

Pauta de corrección  
Prueba de Derecho Procesal IV  
Prof. Carbonell

29 de noviembre de 2017

**I PARTE**

**1) Explique claramente la tensión entre eficiencia y garantía que subyace al diseño de los modelos de proceso penal. Puede ejemplificar con el modelo chileno (10 pts.)**

**Respuesta:** La tensión entre eficacia y garantía está detrás de todo modelo procesal penal contemporáneo. Por una parte, la eficacia se relaciona con la verdad como el fin epistémico del proceso, es decir, el proceso tiene por finalidad aproximarse todo lo que sea posible a cómo sucedieron realmente los hechos que integran el tipo penal respectivo. En otras palabras, a través del proceso penal se espera castigar a los que realmente cometieron un delito y absolver a aquellos que son inocentes, existiendo una menor tolerancia frente a los errores denominados “falsos positivos”. (condena de un inocente) y un deber de fundamentación mayor al dar por probada la hipótesis acusatoria (estándar de prueba “más allá de toda duda razonable”. Por otra parte, si esto último se logra, quiere decir que el ejercicio del ius puniendi estatal frente al incumplimiento de las normas penales ha sido eficaz.

Las garantías se refieren a derechos y potestades que se confieren a las personas imputadas de un delito para contrarrestar las posibles ilegalidades y/o arbitrariedades en que pueda incurrir el Estado en la persecución penal de delitos, y para fijar límites a la actuación de los tribunales penales, carabineros y PDI. Las garantías más relevantes para el proceso penal, y que cuentan con consagración en el CPP, Constitución y/o tratados internacionales son la presunción de inocencia, el ne bis in idem, la libertad personal, el derecho a la defensa, el debido proceso, y las demás mencionadas en el art. 19N°7 de la CPR.

La tensión se produce en tanto para conseguir eficazmente aquel fin epistémico el sistema debe decidir cuáles vulneraciones a las garantías fundamentales está dispuesto a tolerar y en qué medida.

Hay distintas manifestaciones de esta tensión, como aquella que se da entre la prisión preventiva y la presunción de inocencia como regla de trato.

**2) ¿Cuáles son las dimensiones que tradicionalmente ha desarrollado la doctrina para el principio de la presunción de inocencia? (15 pts.)**

**Respuesta:** Tradicionalmente, se ha sostenido que la presunción de inocencia puede ser entendida de diversas maneras:

- i) como un principio informador del ordenamiento procesal penal, que se manifiesta en diversas disposiciones normativas.
- ii) como regla de trato: el imputado debe ser tratado como inocente durante el proceso y no puede ser considerada ni tratada como culpable en tanto no fuere condenada por una sentencia firme (art.4 CPP). Tiene una dimensión fuera del proceso (las autoridades y los medios de comunicación no pueden tratar al imputado como culpable) y dentro del proceso (regla dirigida a jueces y policía).
- iii) como regla de prueba: exige actividad probatoria suficiente de la parte acusadora, de cargo (esto es, que recaiga sobre la existencia del hecho delictivo y la participación en ella del acusado para que ésta pueda servir de base a una sentencia condenatoria). Se vincula con la prohibición de presumir de derecho la

responsabilidad penal.

iv) como regla de juicio: sirve como criterio de decisión, en el sentido de que si no logra probarse la ocurrencia de los hechos constitutivos de delito y la participación del imputado en ellos, entonces se considera inocente. Se vincula con el estándar de prueba “más allá de toda duda razonable” toda vez que, no satisfaciéndose ese umbral, el imputado no puede ser condenado.

Relacionado con su respuesta anterior, escoja una de las dos preguntas:

a) Desarrolle cuáles son las críticas que realiza el profesor Ferrer a las diferentes dimensiones de la presunción de inocencia

**Respuesta:** Como crítica general, el profesor Ferrer indica que las distintas facetas de la presunción de inocencia (PI), identificadas por la dogmática y jurisprudencia española, son irrelevantes “por cuanto al estar ya protegidas por otros derechos fundamentales, la situación jurídica del ciudadano no variaría si el diseño de la presunción de inocencia no las abarcara”.

a) Con relación a la dimensión extraprocesal de la PI, el autor argumenta que, tratándose de relaciones entre privados, los bienes jurídicos en juego se ven mejor protegidos a través de otros derechos, como el derecho a la honra y a la propia imagen.

b) Como principio informador, en realidad resulta superfluo si entendemos que en la PI se incluye una serie de derechos subjetivos de los ciudadanos y a deberes de los órganos del estado que tienen consagración expresa en otras normas, generalmente de carácter constitucional: por ejemplo, el derecho a “no ser condenado en un proceso penal si no hay prueba de cargo en su contra, es correlativo al deber de los jueces de no condenar sin esa prueba y al deber del poder legislativo de no regular el proceso penal de manera que esa condena sea posible”.

c) Como regla de trato, se indica que es el mismo ordenamiento jurídico que, en ciertas ocasiones, establece excepciones o instituciones que entran en conflicto con la PI, como lo sería la prisión preventiva.

d) Como regla de prueba, no establece nada que no se encuentre establecido en otras reglas, salvo que se considere una regla de carga de la prueba. Sin embargo, en este caso, es posible dudar acerca de que establezca un *onus probandi* distinto a la regla general (quien afirma debe probar)

e) Como regla de juicio debiese ser la dimensión más importante, aunque ha sido descuidada. La regla de suficiencia probatoria que podría estar tras la PI como regla de juicio, en realidad, queda a disposición del legislador, que debe establecer un determinado estándar de prueba. Así las cosas, la PI no impone un debido nivel de duda tolerable que pueda convertirse en un parámetro de control intersubjetivo sino que simplemente indica que debe existir uno.

b) ¿Qué implica, para el profesor González Lagier, que la presunción de inocencia presuponga que la finalidad epistémica de la prueba sea el descubrimiento de la verdad?

**Respuesta:** González Lagier argumenta que la presunción de inocencia es una garantía epistemológica parcial, en tanto “satisfaga la finalidad de alcanzar una mayor seguridad acerca de la verdad o corrección de la hipótesis acusatoria (esto es, minimizar la posibilidad de error cuando se da por probada una hipótesis acusatoria), aun cuando aumentemos la posibilidad de error respecto de las absoluciones”. Concretamente, es garantía parcial de la verdad de la acusación, para lo cual establece estándar de prueba elevado que aumenta la probabilidad de que la hipótesis acusatoria se aproxime a la verdad empírica. En otras palabras, “la presunción de inocencia exige que se condene sólo a los culpables, a los realmente culpables, por lo que se deriva de ella la necesidad de que la prueba persiga la verdad como uno de sus objetivos fundamentales.

Salvo que se tergiversa la noción de culpable, culpable es el que realmente ha cometido el hecho del que se le acusa. El proceso penal no pretende, por tanto, crear o constituir la culpabilidad del imputado, sino tratar de descubrirla y declararla. Por ello, la verdad procesal o verdad judicial, si se desconecta de la verdad empírica, atenta contra la presunción de inocencia”.

## II PARTE

3) Pedro Álamos es detenido por el delito fragante de tráfico de estupefacientes y llevado a audiencia de control de detención. En dicha audiencia, sin embargo, la Jueza de Garantía dictamina que los antecedentes para sostener la detención son ilegales ya que se obtuvieron afectando derechos fundamentales. El Ministerio Público decide formalizar de todas maneras y solicita la prisión preventiva del imputado. **¿Qué puede hacer la defensa en este caso? ¿Qué críticas, a la luz de los derechos y principios consagrados en nuestra Constitución y nuestras leyes, le haría usted a esta medida cautelar? ¿Tiene el Ministerio Público alguna ‘ventaja’ por sobre la defensa? (25 ptos.)**

### Respuesta:

1. El Código Procesal Penal en su artículo 140 señala que para que pueda decretarse la prisión preventiva debe contarse con los siguientes requisitos: “a) *Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;* b) *Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor*”. Es decir, para que pueda decretarse la medida cautelar de prisión preventiva deben evaluarse los antecedentes con los que cuenta el Ministerio Público para fundamentar tanto la existencia del delito como la participación del imputado en el mismo.

En el presente caso, nos encontramos con que se pasó de una audiencia de control de detención a una audiencia de formalización y de solicitud de prisión preventiva. En la primer parte de esta audiencia la Jueza de Garantía, al momento de evaluar los antecedentes obtenidos en el control de detención, determinó que por afectarse derechos fundamentales estos antecedentes eran ilegales. Cabe preguntarse, entonces, con qué tipo de antecedentes cuenta el Ministerio Público para fundamentar su solicitud de prisión preventiva si aquellos que fundamentaban la detención son ilegales. La defensa, entonces, debiera hacer constar que la decisión que debe tomar la Jueza de Garantía para decretar la medida cautelar debe basarse en antecedentes que resulten válidos en el proceso, y no en cualquier tipo de antecedentes. Si la Jueza ya determinó la ilegalidad de los antecedentes para sostener el control de detención en la audiencia de control de identidad, entonces no puede sostener o basar su decisión para decretar la medida cautelar de prisión preventiva sólo en dichos antecedentes, ya que no resultan válidos dentro del proceso. La defensa debiese argumentar, entonces, que el Ministerio Público no posee antecedentes suficientes para fundamentar esta medida cautelar, en tanto los existentes no son válidos en esta etapa procesal.

2. La medida cautelar de prisión preventiva es la medida cautelar que históricamente más problemas y críticas ha generado en el proceso penal, debido a la fuerte intrusión que supone en el derecho de libertad ambulatoria de las personas, consagrado en el artículo 19 N°7 de nuestra CPR. Esta intrusión es a tan alto nivel que incluso ha sido equiparada a la producida por la pena misma, considerándose esta medida cautelar como un adelantamiento de ella. Esta cuestión no deja de ser problemática si consideramos que esta medida cautelar se impone a personas que el sistema penal presume inocentes; personas sobre las que no ha recaído sentencia condenatoria alguna. Si bien muchos autores consideran que la presunción de inocencia resulta del todo incompatible con la imposición de esta medida cautelar, otros autores plantean que puede solucionarse la tensión existente entre la afectación a los derechos fundamentales ocasionada por la imposición de la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia como regla de trato procesal, si se atiende a los fines

que se persiguen con la imposición de dicha medida. Lo que se busca con la imposición de esta medida cautelar no es imponer un castigo o una pena sino más bien se busca la efectiva realización del procedimiento. La presunción de inocencia en tanto norma de trato procesal nos impide tratar al imputado como culpable, es decir, nos impide imponerle o someterlo a cualquier tipo de penas, pero no nos dice nada sobre la imposición de medidas que busquen cautelar el procedimiento. De esta manera, no se afecta la presunción de inocencia en tanto los fines tutelados por la medida cautelar difieren a los fines buscados por la pena. Ahora bien, dentro de los fundamentos que el CPP contempla en su artículo 140 para poder imponer esta medida, nos encontramos con el peligro para la seguridad de la sociedad y el peligro para la seguridad del ofendido, fundamentos que han sido fuertemente criticados debido a que se alejan de los fines estrictamente procesales que debiesen guiar esta medida (obstaculización de la investigación y peligro de fuga), y que funcionan más bien como medidas de control social para evitar que se “vuelva a delinquir”, transformándose más bien estas causales en una causal de “peligro de reincidencia”. A ello debe sumársele las diversas modificaciones que a través de los años el legislador ha ido introduciendo en el CPP, consistentes en presunciones del “peligro para la seguridad de la sociedad”. Estas presunciones parecen llevar de manera implícita la idea de prevención especial negativa, como es el caso de la presunción de haber actuado en grupo o pandilla o la presunción del número de delitos cometidos. Esto no deja de ser problemático si consideramos que el peligro para la seguridad de la sociedad es la causal más utilizada en Chile para fundamentar la imposición de la medida cautelar de prisión preventiva. Finalmente, podemos criticar que en nuestra legislación nacional no se regula un estándar probatorio para la imposición de esta medida cautelar, lo cual puede devenir en arbitrariedades judiciales en la toma de decisiones.

3. En primer lugar, podemos sostener que el Ministerio Público cuenta con cierta ventaja debido a la redacción misma del artículo 140 del CPP. Éste exige la concurrencia de ciertos antecedentes que justifiquen tanto la existencia del delito como la participación del imputado en el mismo, sin embargo, no queda claro que se entienda por la existencia de antecedentes. Si bien el CPP en su artículo 122 exige que las decisiones judiciales que imponen medidas cautelares deben ser fundamentadas, la mera exigencia de antecedentes para acreditar el delito y la participación, no permiten determinar con exactitud cuándo se encuentra debidamente fundamentada dicha decisión, ya que no permiten determinar cuando un juez puede tener por acreditado, de manera preliminar, tanto el hecho delictivo como la participación del imputado en éste. Es decir, no se regula en nuestra normativa cuál es el estándar probatorio que debe satisfacerse para que pueda decretarse esta medida. Podemos considerar esto una ventaja para el Ministerio Público, que a la hora de solicitar la imposición de esta medida cautelar no debe superar un umbral mínimo de corroboración de su hipótesis, lo que le deja un amplio margen para ejercer su actividad probatoria.

En segundo lugar, el Ministerio Público cuenta con el artículo 140 del CPP, que le permite apelar la decisión judicial en caso de ser negada su solicitud de prisión preventiva; de hacerlo, el imputado no podrá ser puesto en libertad hasta que dicha decisión no se encuentre ejecutoriada, ya que en este caso nos encontramos ante un delito contemplado en la Ley 20.000 y ante un imputado puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. Es decir, en el caso en que la Jueza de Garantía deniegue la solicitud de mantener al imputado privado de libertad, el Ministerio Público puede forzar su mantención en dicha condición apelando esta decisión en virtud de la normativa vigente, resultando esta situación del todo desventajosa para el imputado y su defensa, y resultando dicha situación una grave afectación de sus derechos fundamentales.

En tercer lugar, el MP tiene la dirección exclusiva de la investigación y, con ello, amplias posibilidades de recabar los antecedentes necesarios, pese a que se encuentra regido por el principio de objetividad.

#### **4) Lea el siguiente texto y responda las preguntas que vienen a continuación:**

*"Tendrá que saberse por qué se investiga con relativa facilidad el teléfono del presidente del Senado"*

El magistrado se mostró preocupado tanto por los delitos indagados como por las escuchas telefónicas, aunque reconoce que la fiscalía tiene la obligación de investigar.

El Poder Judicial salió a responder a las críticas que se efectuaron el miércoles desde el Ministerio Público por la filtración y la supuesta ampliación por 15 días de la interceptación del teléfono del presidente del Senado, Andrés Zaldívar (DC).

Lo que hasta ahora era desconocido es que esta ampliación fue rechazada, y el Séptimo Juzgado de Garantía de Santiago solo concedió la primera solicitud (ver nota relacionada).

El presidente de la Corte Suprema, Hugo Dolmestch, calificó como "grave" la interceptación telefónica, deslizándose, incluso, críticas para la fiscalía, que fue la que solicitó la medida intrusiva, como para quien la decretó, el juez.

"Es muy grave, y tendrá que saberse por qué se investiga con relativa facilidad el teléfono del presidente del Senado. Eso lo encuentro de una importancia grande. No conozco ningún antecedente ni por qué se ha hecho", fue lo primero que dijo al ser consultado por las críticas que realizaron los senadores respecto de la interceptación del teléfono de Zaldívar.

-¿Gravedad de los delitos (cohecho y tráfico de migrantes) o de la interceptación?

-Las dos cosas. Si hubiera delitos como los que se plantean, el Ministerio Público tiene el deber de investigar; pero también es grave que se soliciten y decreten medidas intrusivas si no hay ningún antecedente, si es que eso fuera así.

-¿Se sobrepasó el Ministerio Público?

- No lo sé, porque no conozco los antecedentes, dijo el presidente de la Corte Suprema.

Respecto de la investigación penal que anunció el miércoles el fiscal regional Centro Norte, Andrés Montes, para determinar las razones por las cuales los detalles del escrito de la fiscalía, que contenían parte de algunas escuchas telefónicas del senador Zaldívar, estaban publicados en el portal del Poder Judicial, reiteró que se está realizando un sumario interno.

"El comité de jueces del Séptimo Juzgado de Garantía habría ordenado una investigación sumaria, porque no se cumplió ni hizo efectiva la confiabilidad", dijo ayer Dolmestch.

Auditoría informática

La Corporación Administrativa del Poder Judicial, además, está realizando una auditoría informática para determinar qué ocurrió.

El Poder Judicial envió un comunicado el miércoles, en el que se informó que el presidente (s) de la Corte de Apelaciones de Santiago, Alfredo Pfeiffer, solicitó al tribunal un informe sobre la tramitación de la causa y pidió información al Departamento de Informática de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a la Fiscalía Centro Norte.

Además, la jueza presidenta del 7º Juzgado de Garantía de Santiago, Carolina Gajardo, también instruyó un sumario administrativo.

PDI

Desde la PDI se indicó que no se abrió una investigación, tras verificarse que no hubo problemas en el procedimiento ni relación con la filtración de la diligencia.

Fuente: <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=419950#>:

- a) ¿Cuáles son los requisitos para que el Ministerio Público pueda solicitar la intervención telefónica?  
¿Existe algún control por parte de los tribunales y/o la defensa? (10 pts.)

**Respuesta:**

Los requisitos para que el MP pueda solicitar la interceptación de comunicaciones telefónicas deben cumplirse los requisitos previstos en el artículo 222 del CPP:

- que se formalice la investigación, salvo que considere que el fiscal considere que la actuación deba ser mantenida en secreto para la eficacia de la investigación (art.182 inc.2)

- que existan fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión, o que ella preparare actualmente la comisión o participación en un hecho punible

- que el hecho punible mereciere pena de crimen

- que la medida fuere imprescindible para la investigación

El juez debe, para decretar la medida, revisar el cumplimiento de estos requisitos, lo cual constituye un primer mecanismo de control tanto para el juez como para la defensa. Por otra parte, la defensa puede controlar otros aspectos de la orden, tales como:

- que ella sólo afecte al imputado o a personas respecto de las cuales existieren sospechas fundadas, basadas en hechos determinados, de que ellas sirven de intermediarias de dichas comunicaciones y, asimismo, de aquellas que facilitaren sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios.

- que la orden indique circunstanciadamente el nombre y dirección del afectado por la medida y señalar la forma de la interceptación y la duración de la misma, que no podrá exceder de sesenta (prorrogable)

- que se interrumpa inmediatamente si las sospechas tenidas en consideración para ordenar la medida se disiparen o hubiere transcurrido el plazo de duración fijado para la misma

La defensa, además, puede solicitar que cese el secreto (art.182). También, de no cumplirse con los requisitos, podrán impugnarse la prueba así obtenida ilegal o ilícitamente.

b) ¿Debería la legislación chilena considerar requisitos especiales para que el Ministerio Público pueda utilizar medidas intrusivas respecto de autoridades públicas, como el Presidente del Senado? Fundamente su respuesta. (10 pts.)

**Respuesta:**

No debiesen consagrarse requisitos especiales para que el MP puede usar medidas intrusivas respecto de autoridades públicas. En primer lugar, el fuero no rige en materia penal como norma de competencia, es decir, para producir una variación en el tribunal (en la jerarquía del tribunal) que debe conocer de un determinado asunto, como señal de que frente a vulneraciones a bienes jurídicos importantes sancionadas penalmente el legislador decide no distinguir. En segundo lugar, el art. 61 inc.2 de la CPR dispone que “Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o desde su juramento, según el caso, puede ser acusado o privado de su libertad, salvo el caso de delito flagrante, si el Tribunal de Alzada de la jurisdicción respectiva, en pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a formación de causa. De esta resolución podrá apelarse para ante la Corte Suprema”. El CPP establece el procedimiento de desafuero en el art.416. Sin embargo, se trata de normas que fijan un procedimiento para dar inicio al proceso penal tratándose de parlamentarios, pero no se incluyen normas que establezcan diferencias una vez iniciado el proceso. En tercer lugar, no se ve razón suficiente para no llevar a cabo estas medidas de investigación intrusivas de cumplirse con los requisitos legales. Cuestión diversa es que, en algunos casos y para resguardar otros bienes jurídicos, como la seguridad del estado, el contenido que resulte de las escuchas sea declarado como secreto. En cuarto lugar, debiese estimarse que la obligación de probidad y de cumplimiento de las normas jurídicas es aún más exigente en el caso de autoridades públicas como es el caso de los parlamentarios. En quinto lugar, podría invocarse la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos garantizados por la Constitución (art. 19º2 y 3).