que el JG ordene al fiscal que aperciba a formalizar la investigación dentro de un determinado plazo (art. 186). Nada se dice en caso de no cumplirse del plazo, por lo que puede provocar intromisiones a los derechos de la persona investigada.
 - e. Pronunciarse respecto a ciertas facultades del MP, como el principio de oportunidad y salidas alternativas, ya sea aprobarlas o dejarlas sin efecto (arts. 170, 238 y 241).
 - f. Recomendar al MP la realización de diligencias.
 - g. Finalmente, puede ordenar la reapertura de la investigación (art. 257). Una vez cerrada, dentro de 10 días los intervinientes pueden realizar solicitudes de diligencias precisas y que el MP hubiere rechazado o no resuelto. Si el JG acoge la solicitud, se ordenará reabrir investigación y realizar las diligencias, fijando plazo para ello (ampliable a petición). No se pueden solicitar diligencias, decretarlas y no realizarlas por negligencia o hecho imputable a quien la solicita, ni aquellas que fueren manifiestamente impertinentes, sean hechos públicos o notorias y, en general, aquellas dilatorias.

Preguntas

→ *Respecto de la facultad del MP de no iniciar investigación cuando los antecedentes no sean constitutivos de delito. ¿No es precisamente ese el objetivo del proceso? Determinar si los hechos revisten o no el carácter de delito... Suena extraño que la opinión del MP baste para no iniciar la investigación, siendo que aquella es la conclusión del proceso completo.* Es cierto, el objetivo del proceso penal es determinar si los hechos revisten caracteres de delito, ese es el objetivo amplio, pero podría reformularse y decir que el objetivo, al menos desde el punto de vista probatorio -de la Fiscalía. es probar la existencia de ese hecho, siempre bajo el presupuesto de que exista algún tipo penal en el cual se pueda subsumir este caso concreto. Y en la idea del archivo provisional hay una opinión judicial, porque el archivo provisional debe someterse a la aprobación del JG, entonces el supuesto es que el hecho

pueda ser algo “malo”, pero que no se encuentre penado por alguna disposición penal, por lo que no reviste caracteres de delito.

→ *Respecto a las acciones públicas previa instancia particular. Si bien hay personas específicas que pueden presentar la denuncia y otras que tienen la obligación, ¿no se pasa a llevar en cierto grado esta voluntad de la víctima de querer querellarse o no?, ¿pasa a ser interés social el peligro que puede ser este violador o es por otra razón? ¿Cuál es el límite de que la víctima pueda poner o no su voluntad en esta acción penal privada previa instancia particular?*

Los casos de acción pública previa instancia particular son aquellos en que los intereses comprometidos son generales (no disponibles por particulares), pero dado el ámbito de comisión del delito es difícil que lleguen oportunamente a conocimiento de otras personas, por ello es la víctima quien debe denunciar (con la excepción de las personas obligadas a denunciar).

Entonces, la pregunta de si se vulnera la voluntad de la víctima con la denuncia de quienes están obligados a hacerlo no es muy procedente, pues estamos hablando de acciones que son, en su naturaleza, públicas (no disponibles), y en ese sentido, la persecución penal *debe* llevarse a cabo de todas formas por el MP, pero para ello se necesita una noticia que active este canal.

Lo que puede suceder ahí es simplemente que la persona que es víctima no forme parte como querellante en ese proceso penal, pero en el caso de que el MP tome conocimiento del hecho, deberá continuar con la investigación.

Distinto es en otro tipo de causas en que, en principio, la víctima puede desistirse de tipos de denuncia que pueden ser penales, por ejemplo, las causas de VIF en tribunales de familia. Ahí es muy común que quien denuncia luego no concurra a la audiencia que se fija al efecto, no reitera la denuncia o simplemente la retira. En Tribunales de Familia, tienen este tipo de particularidades, pero en los otros casos, teniendo conocimiento de un hecho, uno puede o no denunciar, salvo los que tienen la obligación, y la víctima simplemente puede no ejercer su derecho a ser querellante.

→ *Si en el JO llegan a conocimiento del fiscal nuevas denuncias, pero por hechos distintos, ¿procede iniciar otro proceso para investigar esos mismos hechos? Si, por ejemplo, en un caso de robo u homicidio y llegan nuevas denuncias de más robos y homicidios.*

Si hay varias denuncias respecto de un mismo hecho o si se denuncia respecto de un hecho que ya se encuentra siendo investigado, simplemente lo que se hace es que se continua con la investigación, de hecho, hay un artículo específico, que es el 185 del CPP, que permite al fiscal agrupar o separar investigaciones. Entonces, si es el mismo hecho que reviste las características de delito y hay varias denuncias, el fiscal puede agrupar la investigación.

Si la causa se encontrara ya en estado de juicio, procede abrir otro proceso penal, porque debe existir cierta congruencia entre formalización, acusación y sentencia, no respecto de la

calificación jurídica en las primeras dos, sino respecto del hecho que se está juzgando, ya que en ese caso vulneraría este principio de congruencia.

→ *Si acaso la resolución que recae sobre una querella declarándola admisible, se considera una intervención suficiente de parte del JG en consideración a las normas de archivo provisional y facultad de no iniciar la investigación, porque entiendo que en ese caso la única diferencia que habría respecto de cuando únicamente hay denuncia es que el fiscal puede ejercer esas facultades cuando hay denuncia, pero cuando hay querella eso no se puede, entonces solo podría cerrar la investigación y sobreseer.*

Efectivamente, de acuerdo al art. 167 y 168.

→ *¿Cómo hay que entender la expresión “hechos no constitutivos de delito”? ¿se entiende que el hecho ocurrió, pero no es delictual, o que el hecho no ocurrió? O sea, en los casos en que se comprueba que la denuncia es falsa, ¿aplicaría también la posibilidad de que el fiscal ejerza la facultad de no iniciar la investigación o en el caso de una querella falsa, podría sobreseer?*

La profesora considera que se trata más bien de hechos que no constituyen o no son hechos que reciben una sanción penal en nuestro medio. Si ocurrieron o no es lo que debe comprobarse a través del JO, pero si no encuadran en ningún tipo de figura penal, entonces simplemente se puede ejercer esta facultad y esto es distinto a la idea de que no haya antecedentes, porque si ustedes ven, el archivo provisional no se pronuncia sobre si es o no constitutivo de delito, sino que dice no hay ningún tipo de antecedente que permite esclarecer la ocurrencia o no del hecho denunciado. Entonces: la ocurrencia o no de los hechos es algo que corresponde al TJOP, si no hay antecedentes, no se puede luego acusar por parte del MP, pero si lo que se denuncia es una conducta que infringe normas morales o religiosas, pero no normas penales, se puede activar esta facultad de no iniciar la investigación.

(Por ejemplo: acciones que encuadren en tipos penales derogados).

→ *La norma que habla sobre el archivo provisional señala que la persona puede solicitarle al MP que dicte nuevas diligencias, ¿eso quiere decir que la víctima sin la necesidad de ser querellante puede solicitarle al MP la realización de una apertura de la investigación o tiene que ser querellante?*

No, en esta última la víctima no necesita ser querellante, simplemente puede solicitar la reapertura de la investigación y la realización de estas diligencias de investigación. Se las puede solicitar directamente al MP.

→ *¿Aunque no se dice expresamente en el CPP, entiendo que de todas formas la víctima puede oponerse o solicitar una reapertura si el fiscal ejerce la facultad de no iniciar la investigación, o no?*

Se podría eventualmente oponer, aunque no se diga en la audiencia en que ello se solicite ante el JG que es quien tiene que pronunciarse sobre esto, donde debe presentarse el

imputado. Efectivamente, no se dice expresamente, pero puede reclamar ante el superior jerárquico por el mal uso del archivo provisional, del 168 o del 170 CPP.

→ *En la etapa de investigación desformalizada se indica que los antecedentes no tienen valor probatorio ¿Cuál sería una excepción a esta regla?*

Hay ciertos casos en que no se podrá rendir prueba en el juicio oral, solo en casos de anticipación de prueba (art. 191 y ss). En principio, quienes declaran ante el MP o a la policía deben volver a comparecer a declarar durante la audiencia del juicio oral, pero si quien declara indica que no podrá concurrir al juicio, por ejemplo, por enfermedad, incapacidad física, o ausencia prolongada del país, se podrá anticipar la recepción de esa prueba. También se puede anticipar prueba de menores (art. 191 bis) o testimonial en el extranjero, en este último caso la declaración sería ante el cónsul chileno o un tribunal extranjero competente en materia penal.

En todo caso, en ningún caso se puede indicar que tiene valor probatorio, ya que estos son determinados exclusivamente por los tribunales del juicio oral en lo penal según el art. 297 y 343 sobre requisitos de la sentencia.

En estos casos de prueba anticipada es la misma prueba la que llegará a juicio oral y no se va a reiterar.

→ *En los delitos de acción penal privada, ¿Se puede injuriar a alguien que ya está muerto?*
Si muere el imputado la responsabilidad penal se extingue, por encontrarse como causal de extinción de responsabilidad en el art. 93. Sin embargo, los herederos pueden perseguir la responsabilidad penal de una persona aún viva, en representación de la víctima fallecida.

Respecto si se puede iniciar una acción penal privada para rescatar o reivindicar el honor de una persona muerta, en principio no está excluido de la legislación.

→ *En una resolución del juzgado de garantía de Ovalle, que se inició por una querella del INDH por el delito de apremios ilegítimos. La resolución indica que atendido el tiempo transcurrido si que la causa haya tenido movimiento, requiérase al MP informe dentro de tres días sobre el estado procesal de la causa. Luego, sin respuesta solicitada otra resolución indica que atendido el tiempo transcurrido sin respuesta del MP se archivaron los antecedentes ¿En qué contexto legal se enmarcaría?*

Esto no tiene regulación expresa en el CPP, en principio todos los casos de archivo que existen es el archivo provisional, el cual es una facultad del MP para solicitarlo.

→ *Respecto al artículo 108, que establece quienes pueden ser considerados víctimas. El inciso final indica un orden de prelación. ¿Cómo se entiende este orden? Si se querella primero el ascendiente y después el cónyuge ¿el tribunal excluiría a los primeros?*

Este tema ha sido discutido, si el orden de prelación entiende una exclusión ante la existencia de los primeros en dicho orden, si hay un cónyuge se excluiría a los ascendientes o que el orden de prelación es quien interpone una querella excluiría a quien la interpone después aun

cuando esté primero en el listado. La mayoría de la doctrina indica que se trata en este caso de la intervención de una persona que esté en una categoría no excluye a las posteriores, si el hermano de la víctima interviene y posteriormente lo hace un cónyuge, en principio el MP acepta la intervención del cónyuge por lo que la participación de personas en categorías posteriores no excluye a las anteriores.

→ *¿Qué ocurre si el juez de garantía considera que una prueba debe excluirse y el fiscal la incluye igualmente en el juicio oral?*

El propio juez podrá controlarlo al indicar, según el auto de apertura cual ha sido la prueba ofrecida y visada por el juez de garantía. Otro mecanismo es que la propia defensa pueda objetar dicha prueba.

Clase 15 (27.10)

4. **Mecanismos para acelerar la investigación:**

- a. Art. 186 → Si una persona afectada por una investigación desformalizada lo solicita al JG, se podrá fixar un plazo judicial para que se formalice. No existe sanción a la fiscalía si se incumple este plazo.
- b. Art. 234-247 → Establecimiento de un plazo judicial para el cierre de la investigación que podrá ser menor al plazo de 2 años. Esta facultad puede ser efectuada de oficio o a petición de algún interviniente, oyendo al MP, con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características del hecho punible permitan que la investigación se realice en un plazo inferior a 2 años.
- c. Juicio inmediato (art, 235) → busca evitar la realización de trámites que puedan ser considerados inútiles. En la audiencia de formalización, el MP podrá solicitar al juez que la causa pase directo a juicio oral.

En la misma audiencia se cerrará la investigación, se presentará acusación, se realizará la APJO ofreciéndose la prueba, y se pasará a la etapa del juicio oral. Pueden aplicarse las reglas del procedimiento simplificado en caso de que se investiguen simples delitos cuya pena requerida no exceda de presidio menor en grado mínimo.

En el CPP no se indica cuando procede, pero se tiende a solicitar cuando ya no existe otra diligencia para realizar en la investigación, es decir, la prueba reunida es suficiente para una acusación oral en la misma audiencia que se solicita, evitando dilaciones indebidas en el procedimiento.

5. **Conclusión de la etapa de investigación.** La conclusión de la investigación está regulada en los art. 247 y ss.

El cierre de la investigación es una facultad del MP, no una resolución judicial, por lo que tiene carácter administrativo. En caso de que no sea dictada oportunamente, el

imputado o el querellante pueden solicitar que se aperciba al fiscal para que proceda al cierre mediante una citación a una audiencia. Si el fiscal no comparece, el juez entregará un plazo de 2 días para pronunciarse, dando cuenta de esto al fiscal regional como superior jerárquico. Si en el plazo no se pronuncia, o compareciendo se negare a cerrar, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa, informando al fiscal regional para que aplique las sanciones disciplinarias que correspondan. Si el fiscal se allana, cerrada la investigación se aplican las reglas normales del art. 248, eso significa que el fiscal tendrá 10 días para solicitar sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, formular la acusación cuando estime que procede y existen fundamentos que puedan enjuiciar al imputado que está siendo investigado, o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, porque no existen antecedentes que puedan fundar una acusación.

Podrá reabrirse una investigación ya cerrada si existen ciertas diligencias solicitadas que el MP no haya realizado. En este caso, el juez podrá reabrir la investigación. Esta reapertura no dice relación con los plazos transcurridos, sino que con la existencia de diligencias pendientes por parte del MP.

Si llegan a existir nuevos antecedentes, se pueden incorporar como material probatorio en la preparación del juicio oral. En el auto de apertura quedan delimitados los medios de prueba que se rendirán en el juicio oral. En el juicio oral existen ciertas excepciones a esta regla, como el caso de los antecedentes que no se hayan producido oportunamente, o que aparecieran a los intervinientes de manera sobreviniente; en estos casos, el juez del tribunal oral en lo penal podrá disponer de la recepción de la prueba (art. 336 CPP).

→ Las actitudes que puede tomar el fiscal después de cerrada la investigación son:

- a. Solicitar sobreseimiento definitivo o temporal (art. 250): sobreseimiento es el acto jurídico procesal que pone termino (definitivo) o suspende (temporal), total o parcialmente, el procedimiento penal, en los casos y con los requisitos señalados en la ley.
 - El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene autoridad de cosa juzgada (art. 251), esto quiere decir que es equivalente a una sentencia penal absolutoria. Por su parte, el sobreseimiento temporal suspende el procedimiento penal hasta que cese la causa que haya detenido la prosecución del juicio.
 - Cuando el sobreseimiento es total, implica que opera respecto a todos los delitos y todos los imputados del procedimiento, mientras que si es parcial, afecta uno o más delitos o a uno o más imputados, y se continuará el juicio respecto del resto.
 - i. Oportunidad: como cualquiera de las demás actitudes, dentro de 10 días después de cerrada la investigación. En este caso se realiza un requerimiento al juez de garantía, quien fija una audiencia con los demás intervinientes quienes se pueden

pronunciar u oponerse a la solicitud. También puede realizarse a petición del imputado o de oficio por el juez.

Existen otros momentos en que puede proceder (en el juicio oral solo corresponde dictar la absolución):

- Después de la formalización y antes del cierre de la investigación:
 - Como cautela de garantía, se decreta sobreseimiento temporal.
 - Existen cuestiones civiles que no son competencia del juez penal, se dicta sobreseimiento temporal a su respecto (171 CPP, 173 y 174 COT).
 - Si se cumplen las condiciones para la suspensión condicional del procedimiento, se dicta sobreseimiento definitivo (240 CPP).
 - En conjunto con la aprobación del acuerdo reparatorio, se dicta el sobreseimiento definitivo. (242 CPP)
 - Durante la audiencia de preparación de juicio oral:
 - Acoge excepción de previo y especial pronunciamiento dilatoria y el fiscal, como único acusador, no las subsane (art. 270).
 - Acoge excepción de previo y especial pronunciamiento perentoria, que esté suficientemente fundada (art. 271).
- ii. Causales del sobreseimiento definitivo (art. 250):
- Hecho investigado no fue constitutivo de delito.
 - Aparece claramente establecida la inocencia del o los imputados.
 - El imputado estuviere exento de responsabilidad criminal según el art. 10 del CP o en otra disposición legal.
 - Si la responsabilidad se hubiere extinguido.
 - El hecho que se tratare hubiere sido materia de otro procedimiento penal el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado (sentencia con autoridad de cosa juzgada).
 - Exclusión absoluta: juez no podrá dictar sobreseimiento respecto de delitos sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados.
- iii. Causales del sobreseimiento temporal (art. 252): se suspenderá el procedimiento hasta que cese el impedimento
- Cuando se requiriese alguna decisión previa de una cuestión civil según el art. 171.
 - El imputado no comparece y fuere declarado rebelde de acuerdo a lo indicado en los arts. 99 y ss.
 - Cuando después de cometido el delito, el imputado cayere en enajenación mental, según el Título VII del Libro Cuarto.

De no ser acogida la solicitud, el fiscal podrá continuar con las siguientes actitudes.

- b. Comunicar decisión de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido los antecedentes suficientes para respaldar una acusación. Presentada la solicitud, el JG citará a una audiencia con los demás intervinientes. Si se acoge, queda sin efecto la

formalización de la investigación, y deben revocarse las medidas cautelares que se hayan dictado, reanudándose el computo de la prescripción de la acción penal.

Frente al ejercicio de esta facultad, no está claro si se puede volver a formalizar por los mismos hechos. La mayoría de la doctrina indica que no se puede volver a formalizar contra un mismo imputado por los mismos hechos, a menos que se presenten nuevos antecedentes que lo ameriten.

En este caso, como también ante la solicitud de sobreseimiento, los querellantes pueden solicitar el forzamiento de la acusación (art. 258). El juez pone los antecedentes ante el fiscal regional, quien resolverá la solicitud pudiendo revertir la decisión anunciando que se acusará o se confirma el criterio. En este último caso, el juez puede autorizar al querellante que formule una acusación privada, quien sostendrá el procedimiento sin intervención del MP.

Las resoluciones dictadas en este caso serán inapelables.

- c. Acusación. Trámite por el cual se inicia la etapa intermedia (art 259 y ss.).

Etapa de Preparación de juicio oral (o intermedia) (arts. 259 a 280 CPP)⁹⁹

Concluida la etapa de investigación, se pasa a la etapa intermedia, que tiene como finalidad delimitar el objeto del juicio (cuáles son los hechos que están siendo debatidos) y la prueba que se presentará en el juicio oral para acreditar los hechos contenidos en la acusación. También actúa como una forma de depuración del procedimiento y, con la supervisión del juez de garantía, de preparar la tercera etapa del procedimiento ordinario: el juicio oral.

La etapa intermedia cuenta con tres fases:

1. **Escrita**, que está dada por la acusación del MP. Si hay querellante en la causa, podrá adherir a la acusación del MP o presentar una acusación particular, así como presentar una demanda civil. La RG es que la acusación se realice por escrito, salvo el caso del juicio inmediato, en que se realizaría de forma oral.
 - a. Oportunidad para para presentar la acusación (art. 248): 10 días desde que se declaró el cierre de la investigación.
 - b. Requisitos de la acusación (art. 259):
 - i. Individualización de el o los acusados y de su defensor
 - ii. Relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y su calificación jurídica
 - iii. Relación de las circunstancias modificatorias de responsabilidad si concurrieren
 - iv. Participación que se atribuye al acusado
 - v. Expresión de los preceptos legales aplicables
 - vi. Señalamiento de los medios de prueba que el MP pensare valerse en el juicio
 - vii. Pena que se solicita
 - viii. Si procede, solicitud de tramitación acorde al procedimiento abreviado
- En suma, el escrito presentará la teoría del caso y los medios de prueba que piensa valerse.

⁹⁹ Tomado del video subido a u-cursos subido por la profesora.

Cabe tener en cuenta que los hechos y personas incluidas en la acusación solo podrán ser aquellas incluidas en la formalización, en virtud de lo que se conoce como principio de congruencia.

Presentada la acusación, se ordenará la notificación de la misma dentro de 24 horas a los intervinientes, y se citará a una APJO, la que no podrá realizarse antes de los 25 días ni después de los 35 días siguientes a la notificación (art. 260).

c. De existir querellante, puede tomar las siguientes actitudes hasta 15 días antes de la fecha de realización de la audiencia de preparación (art. 261):

- i. Adherir a la acusación del fiscal: en este caso se entiende que el querellante comparte la calificación jurídica, participación en los hechos, y pena solicitada.
- ii. Formular una acusación particular: en este caso podrá plantear otra calificación jurídica, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena, extenderse a hechos o imputados distintos (pero respecto de los que se hubiere formalizado la investigación).
- iii. Deducir demanda civil, si procede (cumplimiento los requisitos del art. 254 CPC)
- iv. No comparecer: se declarará abandonada la querella y no podrá seguir ejerciendo los derechos que le confiere la calidad de querellante
- v. Ofrecer la prueba que estimare pertinente

Independiente de las actitudes anteriores, podrá señalar vicios formales que adoleciere el escrito de acusación, requiriendo su corrección

Las actuaciones del querellante deberán ser notificadas a más tardar antes de los 10 días de la audiencia de preparación del juicio oral.

d. Respecto a las facultades del imputado, puede actuar hasta la víspera del inicio de la APJO por escrito, o al inicio de la audiencia de forma oral, para (art. 263):

- i. Señalar vicios formales que adolece el escrito de acusación, requiriendo su corrección
- ii. Deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento: incompetencia del juez de garantía, Litis pendencia, cosa juzgada, falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la ley o constitución los exigieren, y extinción de la responsabilidad penal (art. 264)
- iii. Exponer los argumentos que la defensa considere necesario, y los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral se solicitare

2. **Oral**, → desarrollo de la audiencia de preparación de juicio oral: se procede a delimitar el objeto del juicio, con los hechos que serán objeto de prueba. Las partes ofrecen los medios de prueba que se presentarán. También se podrá solicitar la suspensión condicional del procedimiento, llegar a algún tipo de acuerdo reparatorio, establecer convenciones probatorias y prueba anticipada.

Es importante que esta fase se rija por el principio de oralidad, de inmediación, de continuidad, de concentración, contradicción y de publicidad.

Debe estar presente el fiscal y el defensor por constituir un requisito de validez de la audiencia (art. 269).

Desarrollo de la audiencia:

- i. Se declara iniciada la audiencia, verificando la asistencia de las personas indicadas para cumplir con el requisito de validez;
 - ii. Se exponen las presentaciones escritas realizadas por los intervinientes; se procede a la defensa oral del acusado;
 - iii. Se corrigen vicios formales de las presentaciones realizadas por las partes;
 - iv. El JG pronunciará respecto a excepciones de previo y especial pronunciamiento como la incompetencia, litis pendencia o falta de autorización para proceder, resolución que será apelable, respecto a la cosa juzgada o la extinción de la responsabilidad, que pueden ser acogidas en la audiencia o dejar su conocimiento al juicio oral (art. 271);
 - v. Presentación de posibles salidas alternativas;
 - vi. Posibilidad de solicitar sea aplicado el procedimiento abreviado;
 - vii. Si hay demanda civil, se llamará a audiencia de conciliación, y el juez propondrá bases de arreglo (art. 273);
 - viii. Tanto el fiscal, el querellante, y el imputado pueden solicitar al juez conjuntamente que dé por acreditados ciertos hechos, llamadas convenciones probatorias, los cuales no podrán ser posteriormente discutidos en el juicio oral (art. 275);
 - ix. Posibilidad de excluir pruebas para el juicio oral (art. 276). Mediante una resolución fundada, previa solicitud, el juez excluirá prueba para el juicio oral: que resulte:
 - Manifiestamente impertinente
 - Hechos públicos y notorios
 - Se consideren puramente dilatorias (testimonial o documental)
 - Resoluciones o actuaciones que provengan de diligencias declaradas nulas
 - Aquellas obtenidas con inobservancia a las garantías fundamentalesLos dos últimos casos se conocer como prueba ilícita.
El resto de la prueba, que no entre en estas causales, será admitida para el juicio oral.
 - x. Solicitar prueba anticipada testimonial en relación con el art 191 (art. 280).
 - xi. Declaración de peritos según las causales del art. 191.
 - xii. Fiscal o querellante, pueden solicitar medidas cautelares, y el imputado solicitar modificación o revocación si existiere alguna vigente. También el juez, de oficio, puede abrir el debate respecto al tema
3. **Auto de apertura del juicio oral** (art. 277), es la resolución del tribunal que da paso al juicio oral, que se dictará al término de la APJO.
- Contenido de la resolución:
- i. Tribunal competente
 - ii. Acusaciones que serán objeto del juicio y las correcciones formales si las hubiere
 - iii. Demanda civil, si la hay
 - iv. Hechos acreditados, según las convenciones probatorias realizadas
 - v. Prueba que se deberá rendir

vi. Individualización de quienes debieren ser citado a la audiencia de juicio oral, abogados, acusados, testigos, peritos.

Esta resolución se entiende notificada desde el momento de su lectura, por ser una audiencia oral.

En cuanto a su naturaleza, es sentencia interlocutoria, en contra de la cual, por RG no procede recurso alguno, salvo por parte del MP si se excluyera prueba calificada como ilícita. Sin perjuicio del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva del juicio oral.

Si en la audiencia se excluyere prueba esencial del MP para sustentar su acusación, se podrá solicitar el sobreseimiento definitivo.

Etapas de Juicio Oral

Se lleva a cabo el juicio, en que intervienen el MP, el fiscal (que representa los intereses generales, pero también los de la víctima), el querellante, y el defensor, que defiende a la persona que ha sido imputada. Todo esto se desarrolla ante un T.J.O.P. integrado por tres jueces que reciben las alegaciones, la prueba, la contra interrogación de los testigos, etc.

Los recursos en el proceso penal

Clase realizada por el ex ministro de la C.S. Milton Juica

El Código procesal penal que rige actualmente en el país fue una gran revolución jurídica y de procedimiento, cambiando la estructura de un sistema con prevalencia inquisitiva que no estaba en consonancia con las disposiciones de la Constitución. Con él, se implementa un sistema más moderno de indagación criminal, con la estructura de un juicio ordinario basado en tres etapas claras de investigación, preparación y del juicio mismo, la existencia de salidas alternativas que pueden desahogar el sistema, y también el establecimiento de procedimiento especiales.

Importante es destacar la variación en los recursos procesales, tanto estructural como conceptual, distinto a lo tradicionalmente observado (como en el CPC). En el CPP encontramos un libro especial para los recursos donde se incluye: reposición, apelación y, nulidad.

El actual sistema presenta un control horizontal de las actuaciones de los intervinientes, más que jerárquico. Los jueces son los encargados de terminar el asunto sometido a conocimiento, ya sea de garantía o del juicio oral. Entonces, los recursos son especialísimos, no se dan de manera general, ya que es la ley -y no la naturaleza de la resolución- la que indica cuando un recurso es procedente. Así, en materia penal no toda resolución que causa agravio será recurrible.

Con esto se modifica el concepto de la doble instancia, ya que el juicio ordinario, y procedimientos especiales son de única instancia. Aunque se discutió acerca de los problemas que podría generar esta limitación, se llegó al consenso que la exigencia de recurso para el debido proceso no se agota en el recurso de apelación, sino que puede cumplirse con cualquier recurso, como el de nulidad o reposición.

Otro cambio es el efecto que produce el recurso respecto a la resolución impugnada. Mientras en sede civil la regla general es que suspende los efectos, en penal la regla general es que los recursos no tienen efectos suspensivos, a menos que la ley lo disponga para ciertos casos.

Adicionalmente, se termina con el recurso de casación, respecto a su nombre, y se establece un recurso de nulidad (que mantiene varias de sus causales).

Con el nuevo sistema, además, se elimina la *reformatio in peius*, que permitía, al conocer de un recurso, otorgar un perjuicio mayor en la sentencia.

Otra institución eliminada es el trámite de consulta, de acuerdo con la cual toda resolución de importancia (como sobreseimiento, absolutoria o condenatoria) de un juez de primera instancia, obligaba a la Corte a pronunciarse de oficio para analizar si la resolución se encontraba correctamente dictada. Debe destacarse que en estos casos no se había interpuesto recurso de apelación, sino que por el mérito de la sentencia, era elevada a la Corte respectiva.

En el sistema actual prima un principio dispositivo, con cargas procesales para las partes más fuertes, y pone un límite al tribunal superior que conocerá del recurso (no hay recursos de oficio ni *ultra petita*).

Respecto a la tramitación, sigue el curso normal de los principios tradicionales del sistema acusatorio: oralidad, publicidad, contradicción, concentración, continuidad y celeridad (juzgar en el menor tiempo posible). Esto se debe a que, en un procedimiento oral, los recursos deben seguir la misma lógica.

En la vista de la causa se elimina el trámite de la relación, que implicaba una carga para las partes, de presentarse y entregar un buen resumen de los hechos y sus argumentos. Se fomenta el debate entre las partes, más desarrollado respecto de las posiciones de las partes, y más aún con el derecho a réplica de las aseveraciones. El tribunal interviene mediante preguntas, dirigiendo la exposición de las partes a materias específicas que le interesaría analizar, así, se produce un diálogo del conocimiento del asunto que entrega ventajas respecto del formalismo que rige en el ámbito civil.

La tramitación se ajusta al sistema de registro electrónico obligatorio, no en expedientes, donde constan los audios de las audiencias, las actas de estas. Por esto, no se envía un expediente al tribunal superior que conoce algún recurso, sino que se envía la sentencia y los antecedentes necesarios para su conocimiento.

En la revisión formal del recurso, además del plazo y las formalidades, se realiza una revisión más fuerte al tener en cuenta si el recurso contiene todos los fundamentos necesarios, de hechos y de derecho, para su procedencia, esto especialmente en la CS. Se produce también un debate previo, no siempre claro en materia civil, que permite profundizar el recurso con la intervención de las partes.

Por otro lado, hay una exigencia mayor para resolver los recursos dentro de los plazos establecidos en el Código, por ejemplo, la reposición dentro de 3 días, y de no estar expresamente consignado el plazo en la ley, se debe realizar con la mayor celeridad posible.

El sistema establece 3 tipos de recursos:

1. **Reposición**; generalmente contra autos, decretos y algunas sentencias interlocutorias en materia civil, en penal se amplía para más interlocutorias. Un problema que se genera en este caso es aquellas interlocutorias donde es procedente la apelación (pone término al juicio o hace imposible su continuación), ya que el CPP no indica una regla de interposición subsidiaria.

Respecto de la tramitación, se distingue si el recurso es interpuesto:

- a. En audiencia → en la audiencia no es procedente la reposición si en la decisión ha precedido un debate, de no ser así es procedente en el mismo momento.
 - b. Fuera de audiencia → Se presenta dentro de 3 días,
2. **Apelación** (se incorpora el recurso de hecho); El recurso de apelación no tiene la misma significación que la apelación civil, ya que en general no procede contra sentencias definitivas, salvo en el procedimiento abreviado. Procede cuando la ley expresamente dice que procede, o cuando la resolución suspenda más de 30 días o termine el juicio o haga imposible su continuación.

Existe un plazo de 5 días para su interposición, y se concede solo en efecto devolutivo, en muy pocos casos tiene efectos suspensivos (por ejemplo, el artículo 149 CPP sobre la apelación en medidas cautelares: respecto a ciertos delitos, no se dispondrá la libertad del imputado hasta que el recurso se encuentre ejecutoriado; otro: la resolución que excluye una prueba declarada ilícita, de ser apelada, se concede en ambos efectos).

3. **Nulidad**: es el único procedente en contra de la sentencia definitiva del juicio oral. Este recurso no existía en otros códigos vigentes a la época de la reforma. El proyecto de reforma incluía un recurso de casación, pero fue modificado en el Senado, estableciéndose como el único recurso en contra de sentencias dictadas por el juicio oral, simplificado, y otros procedimientos menores.

→ Como causales se establecieron en el artículo 373:

- a. *Vulneración de garantías fundamentales en el procedimiento*. Se discute sobre qué abarca el recurso y sobre qué se anula con la sentencia de nulidad, según el expositor, solo se anula el juicio oral y no se vuelve a instancias anteriores, como investigación o etapa intermedia, si el vicio viene de estas etapas, el trámite no se considerará en el nuevo juicio (posición mayoritaria en la CS). Una novedad es la

incorporación expresa respecto a las garantías reconocidas por la Constitución y los Tratados Internacionales.

→ Conoce la Corte Suprema.

En la historia de la casación siempre se discutió si la palabra ley en la causal incluía la constitución, hasta los años '80 se indicaba que no, después se amplió hacia la CPR, pero fue siempre dudoso, por lo que la nueva disposición aclara el tema.

- b. Infracción de ley penal que influye sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Conoce la Corte de Apelaciones, pero si el fundamento son distintas interpretaciones de fallos de tribunales superiores conocerá la Corte Suprema (competencia *per saltum*).

→ En el art. 374 se establecen motivos absolutos de nulidad, vicios fuertes que por su relevancia permiten la nulidad del juicio y la sentencia.

¿Problemas de esta causal? el concepto de la infracción de garantías constitucionales y el principio de trascendencia. Como el objetivo es la nulidad, debería operar el principio de trascendencia (sino no nos encontraríamos con un recurso cuyo objetivo es la nulidad), pero en la resolución de estos conflictos se ha dado mayor relevancia a la sustancialidad de la infracción de garantías fundamentales que a la trascendencia del perjuicio. Se debería discutir si implica derechos o garantías como conceptos conjuntos de su amparo o si, atendido que está presente el debido proceso en este caso, solo abarca las garantías. Puede ocurrir que en una investigación exista infracción a una garantía o derecho constitucional, pero si el derecho afectado de forma clara no tiene relación con el delito mismo o la participación del imputado, evidentemente existe el principio de trascendencia de por medio y no se debería acoger una nulidad. El art. 373 utiliza la expresión sustancialmente, por lo que una infracción debería tener una relación de causa y efecto con el resultado final del juicio para que opere la nulidad

→ Tramitación del recurso: existe una prevalencia del principio dispositivo, ya que no se puede fallar más allá de lo planteado por las partes. La actuación oficiosa solo opera respecto a sentencias condenatorias, para el solo efecto de absolver a una persona o disminuir una sentencia.

No se incluye el recurso de aclaración, rectificación y enmienda, a diferencia en materia civil, pero se entiende que, al estar en las reglas comunes de todo procedimiento del código de procedimiento civil, que en lo pertinente es aplicable al CPP, se entiende que un juez penal lo pueda utilizar o las partes solicitarlo.

Preguntas

→ *En la nulidad, cuando se recurre por prueba ilícita, se debe hacer nuevamente el juicio, pero si nosotros entendemos que se debe excluir la prueba ¿Cómo se ha dado la práctica que el MP pueda seguir con la investigación perdiendo una prueba que podría ser relevante?*

En la etapa de preparación, cuando se plantea una prueba ilícita y es acogida, el MP puede plantear la facultad de no perseverar, ya que no podría continuar el juicio sin disponer de prueba. Ahora bien, en general, cuando hay dudas sobre la ilicitud de una prueba tienden más a pasarla que excluirla. Cabe tener en cuenta que no se puede apelar a esto, pero posteriormente a la sentencia se encuentra el recurso de nulidad.

Si el vicio se encuentra en la investigación se plantean en la etapa preparatoria, esta es la que se debe anular, aunque la CS en general mantiene la nulidad del juicio no los actos anteriores, pero excluyendo el vicio anulado.

→ Se dice que entre las diferencias entre el antiguo procedimiento penal y el actual, habría un límite respecto a las facultades oficiosas de los tribunales superiores, ¿Esta diferencia desde donde se entiende?

En el sistema civil la facultad oficiosa es mucho más fuerte, por ejemplo, con el recurso de casación en la forma de oficio, también en la casación de fondo. En materia penal actual existen límites mayores, solo para casos determinados, por ejemplo, el art. 379, si de 3 imputados solo uno recurre, la sentencia que se dicte afectaría a todos, o si se el recurso tiene problemas de interposición, pero la causal invocada es del art. 374, el tribunal puede conocer de oficio.

La sentencia de reemplazo se limita, en materia civil o el antiguo procedimiento son pocos los casos de reenvío. La nulidad solo se da en sentencias condenatorias y en casos expresamente indicados.

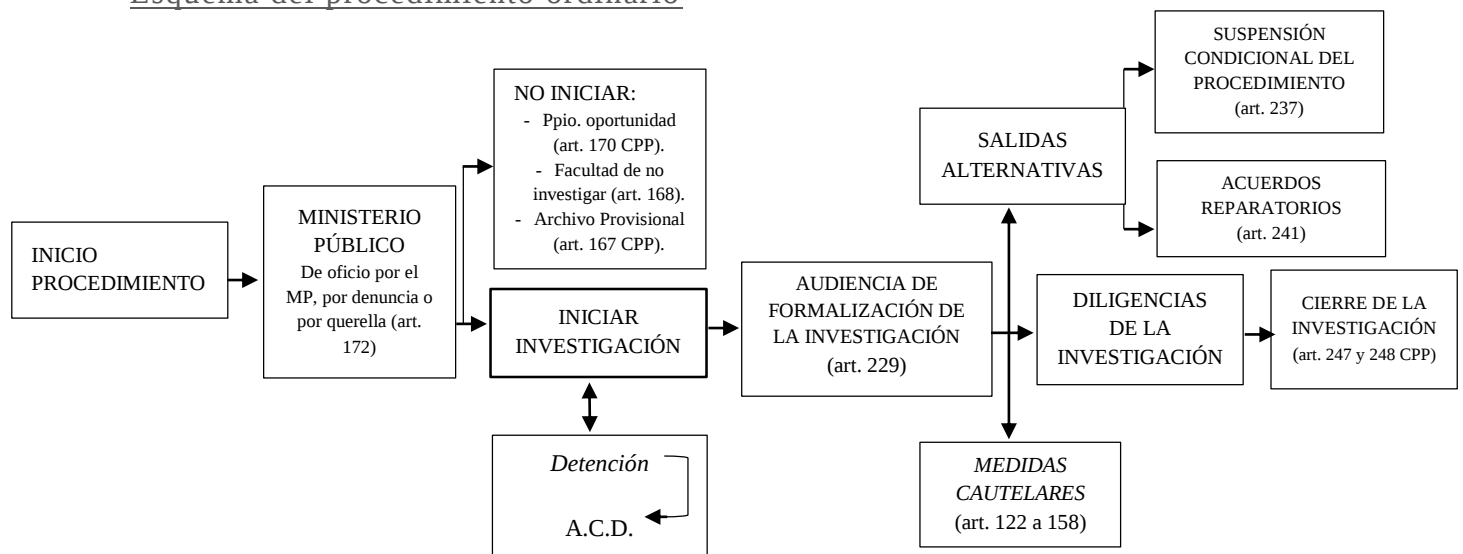
No existe una desconfianza hacia los jueces superiores en el sistema actual, sino que al ser un modelo altamente acusatorio se prefiere la instancia en que las partes han intervenido.

Clase 16 (29.10)

La prueba ilícita y sus efectos a lo largo del proceso penal

Clase realizada por el profesor y juez de T.O.P. Mauricio Rettig

Esquema del procedimiento ordinario



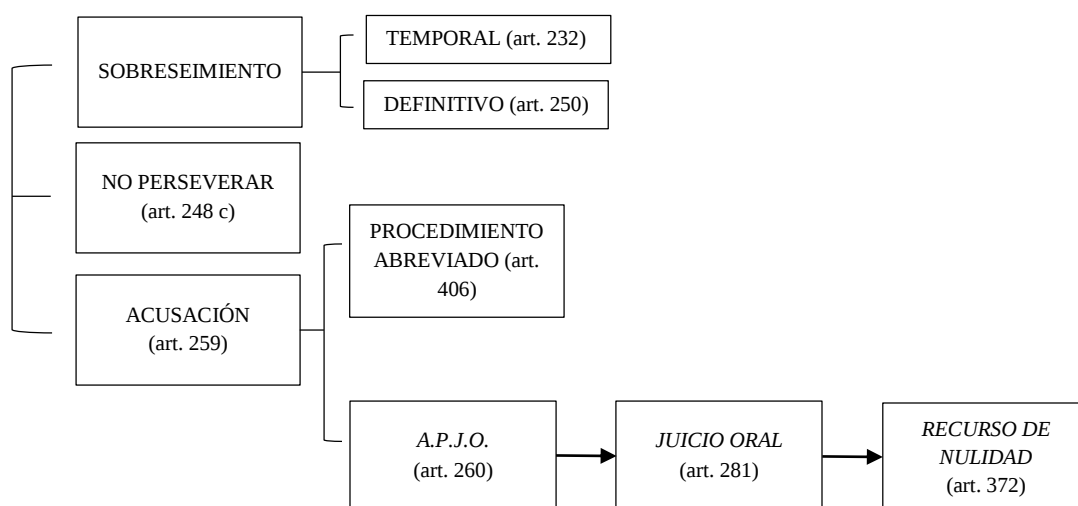
El procedimiento debería iniciar de oficio por el MP, por denuncia o querella. Sin embargo, en la práctica lo usual es que el procedimiento inicie por una detención por flagrancia, que dé paso a la Audiencia de Control de la Detención. En principio, esta audiencia no se encontraba en el CPP, siendo una institución se creó en los cursos de capacitación, pero que hoy se encuentra expresamente contemplada.

Esta audiencia dará inicio a la investigación, a no ser que el MP haga uso de alguna de sus facultades (ppio. de oportunidad, archivo provisiona, suspensión de la investigación, etc.).

En ocasiones, en la misma A.C.D. se producirá la formalización de la investigación, que como ya hemos dicho, es algo así como la comunicación al imputado de que se sigue una investigación en su contra por determinados hechos. La relevancia de la formalización en este momento es que, si el MP requiere solicitar medidas cautelares, será necesario que la investigación se haya formalizado. Esto tiene un objetivo garantístico.

A partir de la formalización, se determina un plazo para el cierre de la investigación, y será en el transcurso de tal plazo que el fiscal a cargo realizará u ordenará diligencias investigativas.

En ocasiones, en la misma A.C.D. podrían darse los requisitos necesarios para que sea posible una salida alternativa, como la suspensión condicional del procedimiento, por ejemplo, quedando el imputado sujeto al cumplimiento de determinadas condiciones por un determinado periodo de tiempo, al cabo del cual, de haberse cumplido, se dictará el sobreseimiento de la causa, y de lo contrario, se continuará la investigación del delito. En delitos de acción penal privada o algunos delitos menos graves, se pueden pactar acuerdos reparatorios entre la víctima y el imputado como salida alternativa.



En el esquema se han marcado con cursiva la A.C.D. y las medidas cautelares porque la prueba ilícita tiene importancia ya en esas instancias. Pero si avanzamos en el esquema, veremos que, una vez que el fiscal cierra la investigación, puede pedir el sobreseimiento

temporal o definitivo, ejercer la facultad de no perseverar, o derechamente acusar. Si acusa, podrá seguir tramitando la causa a través del procedimiento abreviado, que es un procedimiento especial, llamado juicio de actas, o pasar a una audiencia intermedia o preparatoria de juicio oral, que también está marcada con cursivas, porque es una instancia que es de suyo relevante en cuanto hay una admisibilidad de la prueba.

A pesar de ello, más adelante la prueba puede ser tema de debate nuevamente, como lo reconoce la opinión mayoritaria, respaldada por la CS, pues hay prueba que puede pasar el filtro de la APJO, y sin embargo discutirse si esa prueba puede o no ser valorada por el tribunal, o considerada para los efectos de condenar a alguien, de todas formas, esto es discutible.

El tema de la prueba ilícita se puede abrir también en la instancia recursiva, a través del recurso de nulidad, por la causal del art. 373 letra a) CPP. Entonces, como ustedes pueden ver es un tema que atraviesa al proceso penal en su conjunto.

Bases conceptuales

Fines del proceso:

1. **Búsqueda de la verdad**. Como dice Taruffo: correspondencia con la realidad, es decir, si se pretende motivar al ciudadano para que se abstenga de realizar ciertas conductas peligrosas desde el punto de vista jurídico, las sentencias judiciales deben corresponderse con la realidad, aunque el proceso sea un contexto de incertidumbre, pues el sistema reconoce la posibilidad de que se cometan errores, es por ello que se contemplan recursos. Uno de los factores relevantes es que estamos frente a un contexto altamente reglado, lo que puede traer como consecuencia que ciertas pruebas que podrían tener gran potencial resulten excluidas del proceso penal, esto es particularmente importante tratándose de la prueba ilícita, y se debe a que, si bien la búsqueda de la verdad es uno de los fines del proceso, no es el único. En un Estado democrático de derecho, es tremendamente importante el respeto por los derechos fundamentales.
2. La **defensa de los derechos fundamentales** es un fin primordial en un Estado democrático de Derecho. La extensión que la sociedad le otorga a los DDFF depende del balance entre:
 - i. Libertad individual vs necesidad de persecución penal.
 - ii. Deber ético del Estado para que no solo se llegue a la verdad, sino la forma en que esa verdad se obtiene, por lo tanto, en materia de DDFF la sociedad se enfrenta a un delicado balance entre dos conceptos que se ponen en relación antagónica (i)

Al profesor Rettig le gusta pensar que en un Estado democrático de derecho, el Estado debe estar sujeto a determinados límites, y de no cumplirlos, no puede pretender que el tribunal avale esas infracciones a las GGFF.

Prueba ilícita

1. **Concepto**: La obtenida con inobservancia de garantías constitucionales.
2. **Garantía constitucional**: son garantías las del art. 19 de la CPR, pero también las consagradas en los TT. II ratificados por Chile; por ejemplo, es muy importante acá el art. 14 del PIDCP, como también lo es el art. 8 de la CADH, porque son disposiciones que contienen un catálogo de garantías en favor del ciudadano.
 - En nuestro caso la presunción de inocencia está en la ley, en el art. 4 CPP, pero lo relevante es el contenido, más allá de donde está, por eso hay que tenerlo muy en cuenta. Estas garantías emanan del debido proceso.

Debido proceso

1. **Función**: Garantiza al ciudadano la realización en el proceso de los principios, derechos y garantías procesales.
2. **Concepto**:
 - a. Conjunto de parámetros o estándares básicos que aseguran que la discusión y eventual aplicación de sanciones se realice en un entorno de razonabilidad y justicia.
 - b. Conjunto de principios de carácter supra positivo y supranacional.
3. **Históricamente legitimado con la abolición**:
 - a. Del procedimiento inquisitivo → Nosotros tuvimos un procedimiento inquisitivo hasta hace muy poco, de hecho, el profesor Rettig alcanzó a ser juez en esa época, en que se podía privar a una persona de su libertad por 5 días sin justificar nada a nadie. Era un procedimiento de mucho secretismo. La idea de debido proceso también se asocia a la superación del procedimiento inquisitivo.
 - b. De la tortura como medio de prueba
 - c. Del sistema de prueba tasada → Estuvo muy bien para superar el juicio de Dios, pero a estas alturas, evidentemente no se sostiene.
 - d. De la formación de la convicción del juez sobre la base de actas escritas en un procedimiento fuera del control público → Antes el papel lo soportaba todo. Pero la superación de todas estas cuestiones ayuda al debido proceso.
4. **Estándares generales**: Requieren mayor argumentación para aplicarlos a casos concretos.

Entonces:

- En una sociedad autoritaria:
- Las garantías del debido proceso son más reducidas.
 - Baja protección del no culpable, aun a riesgo de condenar a un inocente. Esto tiene mucho que ver con el estándar de prueba, que se establece por razones de política criminal, no es muy exigente, pero corre peligro de ser condenado un inocente.

→ En una sociedad democrática:

- Mayor protección del no culpable. Aumenta la posibilidad de absolución de algún culpable.

Las sociedades basadas en la libertad asumen mayores riesgos de que un culpable no sea penado. Sólo consideran legítima la pena de quien es culpable.

- La extensión del reconocimiento de las garantías del debido proceso tiene un efecto directo sobre la libertad.

Garantías del debido proceso, un refresco memoria:

Fuentes normativas de las garantías

a. CPR:

i. Art. 19 N°3 CPR

- Derecho a defensa jurídica y gratuita
- Derecho al juez natural
- Derecho a una investigación y a un procedimiento racionales y justos (debido proceso) → frase con la cual se quiso dar cuenta del debido proceso.
- Derecho a no presumir de derecho la responsabilidad penal → ¿Presunción de inocencia? ¿Qué pasa con las presunciones simplemente legales? Tenemos varias en nuestro CP, en principio alteran la carga de la prueba, por lo que, ¿afectaría la presunción de inocencia?
- Irretroactividad de la ley penal (principio de legalidad)
- Tipicidad (principio de legalidad)

b. Tratados Internacionales:

- Art. 5 inc. 2° CPR: Entender que tienen un rango constitucional.
- CADH (art. 8)
- PIDCP (art. 14)
- Convención contra la tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes
- Convención interamericana para prevenir y sancionar la tortura

c. CPP.

Garantías de la Organización Judicial

1. **Derecho al Juez independiente:**

a. Institucional: art. 76 inc. 1° CPR

- b. Personal: esta preocupa más, pues busca que el juez que dicta la sentencia no reciba presiones por ninguna parte, y tampoco por parte de los superiores jerárquicos.

- i. Interna.
 - ii. Externa.
- 2. **Derecho al Juez imparcial:**
 - a. Art. 8.1 CADH
 - b. Art. 14.1 PIDCP
 - c. Art. 10 DUDH
- 3. **Derecho al Juez natural:**
 - a. Art. 19 N°3 inc. 4° CPR
 - b. Art. 14.1 PIDCP
 - c. Art. 8.1 CADH
 - d. Art. 2 CPP

Garantías generales del procedimiento

1. **Derecho al juicio previo** (art. 1 del CPP; Art. 19 N°3, inc. 5° de la CPR)
2. **Derecho a ser juzgado en un plazo razonable** (art. 9.3 y 14.3.c PIDCP; art. 7.5 y 8.1 CADH; 247 y 281 CPP)
3. **El derecho a la defensa** (art. 19 N°3 incs. 2° y 3° CPR)
 - a. **Jurídica** (art. 19 N°3 inciso 2° y 3° de la CPR; art. 8° CADH; art. 14° PIDCP; arts. 8, 93 b, 94 f y 102 CPP)
 - i. Derecho a la autodefensa (art. 102 CPP)
 - ii. Derecho a designar y a sustituir el defensor (art. 102 incisos 2° y 3°)
 - b. **Material** (arts. 93 y 94 CPP, art. 14° del PIDCP; art. 8° de la CADH)
 - i. Principio de contradicción (arts. 284, 286, 325, 330, 338, 374 letra c CPP; 8.2.f. CADH; 14.3.e. PIDCP)
 - ii. Derecho a ser oído (art. 8 inc. 2°, 93 d. CPP)
 - iii. Derecho a no declarar en contra de sí mismo, o a la no auto imputación (art. 91, 93 g), 98, 194 CPP)
 - iv. Derecho a no ser interrogado sin presencia de su abogado defensor (art. 91, 93 b) CPP)
 - v. Derecho a la información (arts. 8.2.b) CADH, 14.3.a PIDCP y 93 a), 94 b) del CPP)
 - vi. Principio de congruencia (art. 259 inciso final, 341, 374 f) CPP)
 - vii. Inadmisibilidad de la *reformatio in pejus* (Art. 360 inciso final)
 - viii. Inadmisibilidad del juicio contra ausentes (art. 252 letra b), 99, 93 i) CPP)
 - ix. Incoercibilidad del imputado como órgano de prueba (art. 195 y 196 CPP)
 - x. Facultad de recurrir (art 14.5 del PIDCP, Art. 8.2 h) de la CADH y Art. 352 CPP)
 - Derecho a la presunción de inocencia (Art. 19 N° 3 inc. 6° CPR, art. 4, 150, 340 del CPP, art. 8 CADH y 14.2 PIDCP)
 - c. Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (art. 1° inciso 2° del CPP, art. 14.7 PIDCP y art. 8.4 CADH). *Ne bis in ídem* desde el punto de vista procesal.

Garantías del juicio

1. Derecho al juicio público (art. 1° inc. 1° 2ª parte, 289 y 374 d)
2. Derecho a un juicio oral (arts. 291, 329, 332)
3. Inmediación (arts. 296 y 334 CPP)
4. Continuidad y concentración (282, 283 y 290 CPP)
5. Contradicción (arts. 284, 286, 325, 330, 338, 374 letra c) CPP)
6. Prueba racional (295, 297, 342 c) y d) y 374 e)

Límites formales al establecimiento de la verdad

1. **Derecho a la privacidad**
 - Art. 19 N° 4 de la CPR
2. **Inviolabilidad del hogar**
 - Art. 19 N° 5 de la CPR
3. **Inviolabilidad de toda forma de comunicación privada**
 - Art. 19 N° 5 de la CPR
4. **Prohibiciones probatorias**
 - Art. 276 inciso 3° del CPP

Fundamentos de la prueba ilícita

1. **Detractores:** En contra de la exclusión de prueba. Personas que defienden el sistema inquisitivo y piensan que el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad histórica, por lo que bastaría con aplicar sanciones administrativas y civiles, o incluso penales, a las policías, pero la prueba no se toca. Esto se lo ha escuchado a personas que no son solo a favor del sistema inquisitivo.

Ahí se nota mucho la falta de práctica y la discordancia con la realidad: ¿será posible que un fiscal que utiliza una prueba ilícita y hace toda su argumentación en torno a eso, después quiera perseguir la responsabilidad penal del policía que infringió la garantía para conseguir esa prueba? Eso no pasa jamás. Al profesor le parece de una candidez enorme pensar que una posible sanción del policía es suficiente para disuadirle de que no cometan infracciones a garantías constitucionales.

Entonces, los detractores sostienen:

- a. Sistema inquisitivo: Búsqueda de la verdad histórica
 - b. No es necesario ni conveniente excluir la prueba ilícita porque genera impunidad.
 - c. Basta con imponer sanciones administrativas, civiles o penales.
 - d. La exclusión no genera efecto disuasivo.
 - e. Crítica a esta postura: Es iluso pensar que el MP va a perseguir la responsabilidad por la ilicitud de la prueba de la que él mismo se ha valido en el proceso.
2. **Fundamentos a favor:**

- a. Criterio de la integridad judicial. Fundamento ético → ¿Qué pasa si lo válido o valoro? ¿hasta qué punto me hago cómplice de la violación de la garantía fundamental?

Algunos¹⁰⁰ dicen que como juez tengo que condenar no más, porque el recurso de nulidad retrotrae al juicio a una etapa para que se pueda excluirse dicha prueba. Pero el estándar del 373 letra a) es alto, y muchos recursos no pasan ese estándar. Se hace esta prevención porque algún sector de la doctrina -no así de la jurisprudencia, y menos de la CS- entiende que si el juez de TOP valora negativamente la prueba, es decir, da razones para justificar que no puede utilizar X prueba para poder fundar su sentencia condenatoria, está excluyendo prueba y, por lo tanto, en el fondo, estaría actuando más allá de sus límites. Rettig sostiene que esto no es así; a su juicio, la integridad judicial tiene mucha relevancia, porque sin ella la función judicial se deslegitima, pierde mucha fuerza.

Pensemos en un caso extremo: Si un funcionario policial sabe quién puso la bomba y lo tortura a efecto de que señale dónde está puesta, y adoptamos la postura de los detractores (depende de una sanción civil, administrativa o penal por parte de ese funcionario policial, la prueba se queda y se debe valorar positivamente), ¿no habría ahí límites éticos? Pareciera ser que, en un Estado de derecho, respetuoso de la dignidad humana, hay ciertos límites éticos que no se pueden romper, y uno de ellos es la tortura, porque de lo contrario uno abre esa puerta y no sabe adónde llega. Imaginen que torturo al sujeto, pero él no habla, entonces se justifica torturar al resto de su familia → ¿hasta dónde se permite? ¿establecemos un código de tortura? Esos son los costos que hay que pagar, que un culpable sea absuelto, para no llegar a estos niveles.

- b. Confiabilidad de la evidencia. Se dice, mire si la evidencia ha sido obtenida con infracción de garantías fundamentales, la calidad epistémica de esa evidencia es baja y, por lo tanto, eso puede dar cuenta de que una pequeña cantidad de droga se plantó en la casa del sujeto para imputarlo. Pero hay casos en que, si bien se comete una infracción a la garantía fundamental, la calidad epistémica es indiscutible, y ¿qué pasa si hay un ingreso no autorizado a un domicilio y encuentro 100 kg de cocaína? Eso no lo pudo plantar el policía, el tema ahí es que hay una infracción a una garantía fundamental. El tema en estos casos es que puede pasar que la evidencia sea fiable, es decir, no haya perdido calidad epistémica, pero eso no quita que haya sido obtenida con infracción a garantías fundamentales.
- c. Criterio de la prevención. Se ocupa hartito en la jurisprudencia en el sentido de que al excluir la prueba ilícita el juez manda un mensaje a las policías sobre cuáles son los límites que no puede traspasar. El problema de este criterio es que, a pesar de la infracción, la evidencia puede dar cuenta de su calidad epistémica (aunque ello no quita que la infracción exista).

¹⁰⁰ El profesor invitado hace referencia al profesor Julián López.

- d. Protección de las garantías constitucionales. Los derechos fundamentales gozan de una posición prevalente en el ordenamiento y, por lo tanto, su respeto irrestricto implica desestimar la prueba ilícita. Se puede recurrir al art. 19 N°3 CPR, art. 14 PIDCP, art. 8 CADH, etc., y decir que la presunción de inocencia debe ser vencida por el Estado u órgano persecutor en base a prueba ilícita. Aquí no todo vale.

Hipótesis legales de prueba ilícita

El art. 276 inc. 3° contiene 2 hipótesis:

- a. Pruebas que provienen de actuaciones o diligencias declaradas nulas.

La idea de la hipótesis es cubrir todas las hipótesis, por ejemplo, en una audiencia de prueba anticipada en que se haya impedido el correcto desempeño del defensor, pero lo normal será que lo declarado nulo provenga de alguna orden dictada por el JG (de detención, interceptaciones telefónicas, exámenes corporales), que haya sido fundada en antecedentes entregados por el MP, que luego se advierta que la información no era real. En casos como este último, el juez habrá entregado la orden de manera equivocada, y es por ello que es tan relevante que los JG dejen registro, no solo de que dieron las órdenes, sino también de los fundamentos en virtud de los cuales dieron esa orden.

- b. Pruebas obtenidas con inobservancias de garantías fundamentales.

Debe tenerse presente que el estándar es alto, esto pues si se analizan sistemáticamente los artículos relacionados podemos concluir que, por ejemplo, ante la pregunta sobre si basta o no la mera ilegalidad, la respuesta es que la vulneración debe cumplir con ciertos mínimos, y cabe preguntarse cuál es el nivel de afectación de la garantía (si llegó a afectarse el núcleo), cuál es el ámbito de aplicación de la norma, en favor de quién está establecida la garantía, y si está establecida en favor de un tercero. Entonces, no hay que olvidar acá que las garantías funcionan como principios y, por lo tanto, si bien son aplicables a un mayor número de casos, evidentemente implican una mayor fundamentación, por lo que la jurisprudencia tiene que ir completándola, labor que corresponde a la CS (y que cada vez entiende mejor la CS, a diferencia de cuando partió la reforma procesal penal).

→ Estándar:

- Art. 373 a). Sustancial: debe provocar indefensión.
- Art. 159: El juicio debe ser reparable únicamente con la declaración de nulidad.
- Art. 160: haber impedido el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la CPR y las leyes.

*Fallo Rol 10.910, del año 2013. Evidentemente estamos hablando de que no toda infracción constituye una exclusión de prueba, el estándar no es para nada bajo.

Audiencia de control de detención

En la práctica, los procesos normalmente parten por un control de identidad o detención por flagrancia, a partir de la cual se incautan ciertos antecedentes que serán prueba en tanto se incorpore luego en el juicio en la forma que señala la ley.

→ Actuaciones autónomas de la policía: control de identidad y detención por flagrancia

→ En cuanto al control de identidad la CS ha ido construyendo jurisprudencia en torno a la interpretación del art. 85.

→ ¿Qué pasa cuando la detención es declarada ilegal?

Siguiendo el art. 85 y las modificaciones introducidas en 2016, para realizar un control de identidad, el fundamento que autoriza a la policía es que exista un indicio (antes de la modificación eran indicios). Ante esto, la CS ha ido decantando cuáles son los casos en que la verdad, ese indicio no concurre, no se da:

→ Por ejemplo, en el caso de las llamadas denuncias anónimas¹⁰¹, la CS ha fallado que no podrían ser suficiente estas llamadas anónimas para constituir un indicio, a menos que cuenten con información de importancia respecto del hecho que se está cometiendo y que pueda ser verificado por la policía.

→ Un ejemplo real que el juez vio: hubo una denuncia anónima que indicaba “en la convergencia de calles X y Z, hay una riña, casi matándose”. Llega la policía a la esquina y hay 5 personas conversando. La policía señala que llega por llamado anónimo (el hecho consistía en que estaban peleando). A propósito de control de identidad los registran, y a uno de ellos le encuentran un arma hechiza. E

Esto hay que tomárselo con mucho cuidado, imagínense se hubiera hecho un control de identidad con todo el curso y se revisan las 60 mochilas, evidentemente algo van a encontrar, a lo mejor alguno tiene droga o vaya a saber uno.

Es muy importante el baremo con el que uno analiza esto. El JG no puede realizar un control con un baremo *ex post*, sino verificar si el indicio da cuenta de circunstancias que hacen proporcional esa restricción de la libertad y registro de las personas, pero **tiene que ser ex ante**. Esto fue lo que le pasó al vapuleado JG de San Antonio, no había ningún indicio de que él estaba cometiendo un delito o que pudiese aportar antecedentes para otra investigación y, por lo tanto, declaró ilegal la detención y lo que sucedió es que *ex post* se le encontró armamento en el auto.

Entonces:

¹⁰¹ Es complejo, los JG quedan como los malos de la película, porque los políticos llaman a que la gente haga denuncias, pero en la jurisprudencia eso no tiene mucho valor

1. **Denuncias anónimas.** La CS desconfía de ellas y entiende que no pueden ser constitutivas de un indicio, a menos que de verdad aporten, estén registradas y aporten datos importantes, comprobables por la policía.
2. **Infracción contravencional.** No autorizan la realización de un control de identidad. Hay múltiples fallos, hay uno en mayo de este año, por lo tanto, se anula la sentencia. Eso provoca una especie de jurisprudencia.
3. **Percepción policial.** Llámese el olfato policial o el sentido común, que es el menos común de todos los sentidos. La policía tenía tan buen olfato que va por la carretera y hay dos personas con mochila, esperando un bus, entonces según ellos encontraron olor a marihuana, así que les hicieron un control de identidad y les encuentran marihuana, pero la CS determinó que la percepción policial no cumple con los parámetros de un indicio, la policía tiene que justificar las razones de por qué fue considerado el contexto como un indicio de delito.
4. **Entidad del indicio.** El caso del que comentaba el profesor, que se falló este año, dice relación con que un auto realizó una mala maniobra en marcha atrás, entonces ve a la policía y la persona a bordo del auto deja algo atrás, lo que motivó el control de detención. En este caso el voto de mayoría especificó que esa es una conducta neutra, pero nunca explicó qué entiende por una conducta neutra.
En derecho penal, uno entiende que, en temas de autoría y participación, con el sujeto que maneja un taxi, puede ser una conducta neutra, pero el tema es que puede ser utilizada para transportar droga, pero en este fallo no se especifica. En el voto de minoría, que entiende que acá sí hay un indicio, dice que se debe hallar una conducta indicativa y reveladora de una actividad delictiva en curso. Está muy bien que se aporte al criterio, pero no logra aclarar si en el caso este criterio se cumplía para determinar si hay un indicio.
5. **Carácter sustantivo y no aritmético del indicio.** Fallo muy interesante que fue al ladito de cuando se modificó la palabra indicios por indicio, indica que no se trata de disminuir el baremo, sino de cambiar un criterio aritmético por uno sustantivo. Ahí se indica que ese indicio debe tener la actitud, la entidad, la objetividad de los hechos y circunstancias conocidos o de que se da noticia a la policía para dilucidar si se trata o no de un indicio. Lo relevante es si un indicio justifica razonablemente la privación de libertad personal de quien es sometido a un control de modo arbitrario y antojadizo.

→ ¿Qué sucede con el material probatorio que surge a partir del registro de las vestimentas, equipaje o vehículo realizado a propósito de una detención declarada ilegal?

A partir de estas declaraciones de ilegalidad, el material probatorio que se obtiene de esa diligencia, obviamente es ilícito, lo que puede tener repercusiones en las distintas etapas del procedimiento. Aun cuando el juez declare ilegal la detención, puede tener lugar la formalización y la solicitud de medidas cautelares.

En este caso pueden pasar varias cosas:

1. Si el juez considera que la prueba ha sido obtenida con infracción de GGFF, esta no servirá, más adelante, para fundamentar una sentencia condenatoria, por lo que no podrá considerarse a efectos de colmar los supuestos de la prisión preventiva o las medidas cautelares del art. 155 CPP.
Puede suceder que haya otras pruebas lícitas que cumplan con los estándares del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, pero como JG no se puede utilizar prueba ilícita.
2. Luego, la discusión se producirá en la APJO, en que el JG debe depurar la prueba, pudiendo reabrirse el debate en torno a los elementos en cuestión. La resolución del JG que declaró ilegal la detención es provisional, porque a lo largo del curso del procedimiento pueden surgir nuevos antecedentes, por ejemplo, porque se descubren antecedentes de que los fundamentos del fiscal son ciertos o al revés.
→ ¿Por qué el debate debe centrarse en la APJO? Porque ahí el JG depura la prueba, busca que esta discusión de prueba no se pase al JO.
3. Luego pasamos al JO. El profesor y juez Rettig sostiene que en esta etapa, al valorar negativamente prueba ilícita no está excluyéndola: la escuchó, vio al perito, vio cuando se introdujo la prueba material, por lo tanto, se trata de un problema de valoración de la prueba, debe justificar por qué no se consideraron ciertas pruebas. Esto es lo que se ha llamado valoración negativa de la prueba.
4. Esta discusión de prueba ilícita evidentemente se tiene que reabrir cuando se dan los fundamentos del recurso de nulidad, en el art. 373 letra a) del CPP. Se tuvo que modificar dicho artículo para que la CS evaluara la prueba ilícita, porque anteriormente se sostenía que la exclusión de prueba le correspondía al JG. La CS, además, debe señalar cuál es la etapa del proceso a la que se debe retrotraer.

Oportunidad para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile

- El debate en torno a la ilicitud de la prueba es transversal al proceso penal.
- La prueba ilícita aparece expresamente regulada el art. 276 CPP
 - En sede de admisibilidad
 - Su importancia trasciende dicha etapa procesal:
 - Ineficacia en la etapa de investigación
 - Ineficacia en sede de admisibilidad
 - Ineficacia en sede de valoración
 - Ineficacia en sede de recurso de nulidad.

En una sociedad que se toma en serio los derechos fundamentales, ha de admitirse que de vez en cuando un culpable quede libre si la policía o el MP hizo mal su trabajo y obtuvo prueba con infracción a DDFF, y si ese es el costo que hay que pagar, está bien.

Profesora: Es errática la valoración negativa, si por eso se entiende que va a restar confiabilidad o peso a un determinado elemento probatorio, esa expresión no lo capta bien y me parece impropio que el juez en esa actividad estaría excluyendo prueba.

Preguntas

→ *¿Esta eventual reapertura en el contexto de juicio oral se da solamente a propósito de la detención y de la prueba generada con la detención? ¿lo que se evalúa es solo respecto de la detención o respecto de toda prueba que se puede generar, en general?*

En general. La verdad es que puede ser que esa prueba se haya obtenido con infracción de GGFF durante toda la investigación. Imaginemos que la fiscalía tiene un blanco investigativo, entonces el policía va donde la pareja del imputado, que es una persona humilde, a una población y le dice que está encubriendo a su pareja, amenazando con que hasta pueden quitarle a su niño. Es la conviviente del acusado, por lo tanto, tiene su derecho a no declarar en contra de su conviviente, pero ella por temor a que le quiten sus niños, declara en contra de su pareja. Esa prueba es ilícita y, sin embargo, no dice relación con la audiencia de control de detención. Es una prueba que se obtuvo durante el procedimiento.

Ahora, hay un fundamento, hay casos en los cuales ni siquiera el fiscal sabía que había una ilicitud y esa ilicitud sale a flote en el JO. Pongamos un caso: había un imputado al que le decían el juguera, en el JO la discusión era si el juguera, cuando declaró ante la policía, estaba drogado o no, porque la lectura de derechos no tiene ningún valor si cuando se los leyeron, el imputado estaba drogado. Entonces la fiscal le dice señor, pero cuénteme, en que condición estaba el imputado cuando usted le tomó declaración y él le dice que estaba completamente drogado. El policía argumenta por qué piensa que el imputado estaba drogado y vieron como el caso de la fiscal se caía. Ahí ni la fiscal sabía que había una ilicitud de la prueba y ¿cuándo se descubrió? En el juicio oral.

Claro, lo preguntaba porque me ponía en el caso contrario. En el caso que la prueba hubiese sido declarada ilegal en la APJO y se pretendiese evaluar la declaración de ilegalidad de esa prueba en el JO, porque la prueba no llega al JO si fue declarada ilegal.

Si fue excluida, no llega, de eso se trata. De hecho, por eso tenemos dos tipos de tribunales en el procedimiento penal, la idea es que la prueba llegue suficientemente depurada al proceso penal, por eso es que la etapa de admisibilidad tiene tanta importancia, porque la idea es que el TJOP no conozca la prueba ilícita. Acá tenemos uno de los mayores déficits de nuestro sistema, en materia de admisibilidad de la prueba, en Chile es pobre, pobrísima. Pasa como pericia el carabinero que sacó una foto con su celular, y además hay un tema estratégico: el recurso de apelación en ambos efectos procede únicamente si quien lo entabla es el fiscal, cuando se le ha excluido prueba por infracción de GGFF, entonces como juez tienes que ver qué te conviene más para tu carrera, por lo tanto, no excluyo nada, porque es la única manera en que puedo evitar que la CA revise la exclusión de la prueba. Conviene

más ser una especie de buzón y que pase todo y se resuelva todo en el TJOP. Entonces acá hay dos caminos:

1. O generamos reglas mínimas de evidencia.
2. O le permitimos a la defensa que pueda recurrir, igual que el MP, cuando resulta que él piensa que la prueba fue realizada con infracción de garantías fundamentales.

Al profesor le gusta más el primer camino, sobre todo perfeccionar la APJO y la admisibilidad de la prueba, porque eso nos falta mucho, depuran poco los JG, esa es la verdad.

Clase 17 (03.11)

Procedimiento penal ordinario

Como ya hemos dicho, el procedimiento penal ordinario conste de tres etapas: una etapa de investigación, una etapa intermedia o preparatoria, y una etapa final, que se denomina juicio oral.

Etapas de investigación

Durante esta etapa, dirigida por el Ministerio Público, se realizan diligencias de investigación, que entregan distintas posibilidades de que la investigación vaya avanzando.

Como ya hemos dicho, el procedimiento puede iniciarse de tres maneras: de oficio por el MP, por denuncia, o por querrela. Sin embargo, como explicó el profesor Rettig, a veces la etapa de investigación iniciará con una A.C.D., en casos de detención por flagrancia.

En esta etapa, además, y hasta antes de formalizar la investigación (ya sea en A.C.D. o en una audiencia especialmente convocada al efecto), el MP podrá hacer uso del principio de oportunidad, o de las facultades consagradas en los art. 167 y 168 CPP, estas son, archivar provisionalmente los antecedentes, o hacer uso de la facultad de no investigar. Una vez se ha formalizado la investigación comienza la etapa investigativa (formal).

Tras la formalización, prosiguen las diligencias de investigación. Algunas de ellas pueden ser ejercidas de manera autónoma por el MP, otras de manera autónoma por la policía, y otras requerirán de la autorización del JG, en cumplimiento de uno de los principios básicos del CPP, específicamente del art. 9 que dispone la autorización judicial previa obligatoria para todas aquellas actuaciones que privaren, restringieren o perturbaren los derechos que la CPR asegura al imputado o a un tercero.

Además de las diligencias, una vez formalizada la investigación pueden activarse las salidas alternativas.

Salidas Alternativas en el procedimiento penal¹⁰²

Estas salidas alternativas pretenden dar algún tipo de solución al conflicto diverso a la imposición de la pena. Son mecanismos que requieren un cierto nivel de acuerdo entre los intervinientes, y siempre van a ser aprobados por el tribunal de garantía. También suponen que pueda suspenderse o ponerse término al proceso penal.

Podría entenderse que son formas regladas del principio de oportunidad.

El fundamento se encuentra en la economía de tiempo y recursos, se prioriza la persecución penal, evitando, desde un punto de vista del imputado, la pena privativa de libertad. Se satisface, por otra parte, el interés de la víctima mediante el cumplimiento de determinadas condiciones.

Son dos salidas alternativas:

1. **Suspensión condicional del procedimiento.** Se encuentra regulada en los artículos 237 al 240, consiste básicamente en poner término anticipado al procedimiento cuando existe un acuerdo entre el fiscal y el imputado, que ha sido aprobado por el juez de garantía si concurren los requisitos legales. Este acuerdo consiste en que el imputado sea sometido al cumplimiento de una o más condiciones por un tiempo determinado, cumplido estas condiciones por aquel en el tiempo, se extingue la responsabilidad penal.

El querellante no participa en el acuerdo involucrado, pero si tiene derecho a ser oído y apelar.

La suspensión condicional puede solicitarse, en la fase de investigación, desde la formalización hasta el cierre de la investigación. También en la audiencia de preparación del juicio oral (art. 245).

La presencia del defensor del imputado en estas audiencias, especialmente al acogerse la suspensión condicional, es un requisito de validez de esta.

Se puede solicitar de manera verbal o por escrito por el MP, también puede hacerlo el imputado pero requiere acuerdo con el fiscal.

a. **Requisitos:**

- i. La pena, en el evento de dictarse sentencia condenatoria, no excediere de 3 años de privación de libertad. Se debiese considerar las circunstancias modificatorias de la responsabilidad. En delitos de mayor gravedad, el fiscal deberá someter a evaluación la solicitud ante el fiscal regional.
- ii. El imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

¹⁰² Esto corresponde al video subido a u-cursos sobre el tema.

iii. El imputado no tuviere vigente una suspensión condicional del procedimiento al tiempo de verificarse los hechos objeto del proceso.

El juez deberá verificar que se cumplan los requisitos legales, de concurrir se dicta la resolución respectiva que acoge la solicitud, fijando las condiciones que deberá someterse el imputado y el plazo que durará, que no puede ser menor a un año ni más de 3 años.

b. Las condiciones pueden ser:

- i. Residir o no en un lugar determinado
- ii. Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas
- iii. Someterse a algún tipo de tratamiento médico o psicológico u de otra naturaleza
- iv. Tener algún trabajo, oficio, profesión o empleo
- v. Asistir algún programa educacional o de capacitación
- vi. Pagar una suma a título de indemnización de perjuicios
- vii. Garantizar su pago a favor de la víctima
- viii. Acudir periódicamente ante el MP
- ix. Fijar un domicilio e informar los cambios al MP
- x. Cualquier otra condición que resulte adecuada en relación con las circunstancias del caso, propuesta de manera fundada por el MP

De no concurrir lo requisitos o no existiere consentimiento del imputado, el juez podrá rechazar la solicitud de suspensión condicional. El consentimiento se puede verificar mediante preguntas sencillas realizadas en la misma audiencia.

La resolución que se dicte es apelable por el MP, el imputado o el querellante, con el solo efecto devolutivo.

c. Los efectos de la suspensión son:

- i. No se altera la suspensión de la prescripción penal
- ii. Se suspende el plazo para cerrar la investigación
- iii. No se extinguen las acciones civiles de la víctima o terceros contra el imputado, y pueden ser ejercidas ante el tribunal civil competente
- iv. Transcurrido el plazo fijado para el cumplimiento de las condiciones que se fijen, se extingue por el ministerio de la ley la acción penal, dictándose sobreseimiento definitivo.

La suspensión podrá ser revocada a petición fiscal o de la víctima, si se incumpliera de manera grave o reiterada las condiciones fijadas o si el imputado es objeto de una nueva formalización por hechos distintos. Se reanuda el procedimiento según las reglas generales.

2. Acuerdos reparatorios. Se regula en los artículos 241 al 244. Permite también poner término anticipado al procedimiento cuando existe acuerdo entre la víctima y el imputado

sobre la manera en que deben ser reparados los daños producidos por el hecho punible que se imputa. Debe someterse a aprobación del juzgado de garantía.

Se dice que este mecanismo implica una privatización de la persecución penal, y por ello han sido cuestionados, permite satisfacer los intereses de ambos intervinientes.

- a. El requisito esencial es el acuerdo entre imputado y víctima, no se requiere acuerdo del fiscal pero se puede oponer.
- b. Su procedencia es respecto a ciertos delitos, aquellos que tengan bien jurídico protegido de carácter patrimonial, en casos de delitos de lesiones menos graves, y en caso de delitos culposos
- c. La forma de reparación puede consistir en una suma de dinero o en cualquier otro tipo de prestación que deba realizar el imputado ya sea en beneficio de la propia víctima o en beneficio de la comunidad o de un tercero. Puede ser tanto material como simbólica.
- d. Oportunidad: Al igual que la suspensión condicional solo se puede presentar desde la formalización hasta el cierre de la investigación y posteriormente en la audiencia de preparación del juicio oral.

Deben hacerse llegar las bases del acuerdo por escrito al juez de garantía, y este, en la audiencia respectiva, aprobará los acuerdos reparatorios si se ajusta a los requisitos legales. Sin embargo se negará si no se hubiere prestado el acuerdo de forma libre, no correspondiere el delito objeto del juicio, o existiere algún interés público prevalente en la continuación de la persecución penal (especialmente si se incurre reiteradamente en los hechos investigados).

- e. Efectos:
 - i. Respecto a los efectos penales, cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado, o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima, el tribunal dictará el sobreseimiento definitivo, que podrá ser total o parcial según abarque todos los hechos o todos los imputados.
 - ii. Respecto a los efectos civiles, luego que se encuentre ejecutoriada la resolución que apruebe el acuerdo, se puede solicitar el cumplimiento ante el juez de garantía según el procedimiento incidental fijado en el CPC.
 - Efectos subjetivos, se refiere a que si existiere pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento continuará entre quienes no hubieren concurrido al acuerdo.

Continuando con la etapa de investigación...

Durante la investigación podrán solicitarse medidas cautelares (en etapas posteriores también), las que revisaremos en su totalidad en la clase del martes siguiente. Hasta ahora solo hemos hecho menciones a la detención, a la prisión preventiva y a la citación. Por el momento basta con tener claro que es posible solicitarlas en la etapa de investigación, así como también en la etapa intermedia ante el JG, y luego ante el TOP.

El objetivo de las diligencias de investigación es producir elementos probatorios que puedan ser utilizados por el MP, por el querellante particular si lo hubiera, o por el JG; en el caso del primero, para presentar el escrito de acusación, y en el caso del JG, para resolver o decretar las distintas enunciaciones que debe contener el auto de apertura del juicio oral.

El plazo máximo legal para la investigación es de dos años (art. 247), aunque el JG podrá fijar un plazo judicial menor (art. 234), transcurrido ese plazo, el fiscal deberá proceder al cierre de la investigación. Si no lo hiciera, el mismo art. 247 se encarga de establecer las posibilidades: el imputado puede solicitar al JG que lo aperciba para el cierre. En la práctica, entonces, el juez citará al fiscal a una audiencia, y le otorgará un plazo para que se pronuncie, si en este plazo no lo hiciera, el juez decretará el sobreseimiento definitivo de la causa. El mismo art. 247 dispone que debe darse cuenta de estas cuestiones al superior jerárquico del fiscal.

Si por algún motivo no se hubiese presentado o solicitado la incorporación de prueba de manera oportuna (APJO), existe una norma excepcional en el art. 336 que permite que las partes soliciten al tribunal ordenar la recepción de alguna prueba cuando se pueda justificar que hasta ese momento no se tenía conocimiento de la misma. En la misma línea, existe una norma que permite la reapertura de la investigación en casos excepcionales, para que los intervinientes puedan reiterar solicitudes de diligencias de investigación específicas que hubiesen hecho oportunamente al fiscal, que no hayan sido realizadas, caso en que será el propio JG quien ordenará reabrir y realizar las diligencias, otorgando un plazo para ello (art. 257 CPP).

Una vez transcurrido el plazo de la investigación, el MP debe realizar esta actuación administrativa de cierre de la investigación. Una vez cerrada, el fiscal tiene un plazo de 10 días para adoptar alguna de estas tres actitudes: solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa (art. 250 y 252 respectivamente), formular acusación, o comunicar la decisión del MP de no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar la acusación. Deben mantener presente que el cierre de la investigación es un acto administrativo del MP, pero el sobreseimiento debe ser decretado por el JG, pues el MP sólo puede solicitarlo.

- *Sobreseimiento definitivo* (ver art. 251) → con él se pone fin al procedimiento, teniendo autoridad de cosa juzgada de acuerdo al artículo 251. Por esto, las causales para decretar el sobreseimiento definitivo deben ser de una entidad tal que permitan poner término al procedimiento, así, si el hecho investigado no fuere constitutivo de delito o si aparece claramente establecida la inocencia del imputado -entre otras causales- el juez podrá dictar este sobreseimiento definitivo con los efectos de ponerle término al procedimiento y producir autoridad de cosa juzgada.
- *Sobreseimiento temporal* → lo que se hace es suspender temporalmente el procedimiento cuando, por ejemplo, para el juzgamiento de una causa criminal deba

primeramente resolverse una cuestión civil, o cuando el imputado cayere en enajenación mental. El sobreseimiento temporal, como su nombre lo indica, puede reabrirse cuando cese la causa que lo hubiese motivado.

- *Facultad de no perseverar* (art. 248 letra c) → Si el MP hiciera uso de esta facultad, el querellante podría oponerte solicitando que se proceda al forzamiento de la acusación (art. 258 CPP). Tenemos que entender que al comunicar esta decisión el MP, el JG va a citar a una audiencia, en que el querellante podrá solicitar el forzamiento de la acusación (que está contemplada, en primer término, para el sobreseimiento)
- **Formular acusación** → si existen hechos que justifiquen la comisión del hecho punible y la participación del implicado, lo que va a hacer el ministerio público es presentar un escrito de acusación, cuyos requisitos están contemplados en el art. 259. Con esto, se dará lugar a una audiencia intermedia.

Otra opción es que, si se acusa, y se cumplen los requisitos del art. 406 CPP, podrá pasarse directamente al procedimiento abreviado. Entre otros, los requisitos son: que la imposición de la pena privativa de libertad que esté solicitando el fiscal no sea superior a 5 años de reclusión menor en su grado máximo ni superior a 10 años de presidio o reclusión mayores en su grado mínimo, y que se trate de cierto tipo de ilícitos, además, el imputado debe estar en conocimiento de estos hechos que se le imputan, y debe aceptarlos expresamente, al igual que debe aceptar la aplicación el procedimiento abreviado, que como su nombre lo indica, tiene un desarrollo mucho más contraído que el juicio penal ordinario, y se tramita ante el mismo JG. Volveremos sobre este procedimiento más adelante.

Etapas intermedia de preparación del juicio oral

La etapa intermedia consta de 3 elementos principales:

1. **Acusación del fiscal**. Es una de las opciones que tiene el fiscal tras el cierre de la investigación. A esta acusación puede adherirse el querellante, pudiendo presentar una demanda civil. Esta es la parte escrita de esta etapa intermedia, con la excepción del supuesto de juicio inmediato (art. 235 CPP).
2. **Audiencia preparatoria de JO**. Se lleva a cabo ante el JG, que tiene distintos tipos de funciones:
 - a. **Fijación y depuración de la Litis**. Cuáles son los objetos sobre los cuales va a recaer la prueba. En ese sentido, se va a deliberar sobre cuál es la prueba a rendir y la prueba que debe ser excluida.
 - b. **Conciliación y acuerdos reparatorios**. Conciliación respecto de la acción que pueda haber sido deducida con ocasión de la persecución penal.
 - c. **Procedimiento abreviado**. Su aplicación tendría que verse al principio de esta audiencia.

- d. Suspensión condicional del procedimiento. Si no se solicitan antes del cierre de la investigación, este es el último momento para activar estas salidas alternativas.
- e. Prueba a rendirse en juicio y prueba excluida.
- f. Convenciones probatorias. Las partes pueden sustraer de la materia probatoria hechos respecto de los cuales hay acuerdo en su ocurrencia.
- g. Procedencia prueba anticipada. En caso de que no pueda ser rendida en el juicio oral.

En esta audiencia, que se desarrolla conforme a los principios de oralidad, inmediación, etc. se resumen las presentaciones de los intervinientes, se corrigen posibles vicios en la acusación y demanda civil, y luego se debate sobre las pruebas que pretenden rendirse en el J.O.: pueden formularse observaciones a las pruebas ofrecidas por la contraria, o solicitarse la exclusión de algunas (hipótesis del art. 266). Además, el JG debe llamar a una conciliación si ha habido demanda civil y luego lo que procede es excluir prueba si nos encontramos en alguna de las hipótesis del art. 266.

Esta APJO termina con un auto de apertura del JO.

- 3. **Auto de apertura del JO (art. 257)**. Resolución judicial que, además de indicar cuál será el tribunal competente para conocer del JO, deberá determinar las acusaciones que serán objeto del juicio, la demanda civil, los hechos que se dieren por acreditados si hubo convenciones probatorias, las pruebas que deberán rendirse y las pruebas que han resultado excluidas. Como bien dijo el profesor Rettig, y en algún momento el profesor Fierro, la exclusión de pruebas solo va a poder ser objetada por el MP cuando se excluyan pruebas de cargo y, en ese sentido, va a poder impugnar esa resolución y, si no hay prueba suficiente, podrá solicitar la dictación del sobreseimiento definitivo.
- Finalmente, con este auto de apertura, se fija día y hora para la audiencia de juicio oral.

Con esto hemos visto la etapa oral de la APJO, que depura el objeto del litigio y determina cuál es la prueba que va a rendirse, siendo esta una de las facultades más novedosas que tiene el JG: la de excluir prueba, cuando es meramente dilatoria, o la prueba derivada de actuaciones que son declaradas nulas o con vulneración de garantías fundamentales, que es denominada prueba ilícita, esa es una cuestión importante de esta APJO. Es necesario tener claro que la etapa intermedia termina con este auto de apertura, que es una resolución judicial del JG e que consigna nuevamente el objeto del proceso y las pruebas que se van a rendir en el JO, y que luego es comunicada al tribunal respectivo.

Etapa de Juicio Oral

El JO es la parte del procedimiento ordinario que se desarrolla de manera oral, pública, continua y concentrada ante el TJOP competente. Es la parte más relevante del proceso penal, en ella se rinde la prueba, se valora la prueba y se decide si aquella

es o no suficiente para dar por acreditada la culpabilidad del imputado, más allá de toda duda razonable.

Respecto del juicio oral encontramos en el CPP reglas sobre: dirección y disciplina, facultades del TOP durante el desarrollo de la audiencia, principios que informan el desarrollo de la audiencia (art. 282 CPP), y las reglas sobre medios de prueba y valoración (art. 297 CPP). En este último sentido, se pueden probar las alegaciones y defensa a través de cualquier medio de prueba incorporado en la oportunidad que establezca el legislador (JO), aunque existe regulación sobre la admisibilidad y respecto de los tipos de prueba, específicamente testigos, peritos y documentos, reglas que no deben confundirse con la idea de libertad probatoria que subyace al juicio penal.

Los jueces del TJOP abren este juicio oral, dan por iniciado el juicio, y luego de ello fijan el objeto del debate y, eventualmente, dictan ciertas medidas previas. A continuación, se reciben los alegatos de apertura de los intervinientes, si lo hubiere. Se rinde la prueba con posterioridad, en el orden que cada parte lo fije¹⁰³. Luego de rendida la prueba, se procede a clausurar el debate mediante los alegatos finales. Finalmente, el tribunal se retira a deliberar, y en esa misma audiencia debe comunicar la decisión sobre absolución o condena, solamente eso, porque con posterioridad se dictará la sentencia definitiva. En esa sentencia, los jueces deben hacer el ejercicio de valorar cada medio de prueba, es decir, determinar cuál es el soporte o la fuerza que cada elemento de prueba proporciona sobre un enunciado sobre los hechos (la premisa fáctica de esta sentencia estará conformada por una cadena de enunciados¹⁰⁴). El mal ejercicio o los defectos en este ejercicio pueden dar lugar a una causal de nulidad, la sentencia debe declarar si se da o no por superado el estándar de prueba, que está fijado en el art. 340.

En su momento vimos cuáles eran los principios que rigen este procedimiento oral, que están consagrados en el art. 282 CPP: continuidad del juicio oral, presencia del acusado, del defensor, publicidad de la audiencia, oralidad, etc.

→ Artículos fundamentales: art. 295 y 297: valoración de la prueba; art. 340: estándar de más allá de toda duda razonable; art. 342: contenido de la sentencia; art. 373 y 374: causales del recurso de nulidad.

Principios de juicio oral

1. Bilateralidad de la audiencia o contradicción
2. Dispositivo o presentación de partes
3. Oralidad

¹⁰³ Con esto, nos referimos a que cada parte determina qué tipo de prueba presentará primero (documental, pericial, testimonial, y otros).

¹⁰⁴ Por ejemplo: se acusa a A de haber matado a B. Deberán probarse distintos enunciados, por ejemplo: que A estaba con B a la hora del suceso; que minutos después de la hora de muerte de B, A salió corriendo de su casa; etc.

4. Inmediación
5. Continuidad
6. Concentración
7. Publicidad
8. Orden consecutivo legal atenuado
9. Preclusión

De estos principios hemos visto ya la mayoría, por lo que nos detendremos en algunos, para luego pasar a las facultades de decisión y disciplina de los jueces, que son las facultades que tienen estos para que se vaya avanzando en la audiencia, guardar el orden en la sala, etc.

1. **Oralidad**: Principio fundamental del proceso penal. Muy arraigado no solo en los principios básicos, sino también en el mensaje y consagrado en algunas disposiciones, por ejemplo, en el art. 291 que se llama precisamente “oralidad”.

Durante la audiencia, entonces, no se permiten presentaciones por escrito, todo se desarrolla de manera oral, salvo quienes no pudieren hablar o no supieren hacerlo en idioma castellano.

Este principio de la oralidad que atraviesa los fundamentos del proceso penal tiene aún mayor concreción en el juicio oral y en todas las audiencias preliminares.

Cuando veamos testigos, vamos a ver las normas de los arts. 331 y ss como excepciones al principio de la oralidad, porque ya hemos visto que eventualmente se puede rendir prueba anticipada y si, por ejemplo, el testigo ha muerto, se puede dar lectura al testimonio del testigo perito, por persistir una incapacidad física o mental por estar ausente.

2. **Inmediación**: Exige la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en juicio, sin posibilidad de delegación por parte del Tribunal, específicamente, la presencia de jueces, MP, en el mismo.

Una definición distinta es aquella ya comentada que plantea el profesor Ferrer y que se refiere a que inmediatez quiere decir que los jueces puedan tener contacto directo con las alegaciones y con las pruebas ofrecidas por las partes, y que puedan percibir directamente aquellas pruebas por todos los sentidos, visualmente, auditivamente, etc.

La inmediatez tiene que ver con la recepción directa de material probatorio. Lo que se consagra en el art. 284 es la presencia ininterrumpida de jueces y MP, y si hay algún tipo de inhabilidad, deberá entonces reemplazarse a aquel juez. La cuestión es que la presencia ininterrumpida de jueces y MP acarrea la nulidad del juicio oral y de la sentencia, de hecho, es uno de los motivos absolutos de nulidad que dispone el art. 374 letra b). Ver también art. 286.

Lo propio sucede con el defensor (art. 286) → la presencia del defensor del acusado será requisito de validez del mismo, y la no comparecencia constituirá abandono de la defensa y obligará a que el tribunal designe un defensor penal público. En caso de que el defensor hubiese sido escogido por el imputado y no se presente, se le designa un defensor penal público. Eso como un derecho en favor del imputado y como parte del derecho a la defensa técnica.

Con respecto al acusado, el art. 285 dice que debe estar presente durante la audiencia, y que el tribunal podrá autorizar su salida de la sala cuando éste lo solicitare; o podrá, incluso, disponer que abandone la sala cuando su comportamiento perturbe el orden de la audiencia. Si este es el caso, luego habrá que informarle de todas las cuestiones que sucedieron en su ausencia.

Si el querellante no concurre al JO, se entiende abandonada la querella y el proceso sigue simplemente sin la presencia del querellante, ya no puede seguir interviniendo en el proceso.

3. **Publicidad:** Al respecto existe una norma expresa, el art. 289, que señala que la audiencia será pública, pero que el tribunal podrá disponer a petición de parte y por resolución fundada, una o más de las siguientes medidas cuando considerare que resultan necesarias para proteger la intimidad, honor o seguridad de cualquier persona del juicio o por secreto.

→ Ejemplo de estas medidas: impedir el acceso u ordenar la salida de determinadas personas de la sala; impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas; prohibir al fiscal o a los demás intervinientes que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

Esta limitación a los medios de comunicación social en algunos casos podría llegar a ser saludable. La influencia de los medios de comunicación en decisiones judiciales es un tema que ha sido bien estudiado (cómo puede ejercer presión el hecho de que haya un juicio por los medios de comunicación social, un juicio paralelo, así se denomina). Hay una tesis que se hizo sobre esto, que en particular analizaba el caso de Nabila Riffo, de hecho, la estudiante la publicó. Hay otra tesis que vio esto a propósito de la prisión preventiva como medida cautelar personal, aunque parece que está bien que la RG sea la publicidad, pero hay que tener ojo con este tipo de información paralela que podría afectar la independencia de los jueces, en el sentido de verse compelido por una fuerza externa y no fallar el asunto por sus propios méritos; y la imparcialidad, esto es, no dar ventaja a uno por sobre otro, por ejemplo, porque no quiere ser un juez que pase a la historia como un juez punitivista o al revés, un juez que deje en libertad a un acusado de un delito sexual respecto del cual no hay prueba suficiente para condenar.

Entonces la publicidad y las facultades que el legislador atribuye al tribunal son importantes para intentar mantener un equilibrio, pero si uno sigue, puede detectar que a veces se ven alterados pero como es comunicada esta cuestión por la prensa.

4. **Orden consecutivo legal atenuado:** Esto quiere decir que el JO tiene reglas de desarrollo fijadas por el legislador, pero que, aun así, el juez tiene facultades para morigerar ese orden consecutivo.
5. **Continuidad y concentración:** Ya hemos dicho que estos principios están estrechamente unidas a la inmediación. La audiencia se desarrolla en forma continua, y puede prolongarse en sesiones sucesivas dependiendo de la complejidad del juicio. Hay juicios que duran meses, todos los días hábiles del funcionamiento del tribunal y, eventualmente, se podrá suspender la audiencia y el JO por razones graves de absoluta necesidad o, eventualmente, se puede solicitar el sobreseimiento temporal por alguna de las causas indicadas y, eventualmente, cuando desaparezca esta causa, puede entonces reanudarse el juicio.
6. **Preclusión:** Una vez que se concede una oportunidad procesal para realizar una actuación, el juicio solamente puede avanzar, y no puede retrotraerse a las etapas anteriores. Por ejemplo: finalizada la etapa de rendición de prueba, usted no puede ir a modificar lo que sostuvo en su alegato de apertura, pues se ha cerrado la oportunidad procesal para realizar una determinada actuación. De todas maneras, si usted quiere promover un incidente, por ejemplo, o quiere objetar un documento o interponer un incidente de nulidad procesal por algún vicio que requiera la nulidad como único mecanismo para ser subsanado, entonces tiene que promoverse de manera inmediata.
7. **Contradicción:** El principio de contradicción es importante en el sentido de que se pueden refutar, por parte del acusado -por su defensor en este caso- todas las hipótesis acusatorias, rendiendo pruebas.

→ ¿Qué debe hacer la defensa? No tiene que probar necesariamente la inocencia, basta insertar una duda sobre la culpabilidad. En cambio, la acusación debe desplegar toda la prueba de cargo en vistas a comprobar, más allá de toda duda razonable, la culpabilidad del acusado. En ese sentido, el la defensa o las estrategias pueden ser múltiples: simplemente intentar desvirtuar las pruebas, intentar avanzar nuevas pruebas que conduzcan a conclusiones incompatibles con las del fiscal, o configurar una hipótesis que consista en probar la inocencia que sea incompatible con la hipótesis acusatoria (por ejemplo, la coartada). Si se logra probar esa hipótesis que exculpa al acusado de los hechos que le han sido atribuidos, entonces no podrá alcanzarse el umbral de más allá de toda duda razonable, el juez debe absolver.

No se debe pronunciar sobre la acreditación de la inocencia, la única hipótesis de esa índole que existe es la de revisión y eso está en el art. 473 letra d). Es el único en que se requiere comprobación de la inocencia, en otros casos se puede deducir de otras de las hipótesis de revisión.

En ese sentido, aquí es muy interesante ver en el ámbito civil toda defensa se atribuye a las excepciones, y en el ámbito penal parece que defensa simplemente es intentar atacar

la prueba de cargo. Quizás una reconstrucción más precisa del ámbito de las defensas podría contribuir también a que, por ejemplo, a nivel de recurso de nulidad o de revisión, los tribunales pudiesen reconstruir mejor su razonamiento, para eso sirven a veces los aparatos teóricos en este momento.

8. **Dispositivo y presentación de partes:** Esta idea de principio dispositivo, claro acá no hay en realidad partes, sino que básicamente ya hemos visto que, a lo largo del proceso penal, el que lleva las riendas de la investigación es el MP, el fiscal y en la audiencia propiamente tal, a todos los intervinientes les va a corresponder rendir esa prueba. En ese sentido, se aplica el principio dispositivo, en el sentido que todos podrán ofrecer pruebas, se revisarán las pruebas que hayan sido ofrecidas, cada interviniente podrá determinar el orden, formular preguntas y contra interrogaciones a testigos y peritos, y en ese sentido, el tribunal no tiene ningún tipo de rol activo, no hay algo así como medidas para mejor resolver, pero si tiene algún tipo de facultad limitada, que vamos a ver a propósito de reglas en materia probatoria, pudiendo aclarar los dichos de un testigo o de un perito, en lo demás, rige el principio dispositivo.

Funciones de dirección y disciplina del tribunal

Actuaciones previas: Dan cuenta de que una vez que se remite el auto de apertura, queda firme dentro de las 48 horas luego de remitido. Se fijará un rol interno al tribunal (todo por un sistema informático) y el jefe de administración de las causas lo distribuye en alguna de las salas. Lo que hace el TJOP es fijar una fecha de la audiencia, no antes de 15 ni superior a 60 días desde que se haya notificado el auto de apertura del JO.

En la composición de cada tribunal hay un presidente de la sala específica, y será él o ella la encargada de estas funciones de disciplina.

→ ¿En qué consisten?

- Dirigirá y moderará el debate.
- Podrá decir que un determinado discurso por parte de alguno de los intervinientes se está refiriendo a aspectos que no son pertinentes o que son inadmisibles, sin coartar el derecho a la defensa.
- También exigirá, de acuerdo al art. 292, el cumplimiento de las solemnidades que correspondan de acuerdo a la ley.
- Ordenará, en el momento que corresponda, que las partes hagan uso de su derecho de rendir las pruebas que han ofrecido.
- Ejercen facultades disciplinarias para que se permita un debate eficaz.
- También puede ordenar la limitación del acceso al público a un número determinado de personas e incluso puede ordenar la salida de las personas que se presenten de manera incompatible con la seriedad de la audiencia.

Los que asisten a la audiencia tienen también deberes, que están copiados del art. 293: quienes asistieren a la audiencia deberán guardar respeto y silencio, no podrán llevar armas

ni elementos que perturben el orden de la audiencia, no podrán adoptar un comportamiento contrario a la moral y buenas costumbres.

¿Qué sucede si se infringe alguna de estas obligaciones o las medidas que limiten la publicidad en los términos que vimos? Serán sancionados de acuerdo a estos artículos del COT e incluso se podrá expulsar a los infractores de la sala.

Todos estos arts. son:

- 292: fija facultades del presidente de la audiencia de dirección y disciplina,
- 293: deberes de los asistentes
- 294: sanciones.
- Art. 530 y 532 del COT.

Preguntas

→ *¿El juez evalúa la entidad o la importancia de la prueba para reabrir la investigación?*

El juez tiene la posibilidad de reabrir la, pero solo para la realización de diligencias precisas que hubieren sido solicitadas, y en ese espacio tiene un margen discrecional para abrirla. El art. 257 señala que no se decretarán las impertinentes o las que tengan fines puramente dilatorios, entonces hace un control de importancia.

→ *¿La acusación del fiscal o querellante es escrita y la defensa es oral?*

Si, la acusación debe ser por escrito, salvo el caso del art. 235, lo que está en el art. 259. Por su parte, la defensa en la APJO se realiza de forma oral y después tanto el alegato de apertura del fiscal como del defensor se realizan de forma oral en la audiencia de juicio oral.

→ *Sobre la demanda civil.*

Si hay una demanda civil se presenta también por escrito, junto con la acusación, y forma parte del contenido del auto de apertura del JO. En el JO mismo, esta demanda civil va a esbozarse también en los alegatos de apertura, en que nuevamente se dará cuenta de los daños y perjuicios cuya reparación se está solicitando.

En materia probatoria hay una regla sobre prueba de las acciones civiles, en el art. 324, que indica que las acciones civiles deducidas en el procedimiento criminal se sujetarán a las normas civiles en cuanto a la carga de la prueba, es decir, no hay alteración a la regla general, y rigen las mismas excepciones que se contemplan en el CC y las disposiciones del CPP en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria, eso quiere decir que hay libertad para probar estas acciones civiles, siguiendo la libertad probatoria que sigue el propio código.

La oportunidad de rendir prueba está fijada en el art. 296, y es durante la audiencia de JO, salvo ciertas excepciones, que son la prueba anticipada, toda la demás durante el desarrollo del JO. La valoración es de acuerdo a la regla del 297, es decir, es valorada con libertad, pero sin contravenir los principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos

científicamente afianzados. El pronunciamiento de estas acciones es parte de las pronunciaciones obligatorias que debe contener la sentencia (art. 342 letra b), señala que en su caso se deberán anunciar los daños y su pretensión reparatoria, por lo que debe quedar así consignado y debe pronunciarse según la letra e) por la responsabilidad civil, fijando el monto de la responsabilidad respectiva. Se tramitan las dos pretensiones de la misma manera, se prueba y se consigna en la sentencia.

Clase 18 (05.11)

El Juicio Oral

El juicio oral se encuentra regulado en los artículos 281 y ss del CPP. El art. 281 indica las actuaciones previas al juicio oral, como la fijación de su fecha, lugar, integración y citaciones para su asistencia. El juez de garantía envía el auto de apertura al tribunal oral competente, quien verá la distribución de la causa dentro de los jueces integrantes, luego, el presidente de la sala del tribunal oral respectivo dictará una resolución fijando día y hora para la realización de la audiencia. Este debe realizarse entre 15 días y 60 días desde que se notifique el auto de apertura. Especialmente el acusado deberá ser citado a lo menos con 7 días de anticipación de la audiencia.

Desarrollo de la audiencia del Juicio Oral

El tribunal competente se constituye con la asistencia del fiscal, imputado, defensor, y demás intervinientes en el día y hora que fue fijada previamente. Se debe verificar que estén disponibles los testigos, peritos e intérpretes que fueron citados a esta audiencia, que ya forman parte del auto de apertura dictado previamente. Constatada la asistencia se da inicio al juicio oral. Si no comparecen, pueden ser conducidos por la fuerza pública o ser detenidos.

Iniciada la audiencia, el presidente da a conocer el objeto del juicio, cual son las acusaciones que son materia del juicio, y que están en el auto de apertura. También advertirá al acusado que esté atento a lo que oirá, y que los testigos y peritos abandonen la sala antes de comenzar los alegatos de apertura. Se busca evitar un prejuzgamiento de lo indicado en dicho momento antes de sus testimonios.

El juicio se inicia con el fiscal presentando la acusación, si hay un querellante, la continúa con su acusación particular o sino puede realizar acotaciones u observaciones a lo que indique el MP, también dar cuenta de la demanda civil si existiere.

Posterior a los alegatos de apertura, por el art. 326, se le indicará al acusado si quiere prestar declaración y el abogado defensor deberá exponer los argumentos de su teoría del caso. El acusado podrá, también ser interrogado en ese minuto por el fiscal, querellante y el defensor. Los jueces podrán formular preguntas en todo momento, no solo al acusado sino que también

a los testigos, peritos, para aclarar sobre lo dicho en la audiencia. El acusado en cualquier momento del juicio puede solicitar el uso de la palabra para aclarar ciertas alegaciones que se han realizado.

Es una estructura bastante simple, y la regulación es bien ordenada para entender cada paso a seguir.

Luego de esta fase de apertura, se rendirá la prueba ofrecida y previamente declarada admisible en la audiencia preparatoria. Excepcionalmente se incorporará la prueba no solicitada oportunamente (art. 336) como la prueba anticipada.

La prueba corresponde exclusivamente a los intervinientes, no existiendo actividad probatoria del tribunal, salvo que se considere como prueba solicitar aclaración de los dichos de los testigos o peritos.

El código establece un orden en la rendición de la prueba, el cual será determinado por los intervinientes, pero corresponde primer aquella de la acusación y la demanda civil, y luego la prueba ofrecida del acusado. Principalmente probar en el ministerio público, prueba de cargo, que si no cumple con los estándares suficientes para dar por probada la hipótesis de más allá de toda duda razonable, hipótesis acusatoria, entonces deberá ser rechazada. De esta forma se puede pensar que los acusados no podrían hacer nada dejando todo al MP, pero al defensor le corresponde un rol de desvirtuar argumentos sobre la prueba de cargo, y que pueda aportar toda la información que se tenga para defender al acusado.

Posteriormente a esto se realizan los alegatos finales.

Normas sobre prueba en el juicio oral

En general, para la prueba en el juicio oral se establece una la libertad probatoria (art. 295), ahora bien, el CPP regula determinados medios de prueba, principalmente respecto a la forma de rendirse y derechos de quienes participen. Este último no implica una limitación a la libertad probatoria ya que se admiten todo tipo de medios probatorios.

Testigos

Se usa un concepto amplio, de toda persona que tiene conocimiento de un hecho. La regla general es que está obligada a comparecer ante el tribunal y declarar, sino lo hace sin justa causa, se pueden aplicar medidas de apremio y se le puede multar (deber de comparecer y declarar).

Excepciones para comparecer: Debido a la investidura o cargo que ocupen no están obligadas a comparecer, también por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal se hallaren en imposibilidad de declarar (art. 300). Pueden renunciar a este privilegio, y la declaración se realizará en su domicilio o donde ejercen sus funciones.

Excepciones para declarar: No declarar por motivos personales (art. 302), por razones de secreto (art. 303), y principios de no autoincriminación (art. 305). Deben comparecer ante el tribunal y explicar los motivos por los cuales les afecta la excepción (art. 304).

El código les entrega ciertos derechos (art. 312), como la indemnización por perjuicios que ocasionare su comparecencia, como pagos por traslado y alojamiento si procediere.

A diferencia del proceso civil, no existen inhabilidades o la institución de las tachas, para restar credibilidad a un testigo se revolverá en la valoración de la prueba.

Antes de la declaración se debe prestar juramente o promesa de decir la verdad, exceptuándose los menores de 18 años y quienes se cree haber tomado parte en los hechos investigados (art. 306), para evitar que se incumpla con el deber y no se incurra en la figura penal respectiva. La declaración se iniciará con la individualización completa del testigo, salvo que exista miedo en indicar el domicilio por lo cual se omitirá (art. 307). Se busca reguardar la integridad y seguridad de los testigos, quienes pueden solicitar protección que estimen necesarias ante casos graves y calificados, también los intervinientes pueden solicitarlo (art. 308).

La forma de prestar la prueba del perito se regula junto con el testigo (art. 329), por lo que ambas son pruebas declarativas, una sobre el relato de los hechos, y el otro respecto a un punto que es experto. No puede ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones y de otros documentos que las contuvieren. Las partes interrogaran directamente a los testigos mientras que los peritos primero realizaran una exposición sobre la materia que fueron llamados y después serán interrogados. Se inicia por quien ofreció la prueba, después el resto de los intervinientes, y finalmente el juez puede solicitar aclarar ciertas cuestiones.

Los métodos de interrogación (art. 330), no se pueden realizar preguntas sugestivas, que induzcan a una determinada respuesta, tampoco preguntas engañosas, que lo coaccionen o preguntas poco claras. También se aplican para el imputado si es interrogado.

Clase 19 (10.11)

Prueba y razonamiento cautelar

Clase realizada por el profesor Jonatan Valenzuela

Las cautelas en el procedimiento penal no son, en principio, estructuralmente distintas de las cautelas o razonamientos cautelares en los otros procedimientos. Todos los procedimientos tienen una dimensión cautelar, anticipatoria, procedimientos de urgencias o embargo.

El profesor indica que una manera de introducir los problemas de las cautelas penales es recordar una noción de la ética, llama ética del cuidado, que proveniente, en su mejor versión, del feminismo radical en el libro *In a different voice*, de la autora Carol Gilligan. En dicho libro se estudia la importancia en el razonamiento moral de la ética del cuidado. Ésta es considerada una de las conquistas más importantes en la filosofía moral aplicada del feminismo radical. El libro explica como en el razonamiento femenino hay presencia de una ética que estructura lo que se denomina ética del cuidado. Varias personas deben decidir sobre ciertas situaciones y se les obliga a tomar decisiones rápidas, anticipatorias, con poca información, pero que si no se adoptan se producirían consecuencias indeseables. Justificar acciones para evitar males asumiendo un margen de error importante, lo que se denomina ética del cuidado, y se asocia al razonamiento femenino, quienes tiene más propensión a razonar rápido, con información escasa, en tanto identifiquen un escenario que la decisión debe proveerse.

Esta dimensión es relevante para enfrentar las cautelas en materia penal, ya que se debe dar cuenta de cierta fisonomía del razonamiento cautelar, a efectos de interpretar con alguna lealtad al legislador y a la racionalidad procedimental mínimamente organizada.

¿Cómo puede observarse o qué características tiene la decisión de los jueces en materia de cautelas penales? Actualmente es relevante dicha pregunta en la administración de la libertad personal en el sistema penal de los presos de la revuelta. Aunque en general, siempre se ha discutido, es de los temas más intervenidos desde la entrada en vigor del CPP, por distintos gobiernos, y en países que se han implementado sistemas acusatorios ha sido parecido, llegando a ser un tema que se busca capitalizar políticamente.

La cautela es sinónimo de control en el contexto del procedimiento penal, nuestro sistema tiene varios grados de cautela, el cual es subordinado al éxito del resultado procedimental.

Todas las decisiones sobre cautela son decisiones urgentes, son decisiones de cuidado, son decisiones por definición provisionales, no hay un dictum judicial con pretensiones de permanencia con el propósito de cautelar a un sujeto.

Son instrumentales de cara a la disminución o aumento de probabilidad de éxito o acierto de la decisión de fondo en la sentencia en la etapa de juicio, por ejemplo la incomparecencia cautelando la asistencia a una audiencia evitando su fuga ya que supondría que la dictación de la sentencia se vuelve puramente simbólica.

No son un fin en sí mismo, por lo que son esencialmente modificables. Incluso la medida más estricta como la prisión preventiva no admite más de 6 meses sin que se vuelva a discutir las condiciones de aplicación (art. 145). En el código existe un abanico de medidas cautelares que pueden graduarse de menor a mayor intensidad, por lo que la decisión debería ir de aquella medida de menor afectación a la de mayor afectación, por lo cual la prisión preventiva, al ser la más fuerte de las cautelares debe siempre ser la última opción en el procedimiento, si puedo cautelar los intereses mediante otras cautelares debería preferirse.

Al ser anticipatoria, al suponer un debate que en una parte es sobre la evidencia disponible acerca de la existencia del delito y del vínculo personal entre el imputado y el delito, una sección referida al futuro, por lo que la praxis sobre medidas cautelares tiene que reconocer que hay actividad probatoria para conceder la medida. Aunque lo último es una obviedad, no tiende a ser en la práctica ni tampoco los manuales o textos científicos sobre el tema. Es grave ya que supone una renuncia expresa a la justificación racional de la concurrencia de hechos a propósito de las pretensiones cautelares, a propósito de las hipótesis presentadas por la fiscalía que suponen afectación de derechos.

Si existe un escenario donde los jueces deben emitir decisiones racionales, parece obvio que en dicho escenario deben existir premisas normativas y premisas fácticas, y con esta última debería existir prueba para dar por probadas las hipótesis que los intervinientes llevan al procedimiento. La doctrina tiende a posicionar a la prueba en el ámbito de su rendición en el juicio oral, lo cual no parece tener respaldo en el CPP.

Solo en la medida que tengamos alguna claridad sobre los contornos que el razonamiento tiene lugar, se tendrá una práctica sobre las cautelas que se organice de algún modo. Mientras no ocurra existirán sesgos culturales o sesgos ideológicos, entre otros, que tendría especialmente a la prisión preventiva como una medida para sectores marginales. Por lo anterior, más que una importancia hacia los detenidos de la revuelta debería existir una crítica general hacia el sistema debido a su aplicación.

Una condición que define a esta decisión es que no hay culpabilidad en juego. La prisión preventiva por más que se parezca a la cárcel, no lo es. Se ha querido ver en la fenomenología del encierro, una superposición conceptual, pero no porque el encierro se puede describir desde su fenomenología de igual modo conceptualmente hablamos de la misma institución. Con las cautelares la inocencia no está en juego, y la prisión preventiva en particular es un mecanismo de aseguramiento del procedimiento y afectación de la libertad del imputado en el entendido que es inocente.

Para salvar ciertas cuestiones indicadas, se debe buscar un relato probatorio, el cual debe organizarse en torno a dos ideas centrales:

1. **El error en materia cautelar.** Hay un tipo de error en la organización judicial en material cautelar que se debe analizar, ya que si hay condiciones para adoptar la decisión por parte de los jueces, la adecuación a esas condiciones entregaría resoluciones justificadas que conceden o deniegan una medida. Si no existen estas condiciones, no hay capacidad analítica para discernir entre resoluciones que están bien y aquellas que están mal. Dado que no hay escenario disponible que permita despejar el conocimiento pleno de los eventos que administra, no hay certeza acerca de los enunciados acerca de los hechos, la pregunta ¿Cómo es el error que se puede producir una vez que se ha decidido?

Sabemos que tenemos que tomar decisiones en contextos de presión, con cierta información disponible, y sabemos que siempre tenemos que tolerar un margen de incertidumbre. Por supuesto el error cautelar no es el error del juicio, condena o absolución, sino que existe error cuando se decide una cautela injustificadamente o se deja de cautelar injustificadamente, esto es, sin correspondencia con las evidencias disponibles.

Entonces, teniendo una estructura de razonamiento cautelar, no se criticaría a los jueces por anticipar penas, sino que por decretar prisiones preventivas en condiciones que estas no se justificaban. Por ejemplo, por baja actividad probatoria, ausencia de razonamiento acerca de los hechos, por uso de criterios de razonamiento de baja calidad como sesgos, estereotipos o prejuicios.

2. **Las reglas o criterios aplicables al concreto caso de la cautela penal.** Si ya asumimos que hay razonamiento probatorio, la pregunta siguiente es como debe evaluar el tribunal de garantía las solicitudes del MP relativas a la cautela personal de los sujetos. Se debería aplicar las mismas reglas para la prueba en general del CPP, salvo respecto al estándar de prueba de duda razonable por no ser apta para medir, en principio, todos los casos de cautela. Respecto a la exclusión de prueba, una vez seguido todo el recorrido anterior, se puede llegar a este tema ¿es posible decretar prisión preventiva con prueba obtenida ilícitamente? En estricto rigor el código indica que esta discusión es parte de la audiencia preparatoria, pero podrían existir soluciones a este caso como un incidente de cautela de garantías del CPP.

Considerando los dos puntos anteriores, y entrando a las cuestiones fundamentales respecto a la estructura de las medidas cautelares, se debe despejar el concepto de Inocencia.

La presunción de inocencia parece pugnar o tensionar a las medidas cautelares, especialmente con la prisión preventiva, sin embargo, cuenta con una redacción bastante difusa tanto a nivel normativo como en el nivel de sus usos lingüísticos. Esta no está en juego ya que solo nos dice que hay una regla probatoria que es capaz de definir ciertas cargas de la prueba en materia penal.

Están bajo su impacto en el razonamiento pragmático sobre las cautelas, que en el uso cotidiano regular acerca de las primeras decisiones del procedimiento penal como las detenciones o la concurrencia de la prisión preventiva se encuentran estos ejemplos:

- 1) Un diario indica: *“Ocho personas de nacionalidad india que trabajan en tres tiendas de aparatos electrónicos de Benidorm han sido detenidas por, presuntamente, estafar a extranjeros de avanzada edad, a quienes pasaban varias veces las tarjetas de crédito por los datáfonos con la excusa de un mal funcionamiento.”*

- 2) *“Los Mossos d'Esquadra han detenido en dos operaciones diferentes a 43 presuntos ladrones cobre y metal, acusados demás de una veintena de robos en el área metropolitana de Barcelona, y que al parecer logran revender el material robado, por un valor multimillonario, en el mercado asiático. La cantidad de material robado asciende a más de 8 millones de euros.”*

El uso de “presuntamente” es muy común, y muestra que la decisión de cautela no se compara con una presunción de inocencia, al revés, parece que presunción en estos casos indica una presunción de baja calidad que habilita a actuar, a cautelar.

Esquema de razonamiento en estos casos puede desarrollarse de esta forma:

- (1) Se ha cometido un delito (por ejemplo, un robo)
- (2) Se ha detenido a un sujeto pues sus rasgos coinciden con los rasgos que la víctima sostiene que tenía el ladrón
- (3α) Se sostiene en el “lenguaje coloquial” que se ha detenido al “presunto ladrón”
- (3β) Se sostiene en el “lenguaje procesal” que se ha detenido a un “inocente”
- (4α) Se decreta la prisión preventiva del presunto culpable/inocente;
- (4β) Se decreta la libertad del presunto culpable/inocente

La contraposición del lenguaje en estas decisiones genera tensiones, que pueden provocar modificaciones legales, por ejemplo el discurso de indicar la reducción de la discrecionalidad judicial en las prisiones preventivas.

Estas modificaciones entregan insumos del razonamiento que los jueces tiene que utilizar, las cuales miran, en general, al establecimiento del delito, el vínculo personal entre el autor y el delito, y luego una zona de razones que se puede denominar el futuro.

Los criterios a futuro se pueden clasificar en tres grupos:

- 1) **Peligro de reincidencia**, no solo visto como la realización primaria de un delito que se repetirá, sino que apunta a cierta tendencia o falta de fidelidad al cumplimiento de las normas. Por ejemplo, estar sujeto a otra cautela o por una detención pendiente es un criterio de este peligro.
- 2) **Peligro de fuga**, de forma más generica, peligro de comparecencia.
- 3) **Peligro de manipulación o destrucción de evidencias**, estos no se vinculan en absoluto respecto a la inocencia del imputado. Esto mira hacia una protección del procedimiento y muestra una relación entre el error cautelar y los errores de fondo. Si se tuviera que explicar por que existe una relación entre cautela y juicio penal, es que hay una contribución al acierto probatorio de la etapa de juicio en las decisiones cautelares.

Estas decisiones impactan en el error cautelar.

El error cautelar ha sido concebido en su relación con la investigación globalmente considerada. Laudan lo advierte, al indicar que el centro del debate probatorio ha sido la etapa final, sin embargo hay momento en que se toman decisiones antes.

“Hasta ahora, nos hemos centrado en errores que pueden tener lugar en la fase o etapa terminal, es decir, nos hemos venido preocupando por los veredictos erróneos. Sin embargo, muchas investigaciones penales nunca llegan tan lejos. En ocasiones, las pesquisas de la policía van perdiendo fuerza hasta estancarse debido a la falta de mayores indicios y pistas, o debido también al seguimiento de prácticas de investigación deficientes. Aunque estas situaciones constituyen también errores, tal y como una absolución falsa lo es, no estarán en el centro de este análisis” (Laudan, 2013).

La conceptualización de la regla del juicio penal, más allá de toda duda razonable, el Prof. Ferrer propone distinguir entre dos espacios de la decisión de la duda razonable, en un primer nivel hay explicación coherente de los datos disponibles, y confirmación de las predicciones que con esos datos se pueden hacer, una medición sobre coherencia y fiabilidad de la tesis de la acusación. Pero también indica una segunda cláusula:

“Deben haberse refutado todas las demás hipótesis plausibles explicativas de los mismos datos que sean compatibles con la inocencia del acusado, excluidas las meras hipótesis ad hoc.”

Esto parece no estar en juego en la decisión cautelar

¿Cómo se reemplaza?

En este aspecto se debe dar cuenta de la fenomenología de la decisión, lo que supondría, donde dice inocencia en el concreto ámbito de la prisión preventiva, deberíamos contar con una hipótesis como la siguiente:

- 1) La hipótesis de hecho debe ser capaz de explicar los datos disponibles, integrándolos de forma coherente;
- 2) Las predicciones de nuevos datos que la hipótesis permita formular deben haber resultado confirmadas;
- 3) Deben formularse predicciones prospectivas basadas en las evidencias que permitan que se acepte como la hipótesis de mayor peso aquella compatible con la ocurrencia de un hecho en el futuro.

Los puntos 1 y 2 explican un examen de coherencia y fiabilidad de la hipótesis de la acusación. Las predicciones aludidas en el punto 2 vienen a confirmar inferencias judiciales a propósito de la información disponible. No se enfrentan con una hipótesis sobre la inocencia, constituyen un juicio acerca de la comprobación probatoria de la acusación.

Lo que se debe agregar es la necesidad de analizar otro grupo de predicciones (punto 3), que son prospectivas, miran al futuro, que se basan en las evidencias y que buscan que aceptemos como una hipótesis de peso, la de mayor peso, la más probable, la que es compatible con la ocurrencia de este hecho en el futuro, el cual puede ser manipulación o destrucción de evidencias, fuga o peligro de reincidencia o cualquiera de las fórmulas que los artículos 140 y 141 entregan detalladamente. El tipo de inferencia a utilizar serían las máximas de la experiencia, solemos pensar que el estatus quo se mantiene, que vuelven a ocurrir, los jueces tienden a confiar en la evidencia que les permite generalizar, lo cual debe transparentarse en el ámbito cautelar, al indicar porqué, por ejemplo, explicar que una persona más pobre tiene a ser más peligrosa para otorgar una prisión preventiva.

Clase 20 (12.11)

Litigación en juicio oral

¿Cuál es la función de los litigantes?

Lo que tienen que hacer es:

- Abogar, ser abogados. Abogar es interceder, hablar en favor de alguien o algo.
- Persuadir. La persuasión es el ejercicio que los abogados hacen cuando están frente a un caso. Busca inducir a alguien con razones a creer o hacer algo, que absuelva o condene. También es inducir al juez a concluir: “está probado que p”.

¿Cómo persuadimos? En general los litigantes siguen ciertos consejos:

1. Preparar el caso desde el punto de vista del tribunal.

- a. Esto significa que la única opinión que importa es la del juez, independientemente de cuán razonable o lógica sea la opinión contraria.
- b. Los jueces son seres humanos: los seres humanos toman decisiones rápidamente, basados principalmente en visiones preconcebidas de cómo funciona el mundo (y no cambian fácilmente de opinión), [considerar las máximas de experiencia].

Hay que conocer al juez, saber quién es el juez, porque frente a dos jueces distintos, no se hacen las mismas argumentaciones.

Ejemplo: A la jueza Karen Atala le querían sacar la tuición porque había admitido en un juicio de familia que era lesbiana. La primera conversación que el profesor tuvo con ella fue preguntarle por qué estaba peleando, porque quien iba a fallar era una sala de la CS, extremadamente conservadora. Si fuera un caso de interés público, se haría un argumento acerca de la no discriminación por orientación sexual, pero frente a esa sala de la CS ese era un mal argumento, porque no se contaba con un público que fuera a recoger ese argumento. La única posibilidad de tener éxito era sostener que había un problema de tuición de la madre, es decir, el derecho preferente de la madre a cuidar de los hijos. El caso se perdió 3 a 2, pero en la conformación de los votos, los 2 a favor, era de uno de los jueces más conservadores y

mientras que el otro no era conservador, pero había declarado que era mejor que no hubiera jueces homosexuales en el Poder Judicial.

Por estas razones es importante conocer al juez que va a conocer del caso.

2. Desarrollar una teoría del caso. Qué es lo que realmente pasó.

¿Qué es una teoría del caso? Es una versión de los hechos, es una respuesta a la pregunta de qué es lo que realmente pasó.

Thomas Mauet: Es una historia clara y simple de “lo que realmente pasó” desde nuestro punto de vista. Responde a la pregunta ¿**qué** pasó y **por qué** las personas se comportaron de esa manera? Este autor cree que lo relevante es dar una explicación de motivo, porque eso es lo que torna el caso más persuasivo.

Paul Bergman: Consiste en la elaboración de un relato que confirma las proposiciones fácticas. Este autor denomina proposiciones fácticas a los elementos de hecho que activan la aplicación de una norma jurídica. Entonces, lo relevante acá es que el relato satisfaga el tipo penal de homicidio, hurto, etc.

¿Por qué es importante la teoría del caso? Porque el Fiscal debe tener SIEMPRE una teoría del caso; en cambio el defensor puede prescindir completamente de ella, puede sencillamente no tener ninguna versión acerca de cómo ocurrieron los hechos, puede limitarse a cuestionar la fortaleza de la tesis de la acusación, sin embargo, se le va a pedir que tenga a lo menos un tema.

El Fiscal, para tener éxito, debe probar todas y cada una de las proposiciones fácticas que forman parte de su teoría del caso, si imputa estafa, debe probar que es un engaño, que es una simulación que produjo error y que produjo un desplazo patrimonial. En cambio, el defensor puede obtener la absolución sin tener teoría del caso o, incluso, sin que haya logrado probar ninguna de sus proposiciones fácticas. Siempre es más exigente entonces el trabajo del fiscal.

Esto es así, porque: “*Los juicios criminales son búsquedas unilaterales de la verdad que responden una pregunta: ¿es el imputado con certeza culpable? Si la respuesta es sí, el imputado es condenado; si la respuesta es probablemente sí, posiblemente sí, posiblemente no o cualquiera otra distinta de un inequívoco sí, el imputado es absuelto.*” [Henry L. Chambers Jr., Reasonable Certainty and Reasonable Doubt, 81 MARQ. L. REV. 655 (1998)].

Además, el juicio oral no es una confrontación sobre dos versiones sobre un mismo hecho, puede ser que la versión de la acusación sea mejor que la versión de la defensa. Imaginemos un caso en que la defensa presentó una defensa basada en la coartada, pero los testigos de coartada son muy malos, solo dan cuenta que no estuvieron en el lugar, entonces el juez piensa que es pésima su defensa y que estuvo mejor la acusación, pero eso no es suficiente para que gane el fiscal. La pregunta no es si la acusación es mejor, es si se puede o no considerar al imputado culpable.

Elección de la teoría del caso

1. Elaborar tantas teorías del caso alternativas como lo permita la información disponible. Uno tiene que ver los hechos e imaginarse todas las interpretaciones posibles de una manera que sea jurídicamente relevante.
2. Elegir la teoría del caso que sea:
 1. LEGALMENTE ÚTIL: debe permitir la aplicación de una regla jurídica favorable a la parte que se representa. Si yo soy el acusador, pero mi teoría es que fue un hecho impune, estoy traicionando mi propia posición.
 2. COMPLETA: debe ser suficiente para explicar todos los hechos conocidos, porque si mi versión de los hechos se encuentra contradicho con elementos probatorios ya establecidos, es una mala teoría del caso.
 3. VEROSÍMIL Y PERSUASIVA: simple y acorde con la experiencia humana. Hacer sentido a un ser humano, no solo a un juez.
3. Investigar, desarrollar y adaptar la teoría durante el desarrollo del procedimiento. Es algo que se plantea desde el primer momento, pero se tiene que ir adaptando para lograr la que llegue a cumplir con todos estos requisitos.

Ejemplo: Atropello de un joven en las manifestaciones de diciembre del año pasado (Profesor muestra video). ¿Cuál es la teoría del caso a partir de lo que se ve?

Se puede plantear la teoría del caso de las siguientes maneras:

- El 20 de diciembre de 2019 en la esquina de calles Vicuña Mackenna y Providencia....
- O.C, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023 lo dirigió intencionalmente en contra de O.P, quien se manifestaba públicamente en el lugar, hasta aprisionarlo contra otro furgón policial de las mismas características, con el propósito de causarle la muerte. Producto de la agresión, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (Tesis de HOMICIDIO FRUSTRADO).
- O.C, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023 lo dirigió intencionalmente en contra de OP, quien se manifestaba públicamente en el lugar, hasta aprisionarlo contra otro furgón policial de las mismas características, con el propósito de causarle lesiones. Producto de la agresión, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (Tesis de LESIONES GRAVES).
- O.C, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023 condujo negligentemente el vehículo, atropellando a O.P, quien se manifestaba públicamente en el lugar, hasta aprisionarlo contra otro furgón policial de las mismas características. Producto de la agresión, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (CUASIDELITO DE LESIONES). Esta es la teoría del caso de la Fiscalía desde el momento inicial.
- El 20 de diciembre de 2019 en la esquina de calles Vicuña Mackenna y Providencia....

- OC, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023 producto de las malas condiciones visibilidad en que se encontraba el vehículo, cuyo parabrisas había sido tapado con pintura, atropelló accidentalmente a OP, quien se manifestaba públicamente en el lugar, hasta aprisionarlo contra otro furgón policial de las mismas características. Producto de la agresión, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (ACCIDENTE). Esta fue la teoría del caso de la defensa.

El tema es que no se pueden dar estos hechos por establecidos, hay que seguir investigando. Un fotógrafo capta la imagen del momento exacto del atropello, se ve el joven en el piso y ve que el vehículo se empieza a retirar, pero lo que llama la atención es que no hay pintura en el parabrisas, por lo que la teoría del caso de la defensa se cae. Pero luego hay otro video, donde se muestra que no era un manifestante pacífico, que al auto le estaban llegando piedras y que el cruzó la calle para tirarle una piedra a la moto, ¿eso cambia la calificación?

¿Qué pasaría si se adopta esta otra teoría del caso?

- El 20 de diciembre de 2019 en la esquina de calles Vicuña Mackenna y Providencia....

- OC, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023, con la intención de evitar que OP arrojara una piedra contra una moto de carabineros que yacía en el suelo, lo dirigió intencionalmente en su contra de OP no obstante lo cual apareció por sorpresa otro vehículo policial que accidentalmente cerró el paso a la víctima provocando que éste resultara aprisionado contra otro furgón policial de las mismas características. Producto de lo anterior, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (LESIONES CON DOLO EVENTUAL). Esto es lo que los policías llaman “el toreo”. Se produjo el atropello sin que se produjera deliberadamente la intención. ¿Cambia eso el tipo penal? El profesor cree que no cambia tanto el tipo, pero sí la consideración del tipo de dolo, porque se podría decir entonces que no es dolo directo, pero a lo menos se representa que pudo atropellarlo y lo acepta.

Pero si se es más riguroso, se podría decir que lo que pasó acá fue lo siguiente:

- OC, de Carabineros, mientras conducía el Jeep blindado patente J023, con la intención de castigar a OP por el hecho de haber arrojado una piedra contra una moto de carabineros que yacía en el suelo, lo dirigió intencionalmente en su contra hasta aprisionarlo contra otro furgón policial de las mismas características, con el propósito de lesionarlo. Producto de la agresión, la víctima resultó con fracturas múltiples de pelvis, calificadas como lesiones graves (APREMIOS ILEGÍTIMOS, TORTURA?). Cuando se infringe un dolor a una persona con el ánimo de castigarlo por un hecho que ha cometido, eso satisface el tipo penal de tortura.

Es así como la elaboración de la teoría del caso deja ver distintas versiones de un mismo hecho, que permite calificarlo de manera distinta jurídicamente hablando, pero también permite dar una interpretación distinta.

3. Seleccionar temas: (“Es el típico caso de...”)

- a. Son palabras o frases memorables que resumen la esencia del caso.
- b. Son explicaciones poderosas del comportamiento humano, que recaen sobre los hechos, las inferencias o la credibilidad.

Normalmente se asocia a patrones de conducta. Por ejemplo, en femicidio, se puede decir que este es el típico caso del hombre que maltrata a su mujer, hasta que finalmente le da la muerte. Otro caso es el de O.J Simpson, ¿cuál es el tema de la defensa? Típico caso de la policía plantando prueba por racismo.

El tema es algo que hace sentido y que, por lo tanto, se vuelve un ancla psicológica importante para el juez, porque después se va a sentir incentivado a creer aquello que obedece a ese tema, permite llenar los blancos que tiene el relato, la presencia de un buen tema permite rellenarlos.

Importancia del tema: El tema no expresa hechos relevantes, pero es una manera de entender los hechos y un paso hacia las inferencias deseadas para llenar los “blancos” del relato.

4. Seleccionar etiquetas:

- a. Son las denominaciones que daremos a las personas, hechos y cosas involucradas en el caso.
- b. Según el caso, la etiqueta debe ser emocional o neutra.
- c. Escoger etiquetas que personalicen a nuestra parte y despersonalicen a la contraria, que ofrezcan imágenes favorables o desfavorables, según el caso.

Por ejemplo, si el profesor fuera el acusado, ¿cómo se denominaría en este caso al vehículo que provoca el atropello? ¿auto verde? No, blindado. Si se fuera la defensa, ¿cómo se le llamaría? Vehículo policial.

5. Preocuparse del motivo:

- a. Los jueces deben conocer a las personas.
- b. A los jueces no les interesa sólo lo que hicieron, sino también por qué lo hicieron.

Alguien podrá decir que le cuesta creer que el carabinero haya tenido la intención. Otro podría decir que es grave para ellos chocar otro vehículo policial. Se tiene que investigar también quién es el señor, ¿se puede encontrar rastro de que antes ha hecho lo mismo?

6. Contar una historia:

- a. Usar las técnicas de las narraciones. Participar en un juicio oral implica contar una historia.
- b. Emplear imágenes sensoriales y visuales.
- c. Las buenas historias organizan, humanizan y dramatizan.
- d. Es el modo de contar la historia el que convierte el final en correcto y justo.

7. **Enfocarse en los hechos claves:** Más que en el derecho, eso se resuelva más en el alegato de clausura y suele provocar menos problemas.
- a. Los hechos controvertidos.
 - b. Los hechos favorables, para exaltarlos.
 - c. Los hechos desfavorables, para minimizarlos.
8. **Abogar:**
- a. Mostrar compromiso con el cliente.
 - b. Cuidar la credibilidad actuando lealmente con los testigos y la contraparte.
 - c. Controlar la atmósfera del juicio.

Alegatos de apertura

El juez da la palabra primero al fiscal para que desarrolle el alegato de apertura, pero ¿qué es? Es una reseña previa, no es un análisis, porque eso se debe guardar para la clausura.

Generalmente, asume la forma de una historia general combinada con la prueba que se presentará para acreditarla.

Un buen litigante:

1. Empieza y termina fuerte. No empieza diciendo “con la venia del señor presidente, etc”. Empieza con el tema central.
2. Muestra convicción.
3. Enfrenta honestamente las debilidades de su caso. No deja que se las presente la contraparte, las presenta él mismo y las explica, para que cuando llegue el turno de la contraparte, esa debilidad ya esté absorbida, la debilidad ya está expuesta.
4. No “cuenta toda la película”. Deja que los testigos revelen los detalles. Contar la película en el alegato de apertura, es hacer que pierda todo interés en el ejercicio del juicio oral. La idea de la construcción del relato es que los hechos estén presentados de la manera en que sean los testigos o peritos que vayan contando la historia.
5. No hace promesas de probar que después no va a poder cumplir.
6. Deja de manifiesto cómo la equidad y justicia imponen la necesidad de una decisión favorable.
7. Deja en la mente del juzgador UNA IMAGEN que debe tornarse recurrente durante el debate. Algo que recurra frecuentemente a su mente.

(Profesor presenta un video).

El tema es lo que expresa aquí el alegato de apertura, pero comprende un anuncio de la prueba que se va a rendir, entonces lo que viene a continuación es la rendición de la prueba.

La prueba

- Evidencia Directa: es la que demuestra una proposición fáctica sin necesidad de que haya una inferencia.
- Evidencia circunstancial: es la que demuestra una proposición fáctica por medio de una o más inferencias. Una inferencia es un nexo mental entre un elemento de prueba y una conclusión.

Por ejemplo: Frente a un homicidio se puede tener una evidencia directa, un testigo presencial, pero puede que no tenga eso y solo vea que fulano entró a la casa de X y luego salió corriendo. El hecho sobre el cual va a declarar son en sí impunes, pero la diferencia que hay entre los relatos va a generar el blanco, lo que va a permitir armar el relato de una forma que resulte creíble, lo que va a llevar a hablar sobre la credibilidad del testimonio.

Construcción del relato

1. Evidencia afirmativa: hechos que tienden a demostrar la exactitud de una proposición fáctica.
2. Evidencia de refutación: hechos que debilitan la prueba afirmativa de la contraparte, sin ser parte de nuestra narración afirmativa.
 - a. negar
 - b. reconocer y explicar
3. Evidencia de credibilidad: hechos que afectan la verosimilitud y el carácter más o menos fidedigno de los relatos.
4. Evidencia explicativa: hechos que explican por qué los hechos de una historia sucedieron como uno afirma que fue el caso.

Rendición de la prueba

- Prueba testimonial
- Prueba documental
- Prueba pericial
- Prueba material

Credibilidad del testimonio

A. CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO

1. Consecuencia con la experiencia común

“aunque iba apurado iba manejando muy lentamente”

2. Consecuencia interna

“era una persona corpulenta de unos 50 kilos”

3. Consecuencia con los hechos establecidos

tendencia a creer testimonios que coinciden con hechos establecidos

4. Detalle, aunque no exceso.

la carencia y exceso de detalle influyen en la credibilidad

B. CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS

1. Conocimiento experto

tendencia a creer en quienes tienen conocimiento especial de un tema

2. Motivo

motivaciones para declarar en uno u otro sentido

3. Comportamiento

titubeantes, nerviosos, desaliñados.

4. Jerarquía o status

ámbito de los prejuicios: joven y viejo, rico y pobre, bien y mal vestido, origen nacional o racial, debe ser controlado, porque lamentablemente hay una tendencia dependiendo de estos factores.

En consecuencia, tener presente esos elementos es parte importante de lo que se tiene que hacer para tener un ejercicio adecuado. ¿En qué consiste este ejercicio? Básicamente, en rendición de prueba, documental, pericial, etc, pero la reina es la prueba testimonial y entonces la estructura del interrogatorio es tremendamente importante, porque la prueba del JO es una forma pre establecida y desde el punto de vista de la litigación, se van a dar cuenta que el interrogatorio consta de 2 partes:

Interrogatorio

Preguntas que formula la parte que presenta al testigo respecto de un relato que va a apoyar su presentación.

PRIMERA PARTE: Preguntas de acreditación. Preguntas que buscan establecer la credibilidad del testigo, es decir, presentarlo como una persona honesta y luego se formulan las preguntas de prueba.

SEGUNDA PARTE: Preguntas de prueba.

En el interrogatorio todas las preguntas son narrativas abiertas, porque se quiere que el testigo cuente la secuencia de hechos a través de su relato. Las preguntas narrativas pueden ser un poco más restringidas y ahí se les llama preguntas abiertas. Las preguntas cerradas son más o menos seguras. Siempre la idea es que el abogado pase inadvertido y que el protagonista sea el testigo.

1. Preguntas narrativas: invitan a los testigos a describir con sus propias palabras una secuencia de hechos. Describa, por favor el accidente ocurrido el día 20 de diciembre de 2019 en la esquina de las calles Merced y Vicuña Mackenna.
2. Preguntas abiertas: preguntas narrativas cuyo alcance está limitado a un solo hecho. ¿Qué visibilidad tenía usted desde el interior del furgón?
3. Preguntas cerradas: dejan al testigo poco espacio para describir con sus propias palabras: ¿De qué color era la pintura que arrojaron sobre el parabrisas?

Contrainterrogatorio

OBJETIVOS:

1. Atacar la credibilidad personal de un testigo.
2. Atacar la credibilidad de partes específicas del testimonio.
3. Obtener un testimonio que apoya las proposiciones fácticas de la parte que contrainterroga.

Para hacer esto, el litigante tiene que prepararse, para hacer el ejercicio de mantener todo el tiempo el control del testigo, de manera que no haya preguntas que él formule, cuya respuesta él ignore, nunca formula preguntas que desconoce, sino preguntas que están pensadas para ser admitidas o aceptadas, de manera tal que, en caso de no hacerlo, debe tener un modelo de seguridad para demostrar que la respuesta es falsa o al menos para que se ponga en duda que esa respuesta sea verdadera.

Entonces la reina de las preguntas son las preguntas sugestivas, las que llevan implícita la respuesta. Aquellas que consisten en una afirmación respecto de la cual se pide al testigo que se responda con un sí o no. Y si el testigo dice que no, vamos a confrontarlo con las pruebas que tenemos para demostrar que la respuesta era sí.

1. Preguntas sugestivas: son las que sugieren la respuesta deseada. Usted tenía una perfecta visibilidad a través del parabrisas, ¿no es cierto?

2. Preguntas abiertas: preguntas narrativas cuyo alcance está limitado a un solo hecho. ¿Qué hizo usted inmediatamente después de atropellar a la víctima?

Modelo de seguridad

A. Preguntas muy seguras: Las preguntas que se formulan acá son muy seguras cuando una respuesta indeseada se puede refutar utilizando una declaración previa del mismo testigo, lo que da sentido a la regla del art. 332 del CPP, que establece como excepción se pueden leer declaraciones anteriores como forma de ayuda memoria o para dar cuenta de la contradicción.

Refutables: i. utilizando la declaración previa del testigo. ii. utilizando un testimonio más verosímil.

- B. Preguntas de seguridad media: Refutables: i. con nuestra propia historia. ii. afirmando la inverosimilitud.
- C. C. Preguntas inseguras “Salir a pescar”.
- Es esa pregunta que se formula sin tener idea de cuál es la respuesta. El litigante que se comporta así no entiende el JO porque éste está para otorgar información, no para obtenerla.

Las objeciones

Las objeciones son la forma de promover incidentes sobre la admisibilidad de las preguntas formuladas durante el interrogatorio o contrainterrogatorio de un testigo o perito. Prohibición de preguntas que se considerarán inadmisibles porque tenemos normas legales que nos permiten sostener y afirmar que es inadmisibile.

[Profesor muestra video a modo de ejemplo].

Hay que fijarse en lo que el abogado defensor hacer. Sale a decir que el presentado en el video es un policía que no hizo un trabajo diligente, es un policía que falsificó una declaración admitiendo la confesión y es un policía que está faltando a la verdad en el juicio y lo dice en voz alta, ese es un modelo de seguridad que implica tener un testigo más confiable que puede llamar después. Intenta dejar en evidencia que la declaración es absurda y completamente incoherente y no solo eso, sino que nunca se preocupó (el policía) de verificar nada de lo que había dicho.

Ese es el ejercicio del interrogatorio y es por eso que los litigantes son los protagonistas en el juicio oral, en el contrainterrogatorio tiene que llevar al testigo a contestar si o no y dejarlo en evidencia.

Fundamentos legales en lo penal

I. Los testigos deben declarar sobre hechos (298, 309 inc. 2 CPP)

1. De opinión

La que solicita al testigo que emita una opinión. Es “de opinión experta”, cuando solicita al testigo que opine sobre aspectos técnicos o científicos que requieren conocimientos periciales que no posee.

Ej. Cuándo usted lo encontró, ¿ya estaba muerto?

2. Argumentativa:

La que no persigue obtener información sino plantear un argumento al tribunal, solicitando al testigo o perito que entregue una conclusión de orden fáctico, moral o jurídico o acepte la que le propone quien le interroga.

Ej. ¿Iba el acusado manejando negligentemente?

3. Especulativa:

La que solicita al testigo que haga una conjetura, declarando sobre hechos que no ocurrieron o que no le constan. ¿qué habría pasado si usted se hubiera negado a entregarle su billetera?

II. Los testigos deben declarar sobre hechos pertinentes (276 inc. 1; 292 inc. 1 CPP)

1. *Impertinente*: La que se refiere a un hecho cuya prueba no resulta de influencia para la decisión de la causa. Ej.: ¿qué película estaban dando en la televisión mientras él la golpeaba?
2. *Improcedente*: La que no está comprendida en los puntos sobre los cuales debe recaer la declaración del testigo conforme al auto de apertura (259 inc. 2º; 263 letra c) CPP).

III. Están prohibidas las preguntas engañosas (330 inc. 3)

1. *Engañosa o capciosa*: Preguntas engañosas son las que utilizan el artificio o engaño para inducir a error al testigo. El artificio suele consistir en una falsa alusión a otras declaraciones o a declaraciones previas, o la afirmación como indubitada de la existencia de un hecho que no ha sido probado. Ej.: En qué momento se echó usted el arma al bolsillo?

IV. Están prohibidas las preguntas “poco claras” (330 inc. 3)

1. *Confusa, vaga o ambigua*: La que resulta difícil de comprender (confusa), no precisa suficientemente la información que se requiere (vaga) o puede ser entendida de diversas maneras (ambigua), teniendo, entonces, la potencialidad de inducir a error al testigo o al tribunal. - Usted no quiso acompañarlo, ¿no cierto?
2. *Compuesta*: La que comprende varios hechos, de modo que no es posible entender a cuál de ellos se refiere la respuesta Ej.: ¿No es cierto que usted sabía que la víctima era el dueño del maletín y que tenía dinero y que sabiéndolo se lo llevó?

V. Están prohibidas las preguntas coactivas (330 inc. 3)

Coactiva: La que no persigue obtener información del testigo sino presionarlo, ofuscarlo o intimidarlo para entorpecer su desempeño como testigo. Ej.: a. ¿Se da cuenta que la mentira que acaba de decir le puede costar tres años de presidio?

VI. (En el interrogatorio) Están prohibidas las preguntas que sugieren la respuesta (330 inc. 1)

Sugestiva o inductiva: La que lleva implícita la respuesta, de modo tal que es el abogado quien presenta el hecho al testigo requiriendo solamente su confirmación, sin que ello resulte necesario para conducir su relato a aspectos más específicos del mismo. Ej.: Fue usted quien llamó a la policía ¿no es cierto?

VII. El tribunal (a través del presidente) debe mantener el orden y el decoro durante el debate (292 inc. 3)

Irrespetuosa u ofensiva: La que falta al respeto debido al testigo o se formula en términos ofensivos. Ej.: - ¿Y usted se cree perito sólo porque cobra por declarar en juicio?

VIII. El tribunal (a través del presidente) debe garantizar la eficaz realización del debate (292 inc. 3)

Repetitiva: La que solicita al testigo declarar sobre un hecho sobre el cual ya declaró, sin que la pregunta aparezca justificada por la necesidad de hilar el relato o el derecho a confrontar al testigo con sus propios dichos (330 inc. 2°).

IX. El tribunal debe impedir la incorporación de prueba inadmisibles o ilícita (art. 292 inc. 1 CPP)

Inadmisibles o Ilícitas La que viola una regla sobre admisibilidad de evidencia, pretendiendo la incorporación de un elemento probatorio de una forma prohibida por la ley. Ej.: ¿Podría, por favor, leer el acta que usted levantó con las declaraciones prestadas por el imputado en el cuartel policial?

Alegatos de clausura

ES EL MOMENTO DE ARGUMENTAR.

Los principales objetivos son:

1. Convencer al tribunal que las proposiciones fácticas son exactas. (Este es el momento de formular inferencias a partir de la prueba rendida). Rendir cuenta de las promesas de prueba, pero es también el momento de sostener y demostrar que esta conclusión concuerda con las consideraciones de la justicia. Busca que el tribunal se vaya a dormir tranquilo.
2. Convencer al tribunal que la exactitud de las proposiciones fácticas concuerda con las consideraciones de la justicia (sustrato ético).

Eso lo va a hacer siguiendo ciertas reglas. Un buen litigante:

1. Se limita a los hechos que constan en el registro de la audiencia.
2. Evita la exageración. No se trata de decir que es mentiroso o descarado, va a decir que es inconsistente.
3. No REPITE, sino que ANALIZA la prueba. No hay que llegar con una lista, sino que uno toma los hechos y los combina y arma con eso una especie de queque donde los ingredientes no se distinguen, pero que sabe a queque, condensa toda la argumentación.
4. Enfrenta honestamente las debilidades de su caso.
5. PERSUADE combinando: tema-teoría del caso-evidencia-derecho.

Caso Penta

Profesora María Inés Horvitz¹⁰⁵

Un caso que tuvo especial espectacularidad por quienes eran los imputados y porque se dieron una serie de cuestiones que desde el punto de vista procesal son complicadas y controvertidas, partiendo de la base que tienen a la vista las disposiciones del Código Procesal Penal y las demás que pueden ser concurrentes y el relato de los hechos que le parece a la profesora es exhaustivo, ella hará una pequeña introducción, pero ahí está plasmado todo el relato de los hechos desde diferentes perspectivas que abarcó distintas cuestiones.

Introducción

Una breve introducción: la idea sería ir identificando, como se hace al final del *paper*, los temas polémicos y la profesora fue parte como querellante, por lo que tiene una visión no imparcial. Pone énfasis en aquello que fue afectado en relación a la parte querellante, lo que lleva a plantear cuáles son los grandes problemas que ofrece este sistema para el querellante. No obstante, el estatus constitucional que tiene la víctima y el querellante y que se ha visto refrendado en la discusión del Tribunal Constitucional a partir de las pocas facultades que tiene el querellante muchas veces para poder revertir actuaciones del Fiscal o del Ministerio Público.

Los hechos

Los hechos: brevemente contados, se refieren a una persona que trabajó para esta empresa, el Señor Wagner, la empresa Penta cuyos dueños, los señores Délano y Lavín, acuerdan pagarle una cierta cantidad de dinero cuando va a asumir como Subsecretario de Minería. Evidentemente, plantearé los datos más objetivos, más duros, fue comprobado en la causa que los correos electrónicos dan cuenta que Wagner les pidió dinero y Délano y Lavín aceptaron pagar una suma de dinero, la que se prolongó durante todo el periodo en que Wagner ejerció como Subsecretario de Minería. En tanto Subsecretario de Minería, él tenía facultades para intervenir en determinados proyectos mineros que pudieran plantearse, intervenir eventualmente incluso en su aprobación o desaprobación. Facultades de decisión importantes. Entonces, ese proyecto que parece como relevante aquí es el proyecto Dominga que estaba obviamente promovido por los dueños de Penta que lo que hace es que aparezca en la escena la posibilidad de que estos pagos tuvieran que ver con la aprobación de este proyecto de una manera diferente si no estuviera el Subsecretario Wagner en su cargo y otras imputaciones de haber favorecido o haber tratado de favorecer la designación de determinadas personas en ciertos puestos de gobierno.

¹⁰⁵ Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales por la Universidad de Chile. Tiene un Diploma en criminología de la Universidad Central de Barcelona y es Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Directora del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad, Directora del Centro de Estudios de la Justicia de la Universidad de Chile. Premio Mujer Generación Siglo XXI por la Universidad de Chile, pertenece a distintas organizaciones y es además Consejera del Consejo de Defensa del Estado. Es una reconocida litigante en importantes causas en materia penal, sobre temas de DDHH, corrupción administrativa, fraudes masivos, etc. Además, conjuga y tiene la virtud de nunca haberse desvinculado de la academia.

Primera formalización

Los hechos están en la primera formalización. Hay dos formalizaciones antes de que pase lo que ocurrió en la última audiencia; una primera formalización que hace el Fiscal Gajardo por el delito de cohecho simple (art. 248 Código Penal), que es un delito que tiene una cierta diferencia entre el delito de cohecho simple; y el delito de cohecho agravado que era el que le imputaba el Consejo de Defensa del Estado. El Consejo de Defensa del Estado iba por un tipo penal más grave que el que hacía el Ministerio Público porque consideraban que este *quid pro quo* que exige el delito de cohecho agravado, es decir, recibir el beneficio económico para realizar actos con infracción a deberes de su cargo, se daba justamente con la base de la conexión que ellos veían entre los pagos y favorecer este proyecto Dominga que pertenecía a los dueños de las empresas Penta. Ahí tenían una diferencia con el Ministerio Público y, por otro lado, en una primera formalización los hechos no estaban muy claros, entonces reformatiza (concepto no previsto en el Código Procesal Penal).

Reformatización

La reformatización no está prevista en el Código Procesal Penal y la profesora trabajó en la Comisión Técnica que estuvo a cargo del Código Procesal Penal y pensaron que podían haber nuevas formalizaciones por otros hechos, pero no reformatizaciones que pudieran significar modificación de hechos. Eso es algo importante porque la formalización es una imputación de cargos sobre la base de ciertos hechos y los hechos tienen que estar sustentados en los antecedentes de la investigación, entonces en el momento en que pensaron que efectivamente estaba este tema de que hubieran nuevos hechos y ya se ha formalizado, entonces la idea es si hay nuevos hechos formalizas nuevamente, lo que importa es que el imputado conozca los hechos que se le están imputando y bajo ningún punto de vista – y eso, además, a la vista de los códigos modelo para la legislación – claramente como tiene un sentido garantista de advertirle al imputado “mire, estos son los hechos por los cuales se le está formalizando y, por lo tanto, usted entonces ya sabe, puede saber y defenderse a partir de esos hechos.”

Obviamente, si habían nuevas formalizaciones, la idea era obviamente “usted va a saber que se van agregando nuevos hechos”, pero para la profesora dice que no se tuvo a la vista la posibilidad de modificar hechos en el sentido de ajustarlos a una nueva realidad, porque se tenía muy claro que el modelo que se estaba incorporando en Chile no era el modelo estadounidense por el principio de legalidad y el objetivo de que tuviera que haber una relación entre el derecho penal sustantivo que la pena tiene un sentido retributivo, una mirada retrospectiva, de castigar por determinados hechos que ocurrieron en el pasado, no cabe sobre todo por la falta de legitimidad democrática del Ministerio Público que no puede negociar los cargos, sino que tiene que realizar el derecho penal sustantivo, evidentemente no podía tener la facultad, desde ninguna perspectiva, de poder suprimir cargos o de poder modificar hechos en términos de eliminarlos, sin que por lo menos existiera una decisión que justificara aquello.

No existe en Chile el principio de oportunidad en términos tan absolutos como en Estados Unidos, donde el Fiscal del caso puede practicar la pena de manera bastante libre porque responde políticamente, responde ante sus electores. En cambio, en nuestro sistema al punto llegó el tema que cuando discutimos el principio de oportunidad, la posibilidad de algún grado de oportunidad en nuestro sistema, a la vista de que no iba a poder cambiarse o modificarse el Código Penal, y reducir

el catálogo de delitos que era enorme, sobre todo en la época cuando se dictó el Código que la mayoría de los delitos que procesaba el sistema era falta de ebriedad (300.000 ebriedades por año), era lo que era súper eficiente el sistema; los ebrios, los mendigos, los vagos, existía la vagancia, la mendicidad como delito en aquella época. El sistema era absolutamente incompetente para procesar cualquier delito relativamente complejo, entonces la pregunta era: ahí hay que tener algún grado de otorgarle al Ministerio Público alguna facultad para que pueda no perseguir hechos constitutivos de delito en la ley penal, pero de una manera estricta o reglada. Se introduce el artículo 170 del Código Procesal Penal donde se le permite al Ministerio Público, sobre la base del diseño de una política criminal que fuera transparente y conocida, la posibilidad de no perseguir hechos constitutivos de delitos, pero con ciertas restricciones: que no abarcara casos de funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y un cierto límite de la pena asignada en la ley al delito.

Segunda reformatización

Cuando se produce, después de mucho tiempo, la segunda reformatización lo que hace es precisar y aclarar determinados hechos porque en la primera formalización no estaba claro todavía algunos de ellos. Lo que hay es precisión de hechos y en esas circunstancias se dicta la acusación por el Ministerio Público y antes de que se pudiera adherir o acusar particularmente como querellante, una de las defensas pide reapertura de la investigación que es otra cuestión interesante de discutir.

La reapertura de la investigación

La reapertura de la investigación está planteada en el Código Procesal en términos que se reabre solamente para llevar a cabo las diligencias precisas y determinadas que el Ministerio Público no hubiera llevado a cabo o no hubiera dispuesto en su momento. La pregunta que se formula aquí es que una vez que se concede la reapertura ¿los fiscales pueden realizar actuaciones adicionales, por ejemplo, aparte de simplemente llevar a cabo esas diligencias que no se llevaron a cabo en su momento? ¿Puede reformatizar? ¿Pueden dictarse otras diligencias que no se realizaron durante el tiempo que estuvo abierta la investigación? Obviamente, no es ese el sentido literal de la disposición. La disposición solamente permite para la realización de diligencias precisas y determinadas que son las que dieron origen a la reapertura. El problema es qué se hace, porque se debe recordar que el recurso de apelación, los recursos en general, son bastantes limitados la posibilidad de su ejercicio en el Código, es bastante restrictiva las resoluciones en que pueden plantearse, por lo que hay un amplio espectro en que uno se encuentra con la perplejidad de qué se hace ante un comportamiento del Ministerio Público, por ejemplo, que claramente excede el marco de la disposición legal como es reformatizar en el período de reapertura de la investigación.

El papel del querellante y del Ministerio Público

Eso fue lo que ocurrió. Como Consejo siempre reciben mensaje del fiscal que no habría ninguna sorpresa, que todo iría tal cual y se llegaría al juicio porque se iba a acusar y se iban a mantener los hechos tal como estaban. Nunca se recibe una señal de que algo iba a ocurrir. El papel del querellante y el Ministerio Público es que debería haber una buena relación, saber más o menos dónde va, en qué se está juntos y en qué separados. La profesora participó en la ley adecuadora de todos los cuerpos legales que fueron modificados con ocasión de la reforma y, entre ellos, la Ley del Consejo de Defensa del Estado, en la que también tuvo participación porque hubo varios momentos de inflexión donde se

pensó si mantener o no mantener la figura del querellante; donde no existe querellante en los sistemas anglosajones, por lo que estaba la pregunta de para qué queremos un querellante si basta el Ministerio Público.

Siempre hemos tenido el modelo del Código de Justicia Criminal francés con el querellante al lado y la profesora personalmente se ha ido dando cuenta de que cuando el fiscal no es democrático, de legitimidad democrática, en el sistema del Ministerio Público autónomo, cuya fundamentación es ser técnico también, los fiscales tienen que saber derecho, debe ser una persona que aplique la ley penal o la ley procesal penal, desde esa perspectiva parece claro que la figura del querellante cuando opera bien y cuando el querellante no es querellante sobre todo particular que está preocupado de los intereses de la víctima o de la víctima particular, ha tenido la virtud de cuando es un querellante que realmente vigila la actuación del Ministerio Público de controlar que la persecución penal sea conforme a la ley.

Intereses que van más allá de la función

Se ve que hay muchos fiscales y también defensores en que se producen intereses que van más allá de la función muchas veces. La profesora da como ejemplo a propósito del procedimiento abreviado, una confluencia de intereses entre el fiscal y el defensor por terminar pronto los casos porque hay un estímulo importante de terminar pronto los casos para los fiscales y los defensores por los bonos de estímulos que reciben y porque obviamente ir a juicio oral es poco ganancioso desde toda perspectiva: significa estar metido únicamente en un determinado juicio por a veces tiempos prolongados y obviamente un mayor esfuerzo y carga que un abreviado. Lo que uno ve muchas veces es una llamativa confluencia de intereses entre fiscales y defensores por terminar pronto los casos de una manera que a mí me parece inaceptable.

Hay mucho que discutir de por qué el procedimiento abreviado se está transformando, ni por su configuración legal ni porque se planteen de un modo apropiado, y que ha aumentado exponencialmente la cantidad de condenados en comparación con lo que pasaba hace 10 años. Uno que aumentan las condenas y, sobre todo, a partir del año 2016 donde se aumenta el umbral del procedimiento abreviado en 10 años en el caso de los delitos contra la propiedad. O sea, donde es posible condenar a una persona a una pena privativa de libertad de hasta 10 años por determinados delitos. Entonces, uno ve que el *fast track* hacia la condena se hace bastante más posible en el ámbito de los delincuentes comunes. En el ámbito de los delitos comunes, no en el otro ámbito.

Ruptura con el Ministerio Público

Finalmente, con poco tiempo de anticipación se enteraron de que habría una audiencia de reformatización y pasa de que simplemente esta relación de comunicación con el Ministerio Público se rompe, lo que les inquietó mucho y finalmente era tanto el hecho de saber que iba a haber una reformatización que no sabían su tenor, que tuvieron que hacer cierta presión para que dijeran algo, para estar más o menos preparados para esa audiencia. Llegó un proyecto de formalización que luego se mostró que no era el verdadero. Eso es una cuestión grave, con lo cual obviamente generó todo tipo de sospechas de que podía ocurrir algo en esa audiencia muy importante, lo que en definitiva ocurrió. Como querellantes llegaron a esa audiencia muy poco informados de lo que iba a ocurrir, sabían que iba a haber una formalización que iba a suprimir determinados hechos y pensaron que de acuerdo a las reglas del Código Procesal Penal, la regla general es que si decido, por ejemplo, separar

investigaciones y acusar solamente por determinados hechos, los otros hechos que quedan fuera o hago un nuevo RUC, una nueva causa, pero lo que no puedo hacer es tirarlo por la basura. O sea, esa es la posibilidad: separo investigaciones, una acuso y la otra hago un RUC diferente.

Falta de antecedentes

Si en medio de cualquier situación donde efectivamente se llega a la convicción de que respecto de determinados hechos formalizados no se tienen suficientes antecedentes para ir a juicio oral y hay un querellante y hay una formalización, parece obvio que lo que corresponde es que respecto de los hechos que se considera que no hay suficientes antecedentes para llevarlos a juicio, optar por dos posibilidades: apercibimiento; o decisión de no perseverar. Esa es la fórmula de cierre, la forma en que se puede entender la lógica del sistema. No se puede como fiscal decir estos hechos no existen y dejar fuera de toda posibilidad al querellante de ejercer sus propios derechos como de forzar la acusación. Es decir, claramente lo que aquí ocurrió es que lo que hizo el fiscal de la causa fue suprimir hechos de la formalización que estaban, en opinión de la profesora, o tenían suficientes antecedentes en los documentos y en toda la investigación que había llevado sobre todo el fiscal Gajardo en esa época, era lo que correspondía y para eso estaban preparados, de que si efectivamente suprimía hechos era que el fiscal a cargo de la audiencia dijera “bueno, nosotros respecto de esos hechos que ya no están en la formalización comunicamos decisión de no perseverar”.

La estrategia del fiscal

Ese era el esquema que pensaban iba a producirse porque efectivamente cuando ocurre en la audiencia que se reformatiza lo que hace el fiscal es ver primero la situación de dos de los imputados. Pide autorización al tribunal para ver la situación de dos de los imputados y dejar en tercer lugar al funcionario público. La verdad es que como estrategia uno la piensa y estuvo muy bien pensada: primero, los particulares, el Consejo de Defensa del Estado no puede meterse con los particulares, no tiene legitimación activa, entonces lo que corresponde es reformatizar y dejar afuera completamente aquel delito, soborno, que le daba legitimación activa al Consejo de Defensa del Estado y transformar los hechos en términos de que sólo quedaran los delitos tributarios y un delito muy menor que, aunque se transformara en ese delito de enriquecimiento injustificado, frente a particulares el Consejo de Defensa del Estado no puede hacer absolutamente nada.

Lo que ocurre es que como no comunica decisión de no perseverar, se encontraron en la situación de que reclamaron ante el juez la situación de que se comunique la decisión de no perseverar respecto de esos hechos, que cómo es posible que no pase nada y, sin embargo, el tribunal no hizo ningún análisis. Eso ocurre cuando hay jueces que no entienden el sistema porque efectivamente un hecho no podía quedar simplemente suprimido por arte de magia. Es decir, yo estoy por hurto, robo y violación y suprimo los hechos de la violación. Suprimo y no hago nada con eso, simplemente la violación no existió, no tomo ninguna decisión por eso, y simplemente voy por robo y hurto. Eso no puede suceder en nuestro sistema y por eso existe esa regla de clausura de la decisión de no perseverar o el sobreseimiento, haber dicho que esos hechos no son constitutivos de delito por lo que solicito al tribunal dejar también a salvo el derecho de la parte querellante de controvertir esa decisión y decidir él solo llevar esa acusación particular al juicio.

Exclusión del Consejo de Defensa del Estado

Todo esto se cercenó por la vía de no formular ningún pronunciamiento respecto de los hechos que suprimió de la formalización y luego, ante la situación de que la defensa planteó su exclusión porque no tenían legitimación activa respecto de los hechos que quedaron en la formalización, se produjo además el problema de que es una resolución dictada en una audiencia en que los excluyeron. El Consejo, como órgano, decidió erradamente recurrir de queja, la profesora era partidaria de recurrir de apelación porque efectivamente entendía que el recurso de apelación procede respecto de aquellas resoluciones que ponen fin al procedimiento o hacen imposible su prosecución y que, para ellos como querellantes, se había puesto término al procedimiento o hecho imposible su prosecución. Ese es el mismo requisito para el recurso de queja entonces esa fue otra discusión, fueron por el mal camino. Recurso de queja se declaró inadmisibile como recurso extraordinario y hasta ahí llegó la participación en relación a los particulares que estaban imputados por soborno, los señores Délano y Lavín.

Audiencia de reformalización

Esa es la primera parte de la historia. La segunda es que sigue la audiencia de reformalización, siempre dentro de esta audiencia, donde termina la actuación del Consejo respecto de los imputados Délano y Lavín, respecto de los cuales el Ministerio Público pidió procedimiento abreviado, inmediatamente después de haber sido excluidos, y fueron condenados por los delitos tributarios y por el delito que es un delito subsidiario muy discutido que es el de enriquecimiento injustificado porque el fiscal no llegó a tanto, que eso podría haber sido aún más escandaloso, de haber suprimido el hecho del pago que efectivamente se acreditó que recibió todos los meses el señor Wagner. Eso estaba tan acreditado que no podía suprimir ese hecho, entonces tenía que darle algún tipo de calificación jurídica y eligió esta figura que además tiene una pena de suspensión de cargos en oficios públicos, siendo particulares, y por lo tanto prácticamente no tenía ninguna relevancia para los efectos de la imputación que realmente les importaba que eran los delitos tributarios, donde se llegó a un acuerdo e incluso se los mandó a clases de ética porque se aplicó una pena sustitutiva de libertad vigilada asistida o intensiva, que está en la Ley 18.216, y ahí se terminó en esa parte de la audiencia la intervención respecto a ambos.

El funcionario público

Respecto del funcionario público era evidente que no era tan fácil sacar al Consejo porque sí tienen legitimación activa respecto de él, cualquiera sea la imputación como se le quisiera plantear. Ahí, cuando se está respecto de Wagner, cuando tienen que acusar, ocurre que acusa el Ministerio Público solamente por delitos tributarios y el Consejo haciendo invocación del artículo 261 letra a), que permite al querellante acusar particularmente, la disposición es bastante clara que incluso la acusación particular puede aumentar hechos y plantear otra calificación jurídica siempre y cuando hubieren sido objeto de formalización. El Código Procesal Penal dice que el querellante queda a salvo de hacer una acusación particular en los términos que señala, que incluso significa aumentar por los hechos por los cuales fue acusado, siempre y cuando fuera objeto de formalización. La comprensión del Consejo fue que una reformalización o una nueva formalización no puede borrar, no se trata aquí de un auto de procesamiento. Claramente la formalización de la investigación tiene un sentido garantista de “usted sepa cuáles son los cargos que se le están imputando”. La argumentación fue que una reformalización no puede borrar o suprimir una anterior porque ahí justamente está la garantía respecto del querellante.

No puedo estar de acuerdo con su nueva formalización, y en la medida en que ya ha habido una formalización previa, una comunicación al imputado de hechos que están además asentados en los antecedentes de la investigación y yo, como querellante, no soy el Ministerio Público y, por lo tanto, puedo no estar compartiendo las actuaciones del fiscal, en la medida en que haya habido una formalización, puedo acusar particularmente. Qué pasa con la reformalización: ¿puede el fiscal decir esta reformatización suprime la anterior? No puede. Esa no es una facultad que tenga. Desde luego, no la tiene por disposición legal porque no puede simplemente suprimir algo que tuvo en el pasado, comunicar determinados hechos al imputado.

En contra del debido proceso

Ocurrió que la defensa se opuso sobre la base de que iba en contra del debido proceso que quedaran vigentes todas las formalizaciones previas porque entonces el pobre imputado no iba a saber qué se le estaba imputando. Uno puede pensarlo en términos de efectivamente que, si son 500 formalizaciones, habiendo hecho uso muchas veces de esa facultad, y uno dijera, bueno realmente en este caso uno realmente está perdido qué quiso imputar al cliente y criticar al Ministerio Público porque no ha sido prolijo, pero no puede cercenar las facultades del querellante de decir “yo no estoy de acuerdo con su última formalización. Yo creo que la que realmente abarcaba los hechos o está firmemente basada en los antecedentes es la segunda” y, por lo demás, habiendo dos formalizaciones nada más, el argumento parecía absurdo. Tal vez podría decirlo cuando hay muchas y respecto de defensores penales públicos que apenas pueden cumplir con sus labores dada su carga de trabajo. Aquí hablamos de defensa particular. Aquí hubo un abuso en la argumentación, para la profesora, un abuso de la invocación del debido proceso. A pesar de tener un manual donde se le acusó de ser excesivamente garantista, hoy en día cree que ha habido un uso y abuso del tema del debido proceso como una especie de espada que debe ser siempre atendida en su mérito como tal. Es decir, efectivamente ni siquiera se identifica claramente qué aspecto del debido proceso es el que está afectado. Si dice que dos formalizaciones distintas una que era básicamente la misma que la primera solamente que le agregaba ciertos hechos, no tenía nada especialmente enredado o confuso, simplemente el debido proceso es que yo tengo derecho a saber exactamente qué es lo que me están imputando y por lo tanto la única que va es la última formalización. El juez acogió completamente porque se afecta el debido proceso. Siempre es el debido proceso sin mayores apellidos, haciéndole un flaco favor al sistema el que se utilice este concepto de un modo tan banal. Finalmente, el debido proceso no termina significando nada porque es todo y es nada.

El tribunal consideró que la única que vale, sin invocación de ninguna norma legal, la reformatización no está regulada en el Código Procesal Penal, nunca supieron por qué no pudieron acusar particularmente por hechos que habían sido objeto de formalización. No obstante, se invocaron reiteradamente en la audiencia y lo que pasó es que simplemente cuando llegó el momento de acusar verbalmente igualmente lo hicimos, hicimos uso, dijimos que a ellos no les podía vincular esa decisión y acusamos particularmente igual por el delito de cohecho.

Cohecho

Lo más llamativo fue que durante toda la audiencia el fiscal y la audiencia hicieron alusión a los hechos del cohecho, incluso impugnaron la calificación jurídica. Es decir, no obstante abogaron por que no podían acusar por esos hechos, igual constantemente hicieron alusión al cohecho, la defensa

rebatíó la calificación jurídica y en el fallo se hace cargo igualmente, no obstante que no había permitido que se acusara respecto de hechos que no estaban en la última formalización y que claramente si se trataba de esos hechos no había por donde imputar cohecho o al menos no cohecho agravado que era lo que en el Consejo perseguíamos, tendría que haber sido cohecho simple eventualmente y si hubiera habido cohecho por la función, como existe después de la Ley 21.121, pero no correspondía aplicar porque era una ley posterior y no se puede aplicar retroactivamente, entonces seguimos planteándolo y se absolvió por el cargo de cohecho y ahí en la apelación apelaron y perdieron por dos votos contra uno. Hubo un voto que estaba por la tesis que valía su imputación por cohecho en la medida que se asilaba en una formalización que no podía considerarse no vigente.

Profesora Carbonell: hay muchas cosas que le llaman la atención. Esta idea misma de reformalización como pareciese ser que lo que hace es cargarse mucho de los principios estructurales con los que se estructuró este proceso penal está lejos de ser una institución inocua, pero después uno se puede preguntar por qué esta es una práctica asentada y aceptada. ¿Son cuestiones sólo de debilidad institucional? Pareciese ser que cuando no hay norma que regule esta institución, pero igualmente se asienta esta práctica y es aceptada particularmente por el Ministerio Público como órgano encargado de la persecución penal, no es necesariamente un problema de regulación legal. Incluso, uno podría pensar modificar el Código Procesal Penal e incluir una norma que excluya reformalización cuando sus efectos sean minar derechos de alguno de los intervinientes, en este caso derechos del querellante. Además, llama la atención que se carezca de cualquier tipo de interpretación sistemática por parte de los jueces. Al hacer su trabajo, de interpretación sistemática de un cuerpo normativo del que carecían antes otros cuerpos normativos, un capítulo de principios básicos. Entonces, le llama mucho la atención esta manera de insertar esta institución que corroe ciertas bases, que es mal usada, lo mismo que es mal usado el procedimiento abreviado según la profesora Horvitz muy bien lo describió. Son abusos de formas procesales.

De la misma forma como la profesora cree, y está completamente de acuerdo con la profesora Horvitz, en que es un abuso de un argumento procesal el del debido proceso. Nos tiene al lado completamente contrario de lo que en sus orígenes esta garantía pretendía, lo que hace es minar o despreteger por esta amplitud y porque al final, pareciera ser que en el ámbito procesal penal el único argumento que existe es el debido proceso. Eso es un mal uso que la profesora, por ejemplo, les ha representado a sus amigos defensores y les ha dicho, sobre todo para la defensoría penal pública cuando ha hecho alguna capacitación, ellos han usado mal este concepto. Lo han usado tan mal que lo vacían de contenido. Por cuestiones puramente estratégicas de competencias de activar la competencia ante la Corte Suprema a través del 373 letra a), no logran desarrollar un buen fundamento para un 374 letra e) en los recursos de nulidad. Entonces, esto es más extenso de esta misma cuestión que la profesora Horvitz nos está señalando.

La profesora leyó hace poco un artículo sobre reformalización, pero esta idea de supresión, no de precisión, de que el hecho desaparezca del mapa como si nunca hubiese existido, sin posibilidad de acreditarlo, ni de invocarlo nunca más porque ya no aparece en el mapa. Eso a la luz del 248 como posibilidades que tiene la fiscalía al momento del cierre de la investigación. Le parece también que, respecto del 257 de la posibilidad de reapertura, es claro que esta disposición tiene un carácter excepcional que es la penúltima del título I del libro II, es una disposición residual por su geografía de código, que no tiene por objeto incorporar nuevas actuaciones ni generar nueva investigación, sino

que es bastante restringido para *proceder al cumplimiento de diligencias que se hayan solicitado y no se hayan realizado oportunamente.*

Muchas de las interpretaciones que dan vuelta en este caso son falta de esta idea más sistemática y quizás un uso excesivo de interpretaciones estratégicas que, a largo plazo, a un sistema le hace mal. No es que la uso y la gané, sino que en general esto también pasa en el ámbito civil. Poco a poco vamos corroyendo el sistema, pasando lo mismo con el mal uso de los recursos procesales. Como la queja que ya es casi un recurso ordinario y que al ser este recurso ordinario produce una disfuncionalidad tremenda en el sistema y que quizás aún ahí queda la inaplicabilidad por inconstitucionalidad y luego un recurso de protección contra la sentencia del TC.

Profesora Horvitz: y ahora está el recurso de convencionalidad...

Profesora Carbonell: como diría su abuelita, en materia recursiva estamos presenciando el acabo de mundo. La profesora ha dicho muchas cosas, quizás las y los estudiantes pueden tener alguna cuestión que preguntarte sobre estas mismas instituciones. La profesora Horvitz ha mencionado muchas normas, pero también el panorama más grande de cómo deben comprenderse. Hay muchas cosas de las que ella dice que la profesora compartiría, a pesar de no tener esa posición institucional desde el punto de vista de la comprensión del sistema procesal.

Profesora Horvitz: le gustaría si hay preguntas que podrían ser como de abogado del diablo porque ella habla ya no como profesora necesariamente, de manera imparcial, sino que desde la posición del querellante que le parece que está muy limitada a pesar de todo porque sobre todo está la discusión de hasta qué punto se puede obligar al Ministerio Público a formalizar y ahí, por ejemplo, cree que no podemos hacerlo como está el sistema. Le preocupa que el TC lo plantee de una forma que no es correcta, pero le gustaría si hay alguno que crea que las cosas que he dicho puedan ser controvertibles, si la hubiera...

Respecto de si esta crítica al concepto de reformalización es una crítica por principio o una crítica por implicancia porque efectivamente si yo tuviera que dar una opinión respecto a esto, yo diría que la institución de la reformalización en base a principios me parece bastante positiva, en el sentido de que permite materializar este derecho a la defensa porque no tendría sentido formalizar varias veces e ir cambiando los hechos porque obviamente dentro de un proceso de investigación van cambiando los hechos y esta institución permite de alguna manera que la defensa tenga los hechos claros y pueda decir “esto es de lo que me tengo que defender” y si se han modificado los hechos de esto otro me tengo que defender. En ese sentido, en base a principios, tiene sentido la reformalización para materializar ese derecho a la defensa. Esa es la pregunta: si es por principio o por implicancia, ¿habría que regular esta institución o más bien ni en principio ni por sus consecuencias sería una buena institución?

Profesora Horvitz: Mira, yo incluso contaba la historia de cuando discutieron este tema porque uno cuando cambia de sistema de una manera tan radical, a veces se enfrenta con instituciones que pueden

tener determinado significado en determinada cultura, como por ejemplo la estadounidense, donde efectivamente lo que importa es el acuerdo que lleguen las partes, en la negociación. Ahí no hay problemas, no hay límites. Entonces, si uno entiende una institución, no puede dejar de verla también en la perspectiva de los principios que informan o que nutren un determinado sistema de justicia criminal. Por eso, la profesora fue bastante enfática en decir que nuestro sistema no es igual al sistema estadounidense y que está básicamente asentado en una cierta idea de verdad (lo que puede ser muy controvertido), pero claramente no es una verdad por consenso la que se puede llegar, sino que es una verdad que debe estar basada en hechos establecidos en algún antecedente o en algún elemento de la investigación que se lleva a cabo.

Entonces, lo que no puede ocurrir bajo ningún punto de vista, llámese como se llame, formalización, reformalización, porque tú tienes razón: la profesora admitió desde el primer momento que podía haber nuevas formalizaciones sobre todo si de la investigación surgen nuevos hechos y tú puedes ir agregándolos o puedes ir precisándolos. El problema es si se pueden suprimir hechos que imputaste y que estaban basados en los antecedentes de la investigación. En opinión de la profesora, y esto tiene que ver con el fundamento de legitimación del proceso penal en nuestro sistema, tiene que verse esos hechos si efectivamente puede haber algún interviniente que considere, como es el querellante, que estaba perfectamente asentado en la investigación y, por lo tanto, como se trata de la búsqueda de la verdad, cualquiera sea el apellido que tenga esa verdad, y que no sea meramente consensual, y el querellante considera que esos hechos ameritan ser juzgados y para eso se le da la institución de la acusación particular en los términos que está redactada en el artículo 161.

Todas estas disposiciones a lo que conducen, por ejemplo, principio de oportunidad restringido, principio de legalidad que implica que no puedes hacer cesar la persecución penal sino en los casos e hipótesis que dice la ley, lo dice el art. 166 *La persecución penal no puede suspenderse, interrumpirse o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley*. El procedimiento abreviado no es simplemente mera negociación, debe haber una importante participación del juez que tiene que chequear la aceptación de los hechos y de los antecedentes de la investigación por el imputado con esos antecedentes de la carpeta. O sea, el juez debiera chequear que no se trata simplemente de una mera negociación en que las partes acuerden lo que se les ocurra (sacar hechos, poner hechos, llegar a acuerdos incluso completamente al margen de los antecedentes de la investigación). Todos estos elementos si se ven de una forma unidas unas con otras te dicen que nuestro sistema no es uno que admita simplemente cambiar el objeto de la investigación y del juicio por mera voluntad de las partes y, en mi opinión, lo que ocurrió en esa reformalización fue un acuerdo entre fiscal y defensa para poder excluir al tercero. Eso fue lo que ocurrió en opinión de la profesora.

Otra cosa es que tú formalices o reformalices precisando, etcétera, porque en general como Consejo no están en contra de las reformalizaciones porque no nos encontramos habitualmente con este problema; si tú vas y precisas hechos y no eliminas hechos, ellos no tienen por qué tener un problema. Sobre todo, porque normalmente la relación es de buenos compañeros entre fiscal y querellante. Aquí ocurrió algo anormal que se presta además para pensar mal. Si uno llega a este tipo de acuerdo piensa mal: qué hay detrás, por qué simplemente no se quiso enfrentar un forzamiento de la acusación del querellante, ¿se tenía miedo a lo que podía conseguir el Consejo de Defensa del Estado? Eso era lo correcto, una decisión de no perseverar o un sobreseimiento respecto de esos hechos y así el querellante particular fuerza la acusación y se enfrentan. Si los hechos son puras patrañas, va a quedar en evidencia en el juicio, ¿por qué no se quiso? ¿cuál fue ese acuerdo para excluirnos? Entonces, no

está en contra de la reformatización porque cree que efectivamente si tú haces una primera formalización y en el curso de la investigación surgen nuevos hechos o, incluso más, determinados hechos que estaban incluidos en la formalización consideras que no tienes suficientes antecedentes para acusar, obviamente toma la decisión: separas, estos hechos lo llevo a juicio y estos otros no perseveras. Eso es lo que corresponde, esa es la regla de clausura de la investigación y dejas a salvo los derechos del querellante.

Un tema del procedimiento abreviado: hay muchos déficits que se producen por jueces. A la profesora le preocupa mucho que los jueces no entiendan el sentido del nuevo proceso penal. Le preocupa mucho porque evidentemente las dotes persuasivas, retóricas de muchos de nuestros abogados, sobre todo hay algunos que son especialmente dotados y tienen muchas destrezas persuasivas, hace de que finalmente a veces incluso le tengan hasta miedo respecto a las invocaciones que hacen las defensas al debido proceso. Es como esa palabra mágica que los petrifica; es como no vaya a ser que luego los pasé a llevar.

La profesora cuenta una anécdota que le pasó en otra causa: se planteó la exclusión en la preparación del juicio oral de un sumario administrativo que se realizaba contra los funcionarios públicos donde fueron sancionados por la Contraloría. Se planteó la discusión sobre la base de quien solicitó a la Contraloría el sumario no fue un fiscal, sino que una asesora de la fiscalía, por correo electrónico. La Contraloría le remite este sumario a la asesora del Ministerio Público quien se lo remite a la fiscal del caso. Se plantea la exclusión de ese sumario, pero porque no era fiscal o asistente de fiscal. Se rechazó, sin mucha profundización la incidencia de exclusión y en el juicio oral se renueva la discusión. Cuento corto, el tribunal dice que no va a valorar ese sumario administrativo, o sea, va a valorar negativamente, porque está la famosa valoración negativa de la prueba, porque efectivamente no correspondía que lo citara y eso afectaba el debido proceso sin más. Afectaba el debido proceso porque efectivamente el Ministerio Público es el único que puede investigar, hay reglas que autorizan al asistente de fiscal para investigar y, en definitiva, quien pidió el sumario era alguien que era asesora y no un asistente. No se valoró y recurso de nulidad y el tribunal *ad quem* decidió que efectivamente se había afectado el debido proceso; recurso de queja que tuvieron la suerte de que por lo menos no se declara inadmisibile, se renueva la discusión arriba y en definitiva les fue mal, no obstante que la profesora pidió reiteradamente a la defensa que le precisara específicamente que aspecto le afectaba ahí; tuvo problemas para defenderse, no tuvo el tiempo adecuado, se le hizo una imputación que no tenía clara; se le afectó la intimidad.

Esto un poco para indagar y los jueces digan qué es lo que usted está alegando más allá de la infracción de una regla legal que puede ser objeto eventualmente de una nulidad procesal, nada más. Ya había precluido la posibilidad de plantear: “bueno, no se cumplió una regla de que es el fiscal el que la pide. Okay, planteo la nulidad procesal porque hubo un vicio del procedimiento”, pero ya había precluido la posibilidad de nulidad procesal, no había sido excluida en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, se vuelve a plantear en el juicio oral.

Esa es una cuestión que quería plantear y la otra, respecto del procedimiento abreviado, es su preocupación porque los jueces son buzones de las partes, no cumplen con la obligación que les impone la ley de hacer un mínimo chequeo de que lo que efectivamente negocien las partes tenga asidero en la carpeta de investigación. Es decir, que no sea simplemente una verdad consensuada y, por lo tanto, ha ocurrido que muchas veces confluye este interés por terminar pronto el procedimiento

en perjuicio muchas veces del imputado y por eso hay problemas ahora con muchos inocentes condenados porque prevalece el interés de las partes, de los abogados y no del imputado, sobre todo si es un imputado pobre. El juez no se preocupa e incluso se ha llegado a fallar los abreviados con formularios sin hacer ninguna motivación, sino que simple invocación del audio. Hay un imputado donde si el imputado aceptó los antecedentes y una especie de *checklist* y la pena al final de conclusión al formulario. Esto le parece gravísimo. Ha habido hasta casos en que a los fiscales como no le va bien con sus jueces respecto de solicitud de procedimiento abreviado, la vuelven a intentar hasta que un juez lo acepta porque no basta con que lo rechace uno, sino que pueden intentarlo nuevamente. Incluso hay un caso en que como no se pudo autorizar el abreviado por el juez, llegaron con convenciones probatorias al juicio, el juicio completo en convención probatoria. No hubo juicio, hubo una pantomima de juicio sobre la base de convención probatoria.

Todo esto no está regulado en el Código; evidentemente si uno no entiende el sistema procesal penal lo que pasa es que falla en forma contraria a lo que es el espíritu del nuevo sistema procesal penal y vamos deteriorándolo. Ni hablar del punto de vista epistemológico, es decir la calidad epistemológica de las resoluciones es penosa. Lo que le preocupa es el deterioro creciente de los procedimientos en general y, sobre todo, de la mala actuación de los jueces que hace que estemos peor quizás, desde el punto de vista epistemológico, en relación a lo que era el sistema de justicia criminal anterior al año 2000 porque ahí fallaban los jueces en base a lo que ellos mismos parecía que indagaban, ahora es lo que las partes dicen o acuerdan en un abreviado y que el juez acepta como mero buzón.

Profesora Carbonell: le interesa mucho, pero también tiene que restringirse en estas cuestiones que le interesan, pero, por ejemplo, esta misma idea de que se le achacaban tantos males al sistema de valoración de prueba legal o tasada y que la sana crítica iba a ser una panacea. Bueno, si la sana crítica se usa mal es mucho peor a la prueba legal o tasada por estas mismas cosas que dice la profesora; porque en el fondo pareciese que los jueces piensan que basta con poner la frasquita y automáticamente se produce esa valoración racional y eso es mucho peor a invocar nuestras vetustas reglas de prueba legal o tasada del Código de Procedimiento Penal y del Código de Procedimiento Civil.

Entonces, cree que la profesora da en muchos puntos que son claves, que ojalá puedan seguir conversando en otra oportunidad. Van a participar con la profesora Horvitz en un seminario que ya está que es el 16 de diciembre sobre garantías penales y garantías procesales penales, una iniciativa conjunta con el departamento de ciencias del derecho a propósito de la futura Constitución y para ustedes quedan muchos pendientes de, sobre todo, no aceptar simplemente información de que esto es una panacea, tienen que ser críticos no solo de cómo se regula el proceso penal, sino que respecto de cómo funciona y en el funcionamiento estamos al debe. La profesora participó en un seminario sobre la inteligencia artificial y proceso penal y, como dijo en una clase, aquí antes de inteligencia artificial falta de la otra inteligencia y nos falta información, acceder a la información del funcionamiento del sistema, falta realmente hacer un seguimiento de cómo se ha implementado y de todos estos bucles que lo que pueden hacer un día es hacer entrar agua al bote e ir totalmente en contra de sus principios fundacionales. Para la profesora ha sido un lujo tener a la profesora Horvitz y también abogada.

Sentencia definitiva y procedimiento abreviado

Veremos dos cosas hoy: (1) una sucesión de disposiciones bajo el título “sentencia definitiva”, el título del párrafo 10 del título III del libro II, todavía nuestro juicio ordinario (art. 339 y ss.) y recalcaré cuáles me parecen de mayor relevancia; y (2) juicio o procedimiento abreviado.

Sentencia definitiva

Deliberación

El artículo 339 que se denomina “deliberación” tiene la siguiente regla: inmediatamente después de clausurado el debate (recuerden que el debate termina con este alegato final y de clausura, que se le llama alegato de clausura del artículo 338) los miembros del tribunal (3) que hubieren asistido al juicio oral se retiran a deliberar en privado.

Convicción del tribunal

El 340 es una disposición que hemos anunciado y referido en muchísimas oportunidades del curso y se denomina malamente “convicción del tribunal”. Malamente porque la palabra convicción se asocia a sistemas de valoración de la prueba que están al margen de las teorías racionalistas de la prueba y son sistemas de libre convicción, mera convicción, respecto de los cuales no rigen las obligaciones de justificación o motivación de las decisiones judiciales que sí rigen en las teorías racionalistas de la prueba.

Sin perjuicio de eso, del título, no podemos colegir porque existen otros conjuntos de reglas que nuestro sistema es un sistema de íntima convicción. Desafortunado el título, pero una lectura sistemática de esta disposición, del artículo 342 y del artículo 297, nos lleva a concluir que este sistema de valoración es de valoración libre con ciertas restricciones que provienen de los criterios de la sana crítica del 297. *Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare (Tribunal Oral en lo Penal o Juez de Garantía, en su caso) adquiere, más allá de toda duda razonable la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley.* Se tiene que dar por probado, más allá de toda duda razonable, la comisión del hecho que reviste las características de delito, y se tiene que dar por probado, más allá de toda duda razonable, que le ha cabido participación culpable al acusado o acusados en este proceso. ¿Cómo se formará esta convicción? A partir de la prueba que se ha rendido en el juicio. Esto se relaciona con el artículo siguiente. *No se puede condenar a una persona con el sólo mérito de su propia declaración.* Esto quiere decir

que declaración inculpatoria como único medio de prueba es insuficiente para condenar a través de este procedimiento de juicio oral.

Principio de congruencia

El 341 es un artículo que también hemos mencionado y que es importante porque consagra lo que se denomina el “principio de congruencia”. Este principio de congruencia que ya se vio a propósito de la acusación (el inciso final del 259 dice *La acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación o que se efectuare una calificación distinta*) y se vio también en la clase de la profesora Horvitz. Entonces, debe existir una relación entre los hechos por los cuales se formaliza, los hechos por los cuales se acusa y ahora se agrega el tercer hito que es los hechos por los cuales se condena. Eso significa principio de congruencia y que en el ámbito civil nosotros se ve reflejado en normas tales como el 160 del Código de Procedimiento Civil que dice que el juez debe estarse al mérito de autos y no podrá definirse a puntos no incluidos ni debatidos y a las reglas sobre *ultrapetita* y *extrapetita* de la casación en la forma. Por lo tanto, esta congruencia tiene por objeto asegurar que aquello por lo cual se juzga a una persona y por lo cual se le condena haya sido el objeto del juicio y haya tenido, por lo tanto, posibilidad de defenderse con alegaciones y con prueba aportada en la audiencia de juicio oral. *En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en la acusación*, acusación que está en el 259.

Sin embargo, la cuestión de la calificación jurídica, y esto también se vio en civil bajo el principio *iura novit curia*; Sin embargo, *el tribunal podrá dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de responsabilidad no incluidas siempre que esto se hubiese advertido en el curso de la audiencia*. Este cambio de calificación o estas circunstancias agravantes hubieran sido mencionadas, si hubiese invitado a los intervinientes (fiscal y defensa) a pronunciarse sobre aquellas circunstancias. Si uno o más jueces insisten en esto, pero no se hubiese hecho esta advertencia, deberán reabrir la audiencia para permitir el debate sobre esta nueva calificación o esta nueva agravante, lo que está en el mismo 341.

Contenido de la sentencia

El “contenido de la sentencia” está en el 342 que es el funcionalmente análogo al 170 del CPC. *La sentencia definitiva contendrá:*

- a) *La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores (cuestiones de identificación);*
- b) *La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;*

- c) *La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 (aquí, como concordancia, ustedes debiesen en el 342 letra c) poner 374 letra e) que es la causal de motivo absoluto de nulidad y ya tienen la relación entre tres disposiciones que son muy importantes en materia de fundamentación; 297 y 342 letra c), cuyo incumplimiento genera un motivo absoluto de nulidad, 374 letra e));*
- d) *Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias para fundar el fallo (que se parece al 170 N°5 del CPC. Tiene una cosa relevante que es distinta: la 170 N°5 es la típica disposición que se esgrime para reforzar la idea de inexcusabilidad, por una parte, y para reforzar la idea de que la equidad puede ser un argumento o un elemento de interpretación y el 170 N°5 dice que el tribunal deberá indicar las disposiciones legales en virtud de las cuales pronuncia el fallo o, en su defecto, los principios de equidad en que se basa. ¿Por qué esto no procede en materia penal? Tiene que ver con el principio de legalidad, a veces llamado de tipicidad en materia penal. No puede fallar aquí y decir que esto es un delito porque la noción de equidad o de injusticia extrema o lo que fuese es pertinente);*
- e) *La resolución que condenare o absolviere a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido (una de las causales de motivo absoluto de nulidad del 374 letra e)); la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar;*
- f) *El pronunciamiento sobre las costas de la causa; y*
- g) *La firma de los jueces que la hubieren dictado.*

Decisión sobre absolución o condena

Respecto del 343, ya hemos dicho que una vez que concluye la audiencia se van a deliberar y una vez que terminan de deliberar, los jueces deben volver a la sala de la audiencia y pronunciar la sentencia definitiva y deben solamente comunicar la “decisión sobre absolución o condena” respecto de cada uno de los hechos y de cada uno de los acusados. Esto debe hacerse de inmediato, post deliberación. *Excepcionalmente, cuando la audiencia se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal podrá prolongar su deliberación hasta por veinticuatro horas, hecho que será dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión será comunicada.* Por lo tanto, esta es una cuestión muy relevante que tiene que ver con el principio de continuidad, que la decisión se adopta de inmediato (absolución o condena) y la fundamentación se reserva para la redacción de la sentencia definitiva, para lo cual existe un plazo que está en el 344 y

la puede diferir la redacción hasta por 5 días, pero si el juicio hubiere durado más de 5 días, se aumenta un día por cada 2 de exceso de duración en el juicio. Los jueces en sus agendas tienen, como está el administrador del tribunal, momentos en que no integran el tribunal, sino que se dedican precisamente a la redacción, tienen días para redactar para poder cumplir con los plazos legales.

Plazo para redacción de la sentencia

Los plazos en este caso son importantes porque pueden acarrear la nulidad del juicio cuando se trate de una sentencia condenatoria que hubiese excedido los plazos fijados por el artículo 344. Dice *Transcurrido este plazo adicional sin que se comunicare la sentencia se producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiere sido la de absolución del acusado*. Esto, desde el punto de vista disciplinario, constituye una causal de infracción para este tribunal que se hubiese excedido de estos plazos y ese exceso vaya a acarrear la nulidad del juicio.

Audiencia de comunicación de la sentencia

Cuando ya esté lista la sentencia existe lo que es la “audiencia de lectura”, pero el Código la llama “comunicación de la sentencia”: se fija una audiencia a este efecto y se lee literalmente la sentencia y en esa audiencia se entenderá que las partes se notifican de la misma para los efectos de los plazos de impugnación respectivos.

Si la sentencia es condenatoria: la situación del acusado va a depender del tipo de pena que fije aquella sentencia para ver cómo se va a cumplir o ejecutar. Si la sentencia condena una pena temporal de privación de libertad, lo que se va a tener que hacer en esa sentencia es decir cuándo comienza a cumplirse aquella, si está privado de libertad simplemente continúa y se le abona el tiempo que ya ha estado privado de libertad y se podrá eventualmente pedir otro tipo de cuestiones, pero esto es el grueso.

La última cosa que es importante es que, en esta sentencia, si hubiese habido demanda civil (como ya lo había dicho el 342 letra b)), habrá que pronunciarse sobre esta demanda civil incluso si la sentencia es absolutoria en el ámbito penal porque puede que no se hayan logrado dar por probados estos hechos, pero dado que el estándar en materia civil es más bajo podría igualmente operar la determinación de la responsabilidad por daños y perjuicios causados.

Por lo tanto, es importante que sepan que con posterioridad a los alegatos de clausura hay deliberación, luego de que se delibera debe, de forma inmediata salvo complejidad o audiencias muy largas, comunicarse la decisión de absolución o condena. En esa sentencia, si es condenatoria se tendrá que justificar los hechos que se tienen por probados, tomando en consideración el estándar de prueba del artículo 340, los jueces deberán tener en consideración que esta sentencia condenatoria no podrá exceder el relato de los hechos de la acusación, acusación que, por otra parte, no podía exceder los hechos materia de formalización. El incumplimiento de alguno de estos requisitos, particularmente referidos a

la fundamentación, son motivos absolutos de nulidad, hay plazos para la redacción de la sentencia que son breves y que van acompañados de fijación de semanas o días para redactar. El tribunal oral en lo penal no tiene que ir a estas audiencias, y luego hay una audiencia en que se comunica y lee la sentencia.

En la sentencia el tribunal tiene que pronunciarse sobre la pena, pero no me queda claro cómo puede condenar al imputado, pero con una pena temporal. La prisión preventiva tenía entendido que era antes de la audiencia del juicio oral.

Pena temporal aquí es sinónimo de pena que sea de privación de libertad y en ese caso deberá fijar este rango. Si la persona ya está cumpliendo prisión preventiva no tendrá que dar la orden a la policía para que lleve a la persona condenada al recinto penitenciario respectivo, pero si está en libertad esa persona comenzará la prisión de libertad en ese momento. Si esa persona que ahora está en libertad, pero tuvo un periodo de privación de libertad por prisión preventiva, debe ser nuevamente, de acuerdo a la sentencia, privada de libertad, eso se le descuenta. Esta privación de libertad post sentencia condenatoria no se asemeja en nada, se supone. Ya es privación por sentencia condenatoria y no privación como medida de cautela.

¿Qué sucede en el caso cuando se decreta prisión preventiva, pero los antecedentes para decretarla se obtuvieron de forma ilegal? ¿En la sentencia definitiva el juez se va a referir con respecto a eso?

Eso un poco queda a la conciencia o a la labor del propio juez en materia de fundamentación. Si la defensa esgrimió en todas las oportunidades que esa prisión preventiva, por ejemplo, había sido decretada en base a antecedentes obtenidos ilícitamente y esos antecedentes no fueron excluidos, sino que pasaron a través del auto de apertura del juicio oral al juicio oral, el juez tiene, en los hechos, diferentes caminos: (1) no hacer ningún tipo de pronunciamiento sobre la ilicitud de esa prueba porque no fue excluida y, por lo tanto, ya es prueba que entró en el juicio; (2) esta idea de valoración negativa que consiste en restarle valor probatorio a ese elemento de prueba. Sin perjuicio de aquello, el juez igualmente podría llegar a la convicción de que el sujeto es culpable. Eso puede ser una cosa independiente porque pueden haber otros antecedentes, no aquellos que se tomaron para decretar la medida de prisión preventiva. Cómo se podría seguir reclamando de esto: si los jueces hacen caso omiso a esta idea de ilicitud de la prueba, le dan alto valor probatorio para lograr esta condena, lo que va a hacer la defensa es recurrir de nulidad y, generalmente, por una combinación: 373 letra a), en cualquier momento del procedimiento o en la dictación de la sentencia que se haya producido una vulneración de los derechos y garantías establecidos por la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y, en subsidio, va a interponer el 374 letra e) que es problemas en la fundamentación y ahí va a decir que hubo problemas en la valoración porque se valoró de forma excesiva, por ejemplo, o como una prueba fuerte algo que en realidad era una prueba que debió haberse excluido.

¿Qué tan posible es que uno se percate como defensa que hay prueba ilícita?
¿Puede haber veces donde hay prueba ilícita, se da la prisión preventiva, y el
curso del procedimiento sigue, pero esa persona nunca se enteró de que hay
prueba ilícita?

La profesora diría que es difícil porque sobre todo conoce más de los defensores públicos y de algunos amigos suyos que son defensores licitados. Privados conoce un poco menos cómo funciona, pero la profesora diría que, en general, esto es difícil porque uno podría pensar que ellos se ponen los anteojos para identificar si la prueba es ilícita o no y por eso si ven cualquier tipo de irregularidad van a intentar de calificar esto como prueba ilícita porque eso también es una herramienta de la defensa. Entonces, es difícil que se le pase a un defensor este tipo de cuestiones, pero puede que no lo manifiesten de una manera comprensible para los tribunales, etc.

Caso de abandono de defensa: caso de Mateluna. Probatoriamente debió haber sido declarado inocente porque lo que había era muy malo, pero la defensa era pésima. No advirtió este tipo de cuestiones, no insistió sobre un audio que se le pregunta a uno de los policías que declaró haberlo reconocido a Mateluna y después el policía dice que habían en números 1, 2, 3, 4, 5 y 6. Algunas de las víctimas habían reconocido al 5 y el carabinero habría escrito Mateluna. Luego, le dicen “usted sabe que se equivocó porque el 5 no era Mateluna”, “sí, perdón, me equivoqué”. Bueno, ahí como defensa hay que armar el caos máximo, no puede pasar desapercibido. Si la identificación estuvo mal, la persona dijo 5 y el carabinero apunta al nombre de 6 o al revés, se le pasó, uno dice que esto es simplemente personas que no tenían idea o no les interesó. La sentencia además del Tribunal Oral fue mala, en opinión de la profesora, porque quizás fue mal llevado todo el caso y el recurso de nulidad es algo que ustedes, como futuros juristas, nunca van a hacer: malo con ganas. Ahí no había ninguna posibilidad, entonces uno puede tener defensas “piti”, que vean poco, pero la profesora diría que, en general, una buena defensa va a intentar ver si ha habido o no irregularidades para excluir esa prueba desde el minuto 1. Si nadie le hace caso, van a intentarlo por la vía recursiva.

¿Este recurso de nulidad no tiene un plazo? Si la persona ya está cumpliendo
condena, pero supongamos ficticiamente que un abogado se da cuenta de todo
esto, ¿da lo mismo que hayan pasado 1 o 2 años?

El recurso de nulidad tiene un plazo y la ejecución de la sentencia tiene que hacerse una vez que esté firme, es decir, con posterioridad al recurso de nulidad. El cumplimiento de una sentencia sólo puede hacerse cuando la sentencia se encuentre firme o ejecutoriada.

Pero en el caso de que ya esté firme o ejecutoriada, pero se den cuenta después, ¿ya no hay vuelta atrás?

Sí hay vuelta atrás y eso se llama acción de revisión, regulada en el 473 para las sentencias condenatorias, es imprescriptible, pero usted tiene que intentar demostrar la causal y en Chile los únicos casos que se han acogido son por 473 letra d), *Cuando con posterioridad a la sentencia condenatoria ocurriere algún hecho o apareciere un documento desconocido durante el proceso que fuera de tal naturaleza que bastase para demostrar la inocencia del imputado*, pero en estos casos el 95% han sido por suplantación de identidad. Respecto de las otras causales, como por ejemplo que *La sentencia condenatoria haya sido pronunciada por prevaricación o cohecho del juez o por un testimonio declarado falso*, son causales mucho más excepcionales. En el caso de Mateluna no era un caso de suplantación de identidad, sino que uno donde se alegó que habían aparecido antecedentes que no se tenían a la vista a la hora del juicio, y en este caso algún tipo de informe pericial, los jueces estimaron que esto no era procedente. Ahora, la profesora diría que habían pocas posibilidades porque el juicio en general fue mal llevado. No podría echarle toda la culpa a la Suprema.

Procedimiento abreviado

Es un procedimiento especial que ya no lo conoce el Tribunal Oral en lo Penal, sino que lo conoce el Juez de Garantía, vale decir, un tribunal que ejerce sus funciones unipersonalmente, a diferencia del ejercicio de funciones de manera colegiada del Tribunal Oral en lo Penal.

En aquellos casos en que el fiscal solicite en su acusación una pena que no supere cierto límite y el imputado aceptare expresamente los hechos materia de la acusación, los antecedentes de la investigación y la aplicación de este procedimiento en sustitución del juicio oral.

Se requieren **dos ámbitos de cuestiones:**

- (1) Se requiere una solicitud en el escrito de acusación: la propia letra h) del 259 dice esto: *En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado*. Se hace al momento de la acusación; pero también
- (2) El consentimiento del imputado respecto de la aceptación de los hechos materia de la acusación, antecedentes de la investigación y estar de acuerdo con no tener este juicio oral ante el Tribunal Oral en lo Penal.

Fundamentos:

- (1) Contar con una vía más rápida y económica de juicio cuando no haya controversia sobre los hechos que están siendo imputados o por los cuales se le acusa a el o los imputados.
- (2) Justicia más eficiente.
- (3) Condenas rápidas.
- (4) Beneficios para el acusado.

Críticas: condenas que se obtienen a través de un consenso de las partes y probables conversaciones que podrían ser inapropiadas entre el fiscal y el acusado.

La cuestión es que esto puede funcionar también, pero también puede funcionar como la mona en el sentido de producir estas condenas de inocente bajo eventuales amenazas no constitutivas de delito de que “esto es lo que más le conviene a usted, acusado” porque si no, si va a juicio, va a tener penas más altas, etc. Y el problema del control también de esta prueba.

Es abreviado en relación al juicio oral, implica una renuncia al juicio oral y, en cierta medida, implica una renuncia a la prueba porque se aceptan como prueba los antecedentes que han sido establecidos en la investigación y en la acusación. Hay una aceptación, lo que significa que no hay controversia sobre esos antecedentes y, por lo tanto, basta con esos antecedentes de la etapa de la investigación que luego han sido plasmados en la acusación (letra f) art. 259: señalar los medios de prueba de que pensare valerse en juicio y que se relacionen con las letras b), c) y d) de ese mismo artículo: hechos atribuidos y calificación jurídica, circunstancias modificatorias, participación del acusado). La carta de navegación para el juez de garantía ahora es precisamente esa acusación.

Se plantean estas cuestiones de imparcialidad, en el sentido de que este juez de garantía es el que intervino en su rol de garante de los derechos tanto de la víctima como del imputado, pero especialmente del imputado; intervino también en la preparación del juicio oral. Entonces, se plantea la cuestión de la imparcialidad que es una cuestión fundamental para el cambio estructural que tuvimos para el sistema en el año 2000: separar las funciones de investigación con la función de juzgamiento.

El artículo que abre este título es el 406.

- (1) La pena solicitada por el fiscal no debe superar el **límite** máximo señalado en la ley y este límite máximo no sea más de 5 años de presidio o reclusión menores en su grado máximo (regla general), ni más de 10 de presidio reclusión mayores en su grado mínimo, tratándose de ciertos delitos que son delitos básicamente de apropiación de cosa ajena, robo, hurto y abigeato, establecidos en los respectivos artículos de ese título del Código Penal, y algunos que son figuras agravadas excluidos de esta segunda regla.

(2) Para ello, se dice en el inciso segundo, que constituye la letra b) de estos presupuestos de aplicación que *Para ello, será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.* De manera libre, exento de presiones, etc.

(3) El tercer requisito es que, de existir querellante este no se oponga o, si se opone, el tribunal la declare infundada.

Lo que hay es un desglose de estos presupuestos de aplicación en cuanto a los tipos de pena solicitada por el fiscal, algunos tipos de modificaciones que se pueden revisar. Le interesa especialmente el grueso, que la regla general es no más de 5 y en algunos casos no más de 10 tratándose de delitos contra la propiedad, cuando ejerzan se debe saber al dedillo.

El segundo requisito, que es el más importante a juicio de la profesora, es el **consentimiento del imputado**: esto debe hacerse con este consentimiento, siendo previamente informado el imputado de los hechos materia de la acusación, de los antecedentes, etc. Aquí también pueden visualizar de que se pueden producir problemas de desequilibrio informativo o de problemas de comprensión de qué es lo que exactamente se está imputando, etc. Esto no es inocuo cómo se produzca esta transmisión de información o cómo se ha puesto en conocimiento y es algo que también es difícil de comprobar. El juez, lo que hace es que está obligado a consultar al acusado y asegurarse de que éste ha prestado su conformidad con el procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que conoce su derecho al juicio oral, etc. que no ha sido objeto de coacciones, pero esto se traduce en la práctica por una serie de preguntas de rigor que deben hacerse y que, si el imputado está muy asustado, va a decir que entiende todo, los hechos materia de la acusación, antecedentes y está de acuerdo con esto porque piensa que le es favorable.

¿Por qué esto puede ser interesante desde el punto de vista del imputado? Porque trae aparejados ciertos beneficios porque, en caso de que la sentencia sea condenatoria, no se podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o al querellante, en su caso. No se va a ir al margen superior previsto por la ley, respecto de determinado tipo de delito, sino que tiene que mantenerse como máximo en aquella pena requerida por el fiscal o el querellante.

Esto no equivale a aceptar los hechos materia de la acusación ni los antecedentes a aceptar culpabilidad porque incluso en un procedimiento como éste, es posible que un juez de garantía dicte una sentencia condenatoria. Por otra parte, si ustedes pueden ver, no puede – por eso es necesario los antecedentes de la investigación que funden la acusación – emitirse la sentencia exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado de la misma manera o en concordancia con el art. 340 inc. final *No podrá condenarse a una persona con el sólo mérito de su declaración* (inculpatoria). No significa

aceptar responsabilidad, no necesariamente a través de un procedimiento abreviado el juez debe dictar una sentencia condenatoria.

El 407 establece la **oportunidad** para solicitar el procedimiento abreviado y eso va a depender, una vez que haya sido formalizada la investigación, si se hubiese deducido acusación o no se hubiese deducido acusación porque si no se hubiese deducido a una acusación, el fiscal y el querellante pueden formular esta solicitud de procedimiento abreviado en la audiencia que el tribunal convocare al efecto y en esa audiencia deben deducir la acusación y el tribunal resolverá si se procederá con el procedimiento abreviado. Si se hubiere deducido acusación y se solicita el procedimiento abreviado, todavía queda la posibilidad de modificar la acusación por parte del fiscal y del querellante.

Hay algunas normas respecto del robo, hurto o receptación que no son relevantes para el mensaje de la estructura de cómo funciona este procedimiento.

La última cuestión es determinar si ha habido o no oposición del querellante porque si ha habido esta oposición, va a haber que determinar, por parte del tribunal, si ésta es o no fundada. El art. 410 se refiere a la “**resolución sobre la solicitud de procedimiento abreviado**” para ver qué hará el juez y la aceptará *cuando los antecedentes de la investigación fueren suficientes para proceder de conformidad a las normas de este Título, la pena solicitada por el fiscal se conformare a lo previsto en el inciso primero del artículo 406 y verificare que el acuerdo hubiere sido prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente*. Ahora, si ha habido oposición del querellante, podrá rechazar la solicitud de procedimiento abreviado si no estuviese de acuerdo con los presupuestos para su aplicación, pero también tendrá la posibilidad, a la luz de los requisitos que establece el legislador para hacer uso de esta facultad, de rechazar aquella oposición.

Oportunidad para solicitar procedimiento abreviado: debe haber formalización de la investigación, en cualquier etapa del procedimiento, haya habido acusación o no, pero hasta la audiencia de preparación del juicio oral. No tiene sentido que ya se haya llevado a cabo esta APJO para luego pasar al procedimiento abreviado porque los fines de esa audiencia son incompatibles con la manera de proceder en el procedimiento abreviado.

La idea del consentimiento del acusado y cuáles son las posibilidades que el juez de garantía tiene frente a esta solicitud: (1) aceptarla; o (2) rechazarla cuando no concurren los requisitos de procedencia o cuando se acoja la oposición del querellante. Nuevamente ahí está la pregunta de que esta aceptación y consentimiento no se refiere a esta culpabilidad porque puede ser descartada por una sentencia absolutoria.

- a) Si se **rechaza** esta solicitud, lo que hace el tribunal, el juez de garantía, es dictar el auto de apertura del juicio oral y se continúa por la vía ordinaria.
- b) Cómo se tramita esto si se **acepta**: en la misma audiencia el juez, para pronunciarse sobre la solicitud de procedimiento abreviado, abre el debate, otorga la palabra al

fiscal que lo que hace es, de manera resumida, lo mismo que se hace en la audiencia de juicio oral: se da la palabra a los demás intervinientes, pero no se procede a esta idea de ofrecer prueba porque no ha habido esta audiencia preparatoria de juicio oral que depure la prueba para presentársela al tribunal oral en lo penal. Ahí lo que se hace simplemente es, por ejemplo, interpretar, referirse a la calificación jurídica, referirse a los antecedentes de la investigación que apoyan las alegaciones del fiscal o intentar, por parte del defensor, hacer aquellas que estime pertinentes, por ejemplo, referidas a las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, específicamente a las atenuantes.

No existen normas especiales referidas a **valoración y estándar de convicción**, pero por lo general se entiende que son las mismas que fija el art. 296 y 340 con las referencias de la 342 en los contenidos de la sentencia para el juicio ordinario. Estos son estándares para la sentencia condenatoria, donde al legislador le interesa que no hayan falsos positivos, condena de inocentes y por tanto aumenta el umbral probatorio a uno muy exigente.

El **contenido de esta sentencia** es exactamente igual, salvo el pronunciamiento de la demanda civil.

El procedimiento abreviado es uno de los únicos casos en que contra la sentencia dictada en procedimiento abreviado existe **recurso de apelación** de acuerdo al art. 414. Este es uno de los casos en que luego se debe concordar el Código cuando se vea recursos: en el recurso de apelación se dice *Los demás casos que señale la ley*, se debe señalar éste como uno de los casos paradigmáticos.

¿Qué pasa con la demanda civil?

No la resuelve el tribunal de garantía porque el tribunal de garantía, durante el procedimiento abreviado, lo único que hace es fijarse en la acusación, fijarse en los antecedentes que el fiscal o el querellante particular, en su caso, fijaron en esta acusación y por lo tanto no se pronuncia sobre la demanda civil que hubiera sido interpuesta porque esa simplemente debe tramitarse a través de un procedimiento civil ordinario. No puede haber pronunciamiento sobre esa demanda en esta sede y lo que hay que hacer es presentar la demanda ante el juez civil competente de acuerdo a las reglas generales que están en el artículo 68 del Código Procesal Penal.

Entiendo el afán de evitar los falsos positivos, pero encuentro que el procedimiento abreviado puede tener como consecuencia la discriminación por falta de acceso a la información, esto de que la gente a la que se le condena es gente de escasos recursos y en ese sentido quería saber si el juez de garantía tiene unas facultades más amplias como para evitar que se realice un

procedimiento abreviado o eso no se puede evitar y en realidad es una falla del sistema.

La profesora diría que los requisitos de procedencia fueron objeto de una discusión política y esto es parte de política pública en materia criminal. Cuando uno dice: voy a aceptar procedimiento abreviado eso es una decisión política. Luego que esa decisión está adoptada, parece sensato los requisitos que se fijan por parte del legislador. Concurriendo esos requisitos, el juez, en principio, no puede oponerse. Ahora, la profesora diría que lo perverso está bien en mal usos, bien en cuestiones de eficacia en la administración de justicia transformadas en números, que uno tiene que cumplir con ciertos números, etc. porque ese tipo de cuestiones puede generar estos incentivos perversos: “hagámosla cortita nomás, pasemos por procedimiento abreviado y ahí tenemos una condena más, le damos menos pena”, entonces ese tipo de cuestiones, que es una manifestación de “justicia negociada”; no es uno de los casos de salida alternativa propiamente tal, no está la negociación como está en los acuerdos reparatorios ni concurren los presupuestos de la suspensión condicional del procedimiento, pero en este caso también hay cierto intento de llegar a acuerdos que podrían llegar a desfavorecer a la persona del acusado por las mismas razones que usted señala, aunque no podemos decir que en todos los casos de procedimiento abreviado la sentencia vaya a ser necesariamente condenatoria. La estructura es mucho menos garantista o permite ejercer en una forma bastante más limitada el derecho a la defensa

CONTENIDO

Clase 1 (25.08).....	1
Historia del proceso penal	2
Sistemas acusatorio e inquisitivo.....	2
Proceso Penal como herramienta de política criminal.....	8
Tensión eficacia/garantía.....	10
Clase 2 (27.08).....	12
Historia del CPP	12
El antiguo sistema procesal penal.....	13
La historia de la ley: el mensaje del ejecutivo.....	15
Clase 3 (01.09).....	21
Garantías en el proceso penal	24
Debido proceso	24
Presunción de inocencia	33
Clase 4 (03.09).....	36

Clase 5 (08.09).....	42
Protección de garantías individuales en el proceso penal	44
Ne bis in ídem.....	51
El principio ne bis in ídem como estándar de derecho sancionatorio	52
Clase 6 (10.09).....	60
Cautela de garantías.....	60
¿Modelo acusatorio?	61
Clase 7 (22.09).....	82
Principios de la persecución penal.....	82
Garantías individuales ante la persecución penal	87
Protección de garantías	92
Clase 8 (24.09).....	94
Acciones en el proceso penal	94
Acción penal	94
Acción penal pública	95
Clase 9 (29.09).....	100
Acción penal pública previa instancia particular (arts. 53 y ss)	100
Acción penal privada	103
Acción civil en el proceso penal	104
Clase 10 (02.10).....	111
Sujetos procesales.....	111
El Imputado	113
El Ministerio Público.....	119
Clase 11 (06.10).....	120
El recurso de nulidad desde la perspectiva de la defensoría, análisis de fallos de la C.S.	120
El poder judicial como garantía.....	120
Herramientas para el reconocimiento de derechos constitucionales: El recurso de nulidad	121
Casos sobre control de identidad	126
Clase 12 (13.10).....	135
Diligencias de investigación.....	135
Técnicas especiales de investigación.....	139
Caso para la clase	142

Clase 13 (15.10).....	145
Control de identidad	145
Una aproximación empírica y evaluativa a su uso	145
¿Cómo operan en la práctica los controles de identidad?.....	146
¿Cómo se hacen los controles?	149
Eficacia: Órdenes pendientes y detenciones.....	150
¿Se usan discriminatoriamente?	153
Clase 14 (20.10).....	158
Fase de Investigación.....	158
El procedimiento ordinario penal	158
Etapa de investigación.....	158
Etapa intermedia	161
Juicio oral	161
Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública	161
Etapa de investigación.....	162
Clase 15 (27.10).....	172
Etapa de Preparación de juicio oral (o intermedia) (arts. 259 a 280 CPP).....	175
Etapa de Juicio Oral.....	178
Los recursos en el proceso penal	178
Clase 16 (29.10).....	182
La prueba ilícita y sus efectos a lo largo del proceso penal	182
Bases conceptuales	184
Prueba ilícita	185
Debido proceso	185
Fundamentos de la prueba ilícita	188
Hipótesis legales de prueba ilícita	190
Audiencia de control de detención	191
Oportunidad para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile	193
Clase 17 (03.11).....	195
Procedimiento penal ordinario.....	195
Etapa de investigación.....	195
Salidas Alternativas en el procedimiento penal.....	196
Etapa intermedia de preparación del juicio oral	200

Etapa de Juicio Oral.....	201
Funciones de dirección y disciplina del tribunal	206
Clase 18 (05.11).....	208
El Juicio Oral.....	208
Desarrollo de la audiencia del Juicio Oral.....	208
Normas sobre prueba en el juicio oral	209
Testigos.....	209
Clase 19 (10.11).....	210
Prueba y razonamiento cautelar.....	210
Clase 20 (12.11).....	216
Litigación en juicio oral.....	216
¿Cómo persuadimos? En general los litigantes siguen ciertos consejos:	216
Alegatos de apertura	221
La prueba	221
Construcción del relato	222
Rendición de la prueba	222
Credibilidad del testimonio	222
A. CREDIBILIDAD DEL TESTIMONIO.....	222
B. CREDIBILIDAD DE LOS TESTIGOS	223
Interrogatorio	223
Contrainterrogatorio	224
Modelo de seguridad	224
Las objeciones	225
Fundamentos legales en lo penal.....	225
I. Los testigos deben declarar sobre hechos (298, 309 inc. 2 CPP).....	225
II. Los testigos deben declarar sobre hechos pertinentes (276 inc. 1; 292 inc. 1 CPP)	
.....	226
III. Están prohibidas las preguntas engañosas (330 inc. 3)	226
IV. Están prohibidas las preguntas “poco claras” (330 inc. 3).....	226
V. Están prohibidas las preguntas coactivas (330 inc. 3).....	226
VI. (En el interrogatorio) Están prohibidas las preguntas que sugieren la respuesta (330	
inc. 1).....	226

VII. El tribunal (a través del presidente) debe mantener el orden y el decoro durante el debate (292 inc. 3)	226
VIII. El tribunal (a través del presidente) debe garantizar la eficaz realización del debate (292 inc. 3).....	227
IX. El tribunal debe impedir la incorporación de prueba inadmisibile o ilícita (art. 292 inc. 1 CPP).....	227
Alegatos de clausura.....	227
Clase 21 (17.11).....	227
Caso Penta	228
Introducción.....	228
Los hechos	228
Primera formalización	229
Reformalización.....	229
Segunda reformalización	230
La reapertura de la investigación.....	230
El papel del querellante y del Ministerio Público.....	230
Intereses que van más allá de la función	231
Ruptura con el Ministerio Público.....	231
Falta de antecedentes	232
La estrategia del fiscal	232
Exclusión del Consejo de Defensa del Estado.....	233
Audiencia de reformalización.....	233
El funcionario público	233
En contra del debido proceso	234
Cohecho	234
Clase 22 (19.11).....	240
Sentencia definitiva y procedimiento abreviado	240
Sentencia definitiva	240
Deliberación.....	240
Convicción del tribunal	240
Principio de congruencia	241
Contenido de la sentencia.....	241

Decisión sobre absolución o condena.....	242
Plazo para redacción de la sentencia	243
Audiencia de comunicación de la sentencia	243
Procedimiento abreviado	246
Fundamentos.....	246
Críticas.....	247
¿Por qué esto puede ser interesante desde el punto de vista del imputado?	248
Oportunidad	249

ⁱ Para aclarar este punto: la pregunta que da paso a esta discusión es si la P.I. salvaguarda fines epistémicos o extra epistémicos (como la protección de la libertad), es decir, si tiene relación con la búsqueda de la verdad o con otros fines, teniendo en cuenta que la búsqueda de la verdad es uno de los fines, quizás el principal, de todos los procedimientos. Hay autores que sostienen ambas posiciones, y posiciones mixtas.

ⁱⁱ Puede ser útil también la siguiente tabla:

Error material	Condena de inocente	Inferencialmente justificado
Error material	Absolución culpable	Inferencialmente justificado
Error material e inferencial	Condena de inocente	Inferencialmente injustificado
Error material e inferencial	Absolución de culpable	Inferencialmente injustificado
Error inferencial	Condena de culpable	Inferencialmente injustificado
Error inferencial	Absolución de inocente	Inferencialmente injustificado

Los errores marcados con gris son los más graves para el sistema.