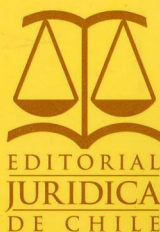


Este libro es una copia privada  
digitalizado con fines meramente  
educativos  
Prohibida su venta

**Raúl  
Tavolari  
Oliveros**

**INSTITUCIONES  
DEL NUEVO  
PROCESO PENAL  
CUESTIONES Y CASOS**





**INSTITUCIONES  
DEL NUEVO PROCESO PENAL**  
Cuestiones y casos

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

© RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

© EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE  
Carmen 8, 4º piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual  
Inscripción N° 148.058, año 2005  
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición  
de 800 ejemplares en el mes de julio de 2005

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1628-1



RAÚL TAVOLARI OLIVEROS

INSTITUCIONES  
DEL NUEVO  
PROCESO PENAL  
Cuestiones y casos





*A Ana María, Pía,  
Marcela, Daniela  
y Carolina y Cristina*



## PRÓLOGO

“Necesidad inmediata de una reforma procesal penal” se llama un artículo que escribí a los inicios de los años '90, ya no para expresar mi desconsuelo por el estado del enjuiciamiento penal nacional de entonces, sino para que formara parte de un clamor que remeciera a la opinión pública ilustrada, la única capaz de asumir la iniciativa de una transformación profunda a nuestro sistema de justicia penal.

Me sorprendía, entonces, nuestro sumiso acatamiento a una normativa procedimental e institucional que resultaba inaceptable, no sólo desde la perspectiva jurídica sino incluso lógica, puesto que le daba sentido al aforismo del chusco, conforme al cual, “quien tiene al juez por acusador necesita a Dios por defensor”.

A ese estado político y social que vivimos durante la primera parte de la década referida y que se dio en llamar “la Democracia de los Acuerdos”, me parece, hay que otorgar parte importante del mérito de lo que sobrevendría: una sociedad civil decidida, un mundo político dispuesto a prestar, con humildad e interés, aprobación al producto de la elucubración académica y a seguir los rumbos del Derecho Comparado contemporáneo, una Ministra de Justicia, con visión y entusiasmo y un conjunto comprometido de juristas, los más de ellos, extremadamente jóvenes, explican el singular fenómeno que, venciendo recelos e incomprensiones, condujera a la aprobación de esta formidable transformación que hemos conocido en el país como la Reforma Procesal Penal.

Tuve el honor y la suerte de formar parte de quienes redactamos y discutimos la nueva legislación y la acompañamos en su

tránsito parlamentario, lo que constituyó, ciertamente, una experiencia no sólo inolvidable sino reconfortante, halagadora y plagada de satisfacciones, sensaciones todas que prolongo en el tiempo, manteniéndome atento y en ocasiones gratísimamente sorprendido, al modo como abogados y jueces dan vida a los nuevos institutos.

Cuando escribo estas líneas, faltan días para que la Reforma comience a regir en la Región Metropolitana, la gran prueba que la espera y que, sin ninguna duda, sobrellevará airosamente.

Última palabra porque, como no me he cansado de expresar a toda esa entusiasta cantidad de jóvenes abogados a los que he contribuido a capacitar en el último lustro, el Código Procesal Penal lo estamos elaborando todos: fiscales y defensores, extremando –cada cual conforme a los intereses cuya atención se les ha encomendado– la aplicación de sus disposiciones; los jueces, por su parte, templando los excesos y leyendo las normas con la visión de su claro espíritu y sentido.

¡Hay tanto por aplicar, por interpretar, por precisar! ¡Tenemos tanto por aprender! Repárese en los insospechados usos que ya se viene dando a la cautela de garantías; atiéndase como discutimos los efectos de la declaración de ilegalidad de la detención y su suerte para la continuación de la audiencia.

¿Se concilia con el mandato del artículo 80 A de la Carta, que autoriza a la policía para exigir la exhibición de la orden judicial previa, con el inciso agregado como final, al artículo 9 del Código...?

Obsérvese cómo hemos comenzado a analizar, seriamente, el alcance real de las hipótesis de flagrancia y, en particular, su connotación temporal. De otra parte hemos de atender a lo que ocurre con las posibilidades de querellas por personas, naturales o jurídicas, que no tienen calidad de víctima y que, estoy cierto, por loables afanes, se resisten a aceptar que hemos terminado con la acción pública popular.

¿Es posible que el fiscal comunique decisión de no perseverar si no formalizó? Y, correlativamente, ¿se ajusta al sistema del Código, autorizar al querellante el llevar una acusación a juicio oral, si no hubo formalización fiscal? ¿No se priva, así, al imputado, de la garantía de controlar la congruencia fáctica a partir de los hechos que pudo o no haber considerado el único órgano

constitucionalmente facultado para conducir la investigación? ¿De qué modo juegan las disposiciones constitucionales que permiten el ejercicio de la acción penal a la víctima y aquellas de idéntica jerarquía, que confieren al Ministerio Público, el monopolio en la dirección de las investigaciones?

¿Cómo ignorar la historia fidedigna del establecimiento del Libro Tercero del Código, tan nítidamente consignada en las Actas y otros documentos de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado y no reconocer que las normas de tramitación de recursos del Código de Procedimiento Civil no son aplicables a los recursos penales contra una sentencia condenatoria penal dictada por un Tribunal de Juicio Oral en lo penal?

En fin, si la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Herrera Ulloa con Costa Rica” (2.07.2004) parece haber ampliado el sentido del derecho a que el fallo condenatorio sea revisado por un tribunal superior entendiendo que la exigencia no se satisface con una revisión formal, ¿de qué modo vamos a leer nuestras disposiciones sobre recurso de nulidad?

Éstas y, en rigor, muchas otras, son las cuestiones que hoy se nos proponen, muchas de las cuales, a propósito de casos y situaciones reales que se me han planteado, abordo en los trabajos que conforman este Libro. Si él representa una ayuda real a quienes han comenzado a operar nuestro nuevo sistema procesal penal, se habrá logrado el propósito de su publicación.

R.T.O.

Viña del Mar, otoño de 2005





# I. GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO PENAL

*“Libertad es lo que el Hombre pierde  
cuando ya no le queda nada que perder”.*

COUTURE

## 1. LA SEGURIDAD CIUDADANA Y EL PROCESO PENAL EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

Pocos recordarán lo acontecido el 26 de junio del reciente año 2000: mientras, por doquier, nuestras vidas seguían su rutinario curso habitual, ámbitos especializados registraron un acontecimiento que, probablemente en el futuro represente un insoslayable hito de referencia en el decurso de la vida humana: los científicos anunciaron ese día que habían completado un borrador preliminar de todo el genoma humano. Hoy, descifrado completamente este enigma, registrado su contenido y distribuido por internet, permite a cualquiera conocer, casi en su totalidad, la forma de funcionamiento del cuerpo humano y, paradójicamente, en tanto nos aprestamos a determinar la utilización casi asombrosa que daremos a estos conocimientos, comprendiendo la naturaleza molecular del cáncer, diagnosticando y previniendo la enfermedad de Alzheimer, descubriendo los secretos de la historia humana, ya vislumbramos los riesgos y peligros fenomenales que se nos avecinan: tememos insospechadas formas de guerra microbiana, efectos secundarios imprevistos de la ingeniería genética, inimaginables nuevas modalidades discriminadoras, etc.<sup>1</sup>

Significo, de este modo, que en tanto se nos abre un mundo cuyas beneficiosas proyecciones prácticamente no somos ca-

---

<sup>1</sup> Cfr. Matt Ridley, *Genoma* (trad. de I. Cifuentes), Madrid, noviembre de 2001.

paces de concebir cabalmente, de inmediato nos recogemos, inquietos, ante la cuasi certeza del uso distorsionado que brindaremos a este caudal informativo futuro. Pongo así de manifiesto una constante humana: cualquiera sea la época en que el hombre viva o haya vivido, junto a los avances y al conocimiento obtenido, caminan opciones y modalidades de problemas y asechanzas que, poniendo en riesgo nuestra tranquilidad y existencia, nos imponen aceptar que la naturaleza gregaria del hombre supone la posibilidad del peligro. Al propio tiempo, parece posible enunciar una clara relación que señala que a mayores conocimientos y adelantos tecnológicos, mayores peligros para la seguridad de las personas y el orden colectivo.<sup>2</sup> Quizás, entonces, corresponda coincidir con las modernas concepciones sociológicas que afirman que la denominación que mejor se corresponde con las características de la sociedad contemporánea es, simplemente, la de “sociedad del riesgo”, nominación que, teniendo mera intención descriptiva, no importa adhesión a quienes persiguen establecer una modalidad de convivencia basada en el temor y en el olvido de los derechos de las personas.<sup>3</sup>

En los tiempos actuales, según expondré más adelante, la cuestión parece ser la inquietud ciudadana por la seguridad pública o, simplemente, por lo que se estima es un incremento en el número de delitos que se cometen sin que, correlativamente, se advierta una respuesta estatal enérgica, lo que justifica, por algunos, una suerte de verdadero clamor por la adopción de reglas, normas y leyes que confiriendo más atribuciones a los órganos de la persecución penal, permitan a éstos actuar con mayor celeridad y, en especial, con mayor rigor sobre quienes son imputados de la comisión de hechos delictuales.

Tópicos paradigmáticos en estos ámbitos son la libertad provisional y las atribuciones de comportamiento autónomo poli-

---

<sup>2</sup> Las empresas Mastercard y Visa han reconocido en estos días que un hacker ha podido ingresar a sus sistemas y acceder a 8.000.000 de tarjetas de sus clientes.

<sup>3</sup> El mundo parece asistir indiferente a situaciones como las que se presentan con los talibanes presos en Guantánamo, sin acusación, juicio próximo ni tribunal que vele por sus derechos, todo lo cual es obra del país que ha hecho de la libertad individual una condición de su desarrollo y que, a partir de 1868, con la Enmienda Catorce, prescribe en su Constitución que “...nor shall any state deprive any person, of life, liberty or property, without due process of law...”.

cial, incluyendo las facultades a la policía para detener, registrar e investigar, sin autorizaciones judiciales previas, todo lo cual representa, globalmente, amenazas potenciales para la libertad de las personas, incluyendo a quienes no han cometido un delito.<sup>4</sup>

Históricamente, sin embargo, la cuestión ha tenido perspectivas de análisis diversas: es que el tema del hombre social ha sido de siempre el de los ámbitos de su propia libertad frente a las exigencias de la convivencia. En Teoría Política y en Filosofía del Derecho, aludiríamos a la relación Libertad y Poder, punto fundante y recurrente de toda estructura social y, al propio tiempo, binomio central en la orientación del Derecho en el lugar y época de que se trate, como se comprueba con los escritos de los antiguos griegos hasta los de Stuart Mill, en los que, tratándose sobre la naturaleza y los límites del poder que la sociedad tiene derecho a ejercer legítimamente sobre los individuos, esto es, de la lucha entre la libertad y la autoridad, se ha concluido, en especial por el último, que la sola finalidad por la que la autoridad puede ejercer su poder sobre un individuo es evitar que éste dañe o perjudique a los demás.<sup>5</sup>

Por libertad –afirmaba, a su vez, el célebre historiador y ensayista inglés Lord Acton– quiero decir la garantía de que todos los hombres contarán con la protección para hacer lo que creen que es su deber frente a la influencia de la autoridad, las mayorías, la costumbre y la opinión.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> A los inicios, es preciso hacerse cargo de una repetida objeción a la idea de limitar los poderes persecutorios excesivos: a la persona inocente, se dice, no le importa que se dicten medidas extremas, porque ella no comete delitos. Con todo, si bien nadie desconoce que las regulaciones procesales penales ceden en directo beneficio de quienes son sometidos a investigación por delitos, no puede negarse que la dignidad y derechos fundamentales no se atenúan, por la circunstancia de haber cometido el sujeto un delito, pero lo que es idénticamente relevante es considerar que en numerosas ocasiones la actividad persecutoria se dirige en contra de inocentes –esto es, en contra de aquel que no cometió el delito– o en contra de sus parientes próximos. En estas hipótesis, sin duda a ése que en principio se muestra tan distante del campo procesal penal, le interesará, sobremanera, que se le otorguen a él o a su hijo, padre, hermano, etc., todas las garantías posibles.

<sup>5</sup> Cfr. A. Squella, “Andrés Bello: Ideas sobre el Orden y la Libertad”, en *Estudios Públicos* N° 11, invierno de 1983, Centro de E. Públicos, p. 229.

<sup>6</sup> Cfr. Lord Acton, “La Libertad en la Antigüedad” en *Estudios Públicos...*, cit., p. 291.

La condición instrumental del Derecho reflejará los énfasis que se confieran a uno de los dos vértices de esta dualidad conceptual, me refiero a Libertad y Poder, y, confirmando la idea, no puede sorprender que tras el advenimiento de la Revolución Francesa y el derrumbe del *ancien régime* o, lo que es lo mismo, del absolutismo estatal, se denominará al siglo siguiente, enteramente irradiado por la influencia revolucionaria, como el Siglo de la Libertad.

Este tema –el de la libertad– ha ocupado a los pensadores a lo largo de la historia y no pretendo repetir acá lo que tantos y con tanto talento ya han enseñado; apenas me anima el casi innecesario afán de volver a situar la palabra en el vértice elevado de nuestras actuales preocupaciones para que, al momento de discutir nuevas regulaciones sociales y, en especial, las procesales penales, ella proyecte su luz en el debate.

Como la libertad nace continuamente en el seno mismo de la libertad –escribe Bobbio–<sup>7</sup> a igual título puede decirse que la libertad renace continuamente en el seno mismo de la no-libertad. Parece como si a un intensificarse de las nuevas formas de dominio correspondiera un agudizarse de la necesidad de libertad. En sus palabras, en una visión de conjunto de los problemas de la libertad en la sociedad contemporánea, pueden distinguirse dos temas principales: por un lado, el emerger de demandas de libertad completamente nuevas y, por otro, nuevas formas de defensa de las antiguas, una y otras, empero, enfrentadas, me parece, a un persistente impulso contrario que, arropado bajo la cara de noción del orden, o del orden público, o de las todavía más atractivas formas de la seguridad ciudadana, ejercen un magnetismo difícil de resistir.

La tranquilidad, la seguridad y/o lo que en general se entiende por orden público o simplemente por el orden, ha representado una característica largamente anhelada por los grupos humanos a lo largo de los tiempos; de algún modo, se trata de un sentimiento propio de la naturaleza humana y expresión parcial, matizada y distante, del ancestral instinto de conservación.

---

<sup>7</sup> Norberto Bobbio, *Igualdad y Libertad*, Edic. Paidós I.C.E. U. Autónoma de Barcelona, 1993, p. 151.

Así, entonces, el afán colectivo de seguridad no puede ser objeto de una repulsa o rechazo irreflexivos ni peyorativos; antes, por el contrario, se le debe dispensar un reconocimiento real y efectivo. Su observancia coadyuvará en el establecimiento de reglas y normas de convivencia prudentes y equilibradas. De lo que se trata, empero, es de evitar que la expresión de tal sentimiento, sea que el mismo emane de una convicción originaria, sincera y profunda, sea que, en cambio, él constituya el resultado de masivos y, normalmente, disimulados procesos de persuasión, se eleve a la condición de insalvable valla frente al deseo de regular el ejercicio del poder sancionador del Estado, en términos que se preserven la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

Desde luego, debe reconocerse que hoy no es posible ignorar la existencia de una percepción social del delito, esto es, de la violencia. Como explica Hassemer<sup>8</sup> –en lecciones que parecieran dirigidas a nuestra sociedad chilena y latinoamericana de estos tiempos–, una sociedad que dispone, por un lado, de poderosos medios de comunicación y, por otro, está vivamente interesada (...) en la comunicación del fenómeno de la violencia, no necesita ya experimentar la violencia –el delito– en su propio seno, para poder percibirla en toda su omnipresencia: le basta sólo con contemplar el ejercicio de la violencia en el mundo que nos rodea. Las consecuencias de esta circunstancia son diversas y profusamente discutidas. Una de las que aquí más interesa es que los fenómenos violentos impregnan con mucho mayor intensidad que antes nuestra capacidad de percepción social y cultural y que llega a nosotros –cada vez más– de un modo comunicacional antes que experimental, lo que constituyendo una indesmentible ventaja, debe llevarnos a la prudente desconfianza, por la posibilidad cierta de la adulteración interesada. De todo ello se deduce, entre otras de tales consecuencias, que las posibilidades de dramatizar la violencia y de politizarla,<sup>9</sup> son extraordinariamente grandes, lo que lamenta-

---

<sup>8</sup> Winfried Hassemer, *Persona, Mundo y Responsabilidad* (Trad. de F. Muñoz Conde y María del Mar Díaz), Edit. Temis, Bogotá, 1999, p. 39.

<sup>9</sup> Nuestros días –verano boreal de 2003– son elocuentes testigos de una colosal manipulación mediática: sin descanso, observamos cómo los canales de la TV

blemente ocurre en forma repetida, maquiavélica y majadera, en especial en una sociedad como la nuestra, no acostumbrada al debate público y que, para peor de males, no cuenta con los medios o con las instancias ciudadanas para la adecuada y plural controversia de los temas que grupos interesados colocan en la atención pública.<sup>10</sup>

La violencia, el riesgo y la amenaza, insiste Hassemer,<sup>11</sup> son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana<sup>12</sup> como un “bien jurídico”, alimentando una creciente industria al respecto, cuestión que en Chile ha llegado a ribetes tan extremos como los alcanzados por un personaje de singulares vinculaciones profesionales y que bajo el rótulo de “asesor de seguridad” presta-

---

de los Estados Unidos de América, con rótulos sobre la Guerra contra el Terror, llaman a los ciudadanos de esa nación a apertrecharse de elementos de subsistencia, ante la inminencia de un ataque, creando un clima de alarma tal, que la idea de una guerra en contra de otro país, aun cuando no se suministre evidencia alguna de que éste pueda ser el autor de los atentados que se temen, bajo la excusa de la prevención del terrorismo, resulta calurosamente respaldada.

---

<sup>10</sup> No se trata de afirmar que el delito sea una invención de los medios de comunicación: se busca, en cambio, poner en guardia frente a la persistencia de estos medios en otorgar a los sucesos criminales una cobertura desmedida que, a la postre, genera en el ciudadano una actitud de temor casi enfermiza y, finalmente, injustificada. Si la ciudad de Santiago tiene una población de 6.000.000 de habitantes y se produjeran, diariamente, delitos que afectaren al 0,001% de ellos, seguramente cualquier experto en estadísticas afirmaría que se trata de una cifra sin significación alguna. No obstante, estaríamos refiriéndonos a delitos contra 600 personas. Pues bien, si los principales noticieros de la televisión dedicaran –como en los hechos acontece– parte importante de su tiempo a informar sobre apenas 3 delitos diarios, estarán cubriendo menos del 0,0001% de los mismos, pero otorgan a la ciudadanía una sensación de inseguridad masiva difícil de revertir.

<sup>11</sup> “El Destino de los Derechos del Ciudadano en el Derecho Penal Eficaz”, en *Persona...*, cit., p. 40.

<sup>12</sup> “Lo que se nota actualmente en Latinoamérica es que luego del abandono de la doctrina de la **seguridad nacional** –apunta Javier Llobet R., desde Costa Rica–, que pregona la existencia de una guerra contra el marxismo que justificaba su combate con la tortura, las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales, se defiende... la existencia de una guerra en contra de la delincuencia en la que se utilizan métodos similares a los que se utilizaron durante la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional... a esta respuesta autoritaria frente a la inseguridad jurídica es lo que se ha llamado... doctrina de la **seguridad ciudadana**”. Cfr. *La Prisión Preventiva*, Univ. para la Cooperación Internacional, San José, 1997, p. 117.

ba servicios a políticos y particulares y quien, ante la falta de requerimiento de tales servicios, no trepidó en remitir, él mismo, amenazadoras cartas y cartas bombas, para que las víctimas demandaran su protección asesora.

El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de criminalidad organizada, como una especie de detritus social, que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales. Así, por ejemplo, ya es común escuchar frases como que “el derecho penal y el derecho procesal penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz”.<sup>13</sup>

El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social, tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopte la sociedad ante la violencia. Para algunos, parece haber llegado la hora de conceptos como “lucha”, “eliminación” o “represión” en detrimento de otros, como los de “elaboración” o “vivir con”. Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito.<sup>14</sup>

La sociedad que así piensa, sostiene Hassemer, no puede darse un derecho penal (y procesal penal, agregó) que realmente sean una garantía de libertad, verdadera Carta Magna del delincuente, en las viejas palabras de Von Liszt; lo que ella parece necesitar es una “Magna Carta del Ciudadano”, esto es, un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y la represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el derecho penal y el procesal penal, en un derecho para enemigos.<sup>15</sup>

En una época, se habló de un derecho penal de enemigos,<sup>16</sup> —como lo propugnaba Jakobs— y sus destinatarios, en palabras de Mezger, eran los adversarios o extraños a la comunidad, a

<sup>13</sup> Ídem nota anterior.

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 41.

<sup>15</sup> *Ibíd.*em.

<sup>16</sup> Francisco Muñoz Conde, “El sistema de enjuiciamiento penal chileno era el último resquicio del sistema inquisitivo”, en *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, año 1, N<sup>os</sup> 2-3 (Dic. 2002), p. 75.

quienes entonces no se les aplicaba el derecho penal de los ciudadanos, que ofrecía garantías. Así fue como se pudo sostener que como los enemigos no eran personas, procedía el empleo de un sistema penal ideado al margen de los derechos fundamentales de la condición humana, lo que nos obliga a recordar la vergonzante experiencia que el mundo civilizado vive actualmente, con los talibanes prisioneros en Guantánamo.

Armonizar el indiscutido deseo popular de seguridad con la imperiosa necesidad de la libertad representa el desafío actual de los juristas y de los políticos. Se trata, como tantas veces acontece en la regulación de la cosa pública, de conducirse por la senda de la prudencia, siguiendo dictados de la razón y escuchando la voluntad popular, cuidando empero de no caer en vicios de enorme gravedad. Uno, es el de pensar que el pueblo, la ciudadanía, el conglomerado social, carece de la madurez, la visión, la preparación y la perspectiva cultural y política suficientes para resolver estos tópicos; tras visiones lógicas semejantes se esconden reconocidos peligros que conducen a modalidades claramente antidemocráticas, bajo el disfraz de proteger a la democracia de los excesos populares. Otro riesgo relevante, es el dejarse conducir por repetidos slogans o los llamados sentimientos populares generales.<sup>17</sup> Esta tentación, permanente para Gobiernos y políticos, se combate difícilmente, por los atractivos electorales que dispensa, y aunque caer en ella ofrece el consuelo de un pretendido democratismo, su aceptación representa una modalidad de inexcusable autoritarismo, esto es, a la postre, una exhibición precisamente contraria a la noción democrática de que ese Gobierno o político se podría ufanar.

La idea de preservar el ideal de libertad del simple manejo de las mayorías de turno, de aquellas manejadas mediáticamente, es de enorme importancia en el desarrollo de las sociedades: pone de relieve la inescindible vinculación entre liberalismo y democracia, que, en palabras de un conocido filósofo de nuestros días,<sup>18</sup> son absolutamente interdependientes. Es que un li-

---

<sup>17</sup> Recuérdese cómo bajo el pacífico manto que proyectaba el lema del “sano espíritu del pueblo”, el nazismo cometió los peores excesos contra la humanidad.

<sup>18</sup> Cfr. Bobbio, *Fundamento y Futuro de la Democracia*, Edeval, Valparaíso, 1990, p. 18.



beralismo sin democracia, aquel en que sólo unos pocos participaban en la vida pública, no es ya concebible. Pero una democracia sin liberalismo arriesga uno de los peligros mayores: la tiranía de las mayorías, toda vez que, si "...malo es ser oprimido por una minoría, peor es serlo por una mayoría, porque en el caso de las minorías existe en las masas un poder latente de reserva que, de ser activado, pocas veces es resistido por la minoría. Pero cuando se trata de la voluntad absoluta del pueblo, no hay recurso, salvación ni refugio..."<sup>19</sup>

La tiranía de la mayoría, sostuvo alguna vez Bobbio visitando la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso,<sup>20</sup> consiste, precisamente, en el hecho de que una mayoría sea libre de tomar decisiones incluso contra aquellos que son los derechos fundamentales de libertad, que deben ser considerados como un presupuesto indiscutible e incontrovertible de toda toma de decisión..., por lo que, si la mayoría los desconociere, viola un derecho fundamental que ha sido llamado por siglos Derecho Natural, es decir, un derecho preexistente al Derecho Positivo, al derecho creado por el Estado..., por lo que sólo el respeto de los derechos de libertad permite regular el funcionamiento del juego democrático...

La filosofía política, que encontró sustento en la Ilustración y que se proyecta hasta nuestros días, con mayor fuerza desde la mitad del siglo anterior, pone a los derechos humanos y civiles como fundamentos del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal y entiende al delito y al delincuente como parte del contrato social.

Un destacado jurista nacional,<sup>21</sup> en armonía con estas ideas, viene abogando por la necesidad de que asumamos al delito como una realidad social con cuya presencia debemos acostumbrarnos a convivir, lo que, en caso alguno, me parece, equivale a un resignado fatalismo ni representa un alegato a favor del delito ni del delincuente, sino, apenas, un llamado a la adopción de políticas públicas y de prácticas privadas que, reparando en que el delito es un producto social, real y presente, como

---

<sup>19</sup> *La Libertad en la Antigüedad...*, cit., p. 300.

<sup>20</sup> Ídem nota 7, p. 18.

<sup>21</sup> A. Squella.

lo son, por ejemplo, en otro ámbito de nuestra vida, los movimientos sísmicos, propongan comportamientos activos y omisivos que ora eviten generar las condiciones que faciliten la comisión de los delitos, ora atenúen sus consecuencias dañosas.

Casi oponiéndose a esta actitud de sensato realismo, que no desconoce el problema, pero tampoco aboga por avasallar los derechos de las personas en procura de solución,<sup>22</sup> ya de largo tiempo se ha alzado, entre otras, la singular fórmula represiva conocida por la expresión “tolerancia cero”, enunciado sólo y en principio admisible en función del buen propósito que, todos intuimos, persigue su implantación. Es que la construcción terminológica “tolerancia cero” no constituye sino un nada sutil eufemismo para elevar la intolerancia a virtud.

Este singular enunciado –referido, como se espera, a los delitos– puede ser compartido, en principio, por todo ciudadano que confía en que el Estado le asegure las condiciones para desarrollar su vida tranquila y pacíficamente, pero es evidente que para los juristas representa un concepto preocupante y, por momentos, inaceptable. Es que, como agudamente se ha sostenido,<sup>23</sup> el objeto de esta política de cero tolerancia sólo pueden ser conductas que carecen de relevancia policial y penal, porque, en caso contrario, si tuvieran tal relevancia, se trataría de problemas que tradicionalmente pertenecen al ámbito de la intervención policial y del Derecho Penal y, en este terreno, la política propugnada representaría persecución penal sin excepciones y marginal a la ley.

Con todo, si el sentido de la modalidad resultara ser sólo una masiva ampliación del arbitrio policial para decidir tanto el “sí” como el “cómo” de la intervención persecutoria, a través de un camino desligado de leyes o normas, se trataría de un concepto que “infringe los dos fuertes límites que el Estado de Derecho impone y debe imponer a las intervenciones del poder estatal:

---

<sup>22</sup> Recuérdese que en nuestro medio, pocos años atrás, un diputado abogaba por la castración de los violadores y un candidato a la Presidencia de la República proponía que las personas en libertad provisional exhibieran en el pecho un distintivo de su condición.

<sup>23</sup> W. Hassemert, “La Policía en el Estado de Derecho”, en *Persona...*, *cit.*, p. 160.

la proporcionalidad entre el delito y la reacción al mismo y la posibilidad de determinar los presupuestos y las consecuencias de la reacción”,<sup>24</sup> por lo que aparece como una noción que no podrá recibir amparo constitucional en un sistema democrático y republicano.

En América Latina nos hemos embarcado en una colosal empresa de transformación de nuestros Estados: de Centroamérica a la Patagonia, un profundo movimiento reformador de las estructuras procesales penales recorrió nuestros países durante los últimos veinte años, integrándonos de manera efectiva y dotándonos de instituciones, conceptos y de un lenguaje técnico común; restituyéndonos además, a los juristas, la formidable condición de pergeñadores de institutos de protección de nuestros conciudadanos; posibilitándonos, efectivamente, el colaborar en conferirles –realmente– mejores condiciones de vida, todo lo cual, para decirlo francamente, resultaba desconocido, olvidado o, simplemente, extremadamente excepcional para quienes trabajamos en el Derecho desde antes de los años 80.

El proceso reformador, asegurando la dignidad de las personas, sus libertades, garantías y derechos, no ha concluido; su evaluación total no ha podido tener aún lugar, pero ya la impaciencia de unos y otros reclama por cambios, sin desconocer que muchos de quienes en su momento participaron en el proceso reformador, toman hoy distancia, haciendo realidad lo que un célebre ensayista sostenía, cuando afirmaba que “...*los verdaderos amigos de la libertad han sido siempre escasos y su éxito se ha debido a minorías que han prevalecido asociándose con aliados cuyos objetivos diferían con frecuencia de los suyos. Esta asociación siempre peligrosa ha sido a veces desastrosa, dando a los opositores motivos razonables de impugnación y enardeciendo la disputa de los trofeos a la hora de la victoria...*”.

La situación no es nueva ni única, en Italia decisiones de la Corte Constitucional inspiradas en la vieja filosofía represiva y, sin dudas, inquisitoria, han alterado la esencia del proceso acusatorio que se introdujo con el nuevo Código.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> W. Hassemert, *ibídem*.

<sup>25</sup> *Cfr.* al efecto el libro que, bajo el elocuente título de *L'Illusione Accusatoria*, escribiera Gustavo Pansini (Univ. Degli Studi di Urbino), Ediz. Scientifiche Italiane,

Me parece que la tarea futura será más ardua que la anterior. Impulsar la reforma de un sistema que, a lo menos en nuestro país, permitía que el 94% de los procesos por delitos sancionados en el Código Penal concluyeran sin sentencia; en el que más del 60% de las personas privadas de libertad no se encontraban cumpliendo condenas y en el que el manejo de los casos judiciales se radicaba en un funcionario no letrado, definitivamente no fue difícil.

El paso que viene, por el contrario, enfrenta enormes dificultades y obstáculos: de lo que se trata es de acostumbrarnos a convivir con un sistema procesal penal –integrante, sin dudas, del sistema penal general del Estado, aunque no le competa la represión del delito–, que, elevando el respeto a la dignidad de las personas, no sólo cumple con la promesa constitucional sobre el punto, sino que se ajusta a las obligaciones internacionales contraídas por el país y asegura, de mejor modo, la relación entre el Estado, la víctima y el imputado.

Cambiar la ley ha sido siempre simple: cambiar los hábitos, extremadamente difícil.

Es, pues, iluso imaginar que la sola vigencia del nuevo régimen procesal penal asegurará una población de costumbres y prácticas nuevas e incluso operadores que cumplirán con acierto su trabajo.

Todavía más, corresponde tener presente que la reforma chilena es quizás la de mayor intensidad de todo el continente, como resultado, precisamente, del atraso extremo en que nos encontrábamos: no podrá extrañar, entonces, que durante un período, que no debe ser breve, personas e institutos no se acomoden con facilidad; que unas y otros muestren fallas que será preciso corregir; que muchos de los que ante la contundencia de los fundamentos reformadores callaron, alcen hoy voces críticas, a la vista de las mismas fallas, y que otros, que nunca aceptaron el movimiento reformador, encuentren llegada la ocasión para retomar su oposición.

---

Napoli, 1998, y las decisiones de la Corte Constitucional 24/1992, de 31 de enero, y 254 y 255, de 3 de junio de 1992 que conducirían, junto con el alevoso asesinato de Giovanni Falcone, a la dictación del Decreto Ley N° 306/1992, de 8 de junio, resoluciones y decreto claramente representativos de una verdadera “contrarreforma”.

*¿Cuál es el rol que se espera de quienes creemos en la reforma?*

En mi opinión, se abren claros rumbos de comportamiento para quienes pensamos que la reforma es una condición esencial para mejorar la vida de los habitantes de nuestro país. Ellos suponen, antes que nada, asumir una postura de amplia perspectiva evaluadora, para analizar desapasionadamente los resultados que se están alcanzando, los modos en que las instituciones nuevas han respondido y la forma como los operadores se vienen desempeñando al interior del sistema.

Todo, claro está, de cara a modificar lo que no funcione, a profundizar lo que parece insuficiente, a cambiar lo que demuestre ser inepto, pero el trabajo más urgente y necesario es el continuar difundiendo, reiterando y exponiendo, en términos simples y comprensibles, los lineamientos generales, los fundamentos y la filosofía sobre la que este proceso reformador descansa. Es imprescindible recordar para qué y por qué reformamos y, expuestos los temas, la tarea siguiente será la de la exposición y difusión clara, sencilla y masiva, de modo que todos sepan y entiendan (y ojalá compartan) el sentido y propósitos de los nuevos institutos procesales penales y los valores que con ellos se busca preservar.

Con idéntica llaneza, será menester dejar en claro los resultados que no deben aguardarse del proceso reformador, para evitar que falsas expectativas le creen un frente crítico innmercido.

En afán de síntesis, estimo que la tarea pendiente es la de generar y difundir, en términos de provocar adhesión, una concepción de la seguridad pública o ciudadana desde la perspectiva de un proceso penal de garantías, en un sistema democrático y republicano que se desenvuelve conforme a un Estado de Derecho liberal.<sup>26</sup>

La invitación de Ferrajoli<sup>27</sup> a un derecho penal mínimo y a una refundación garantista de la jurisdicción penal, nos resulta

---

<sup>26</sup> Lo arduo de la tarea se podrá apreciar recordando que encuestas de los últimos años han determinado que un porcentaje levemente inferior al 50% de la población no otorga a la democracia la condición de valor relevante.

<sup>27</sup> *Derecho y Razón (Teoría del garantismo procesal)*, Edit. Trotta, Madrid, 2001, 5ª edic., p. 10.

perfectamente aceptable, pues, con él, reconocemos que existe un nexo indisoluble entre la garantía de los derechos fundamentales, la división de los poderes y la democracia. Y aceptamos que sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica, al paso que sólo un derecho procesal que en garantía de los derechos del imputado minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial puede ofrecer, a su vez, un sólido fundamento a la independencia de los jueces y fiscales y a su papel de control del delito y de las ilegalidades del poder.

*La reducción terminológica.* (Democracia, eficacia y proceso)

La tarea supone, además, reducir la amplitud de conceptos o voces recurrentemente utilizados, para destacar de mejor forma las ideas que los mismos conceptos representan:

a) Así, si como se anticipó, la democracia sólo puede entenderse en la perspectiva liberal referida, desde que ni la más fuerte de las mayorías puede tener reconocido el poder de eliminar los derechos fundamentales de las personas, decir democracia es, entonces, aludir a democracia liberal, único sistema político bajo el cual es posible concebir un sistema procesal penal de garantías a los derechos fundamentales.

b) De otra parte, es preciso revisar nuestro manejo terminológico aún precario: cada vez que pretendemos explicar el funcionamiento de un sistema procesal penal, nos referimos a un binomio hasta ahora indiscutido; mencionamos, con marcado acento pedagógico, en términos antagónicos, las nociones de eficiencia y garantismo.

En el afán de hacernos comprensibles y obtener la adhesión de la cultura ciudadana, hemos de comenzar suprimiendo este antagonismo:<sup>28</sup> del proceso penal sólo habremos de predicar su

---

<sup>28</sup> Es también la opinión de Binder, quien afirma que "...habitualmente, en el curso de la explicación del proceso, tiendo a utilizar una contraposición entre 'eficacia' y 'garantía' entendidas como fuerzas constitutivas de la síntesis procesal. Dejando de lado esta consideración, van a encontrar que, generalmente, se habla de eficacia procesal en dos sentidos: la eficacia en la persecución penal, es decir, el lograr que la amenaza penal que contiene la ley en forma abstracta se convierta en un castigo efectivo de la sociedad; por otro lado, significa eficacia

condición de eficaz, vocablo que habrá de extenderse de un modo multívoco u omnicomprensivo a varias ideas. Es que, de ahora en adelante, me parece, la eficacia del proceso penal debe entenderse en una triple dirección:

- En primer lugar, debe referirse a la aptitud de establecer, en breve plazo y del modo más convincente posible, la verdad judicial de los hechos denunciados y, en consecuencia, su idoneidad para cumplir con certeza y celeridad su rol de instrumento de aplicación del derecho sancionador, en función de cumplir así con la –quizás– más importante de sus finalidades, cual es la de solucionar el conflicto penal.<sup>29</sup>
- La eficacia del proceso penal se retratará –además– en la observancia, atención y cuidado de los derechos fundamentales del imputado, como lo preceptúan nuestras Constituciones Políticas, los tratados internacionales, las leyes vigentes y los principios del Estado de Derecho democrático en la ya vieja filosofía de que la verdad no constituye un valor absoluto del proceso penal o, lo que es lo mismo, que la legitimación del resultado procesal penal sólo se obtiene de un proceso sustanciado con observancia de las garantías fundamentales de las personas;
- Finalmente, esta eficacia apuntará al reconocimiento de los derechos de la víctima, cuya presencia en el proceso penal, a más de la reparación del daño sufrido, está muchas veces justificada, según expreso reconocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su deseo y derecho de conocer la verdad de lo ocurrido.

---

en la defensa de los derechos de las personas, en la defensa de los individuos frente al poder del Estado”. *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Edit. Ad Hoc, Bs. Aires, 2000, p. 182.

---

<sup>29</sup> Esta labor del proceso penal debe resaltarse sacándola de la relegación a la que la hemos sumido: el sentido instrumental del proceso se explica en función no de la aplicación de la ley, como dijeron nuestros antiguos juristas, sino de la solución del conflicto penal. Esta lectura explica el rol de la víctima en el proceso, restablece la idea de la paz social como gran objetivo procesal y constituye adecuado fundamento a la vigencia de las llamadas salidas alternativas –principio de oportunidad, acuerdos reparatorios, *probation*–, los sucedáneos procesales penales de los equivalentes jurisdiccionales de la dogmática procesal civil italiana.

Debe quedar sobreentendido que, en consecuencia, no es eficaz un proceso sino en cuanto llegue a la solución del conflicto penal, resguardando los derechos y garantías que corresponden a todos los partícipes del referido conflicto.

c) Por último, en este afán de simpleza terminológica, este último sentido de la expresión reconducirá la otra fórmula usualmente empleada y que, en mi concepto, no sólo induce a la cultura ciudadana media a confusión, sino resulta definitivamente tautológica: me refiero a la noción del “debido proceso”. Los seres humanos nos comunicamos a través de conceptos, lo que quiere decir que nos “hacemos comunes” ideas y contenidos que están globalmente comprendidos en la noción del concepto. A estas alturas del desarrollo científico procesal y de la difusión internacional de los contenidos de garantías de pactos y tratados, constituyendo, inequívocamente, el proceso un concepto, su adjetivación me parece innecesaria, repetitiva y dañina: No hay proceso si no se sustancia ante un tribunal independiente e imparcial; si en el mismo no se permite a todo interesado, imputado o parte, formular y probar sus alegaciones, exposiciones o defensas, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable.

Puesto que aquello que podría concebirse como indebido proceso simplemente no es proceso, deberemos eliminar aquello que en el derecho anglosajón un día se concibió como una fórmula de vigorizar el concepto procesal: no necesitamos ya hablar de “*due process of law*”. Hoy es suficiente aludir al proceso.

#### *La respuesta a la inquietud ciudadana*

Como fuere, es evidente que si reconocemos la existencia de una inquietud ciudadana en procura de mayores ámbitos de seguridad, sea que se trate de un sentimiento provocado por la manipulación mediática, sea que se corresponda con una actitud real y sincera, sea, por último, que la inquietud obedezca a la combinación de ambos y de otros factores, corresponde al mundo del derecho –so riesgo de asumir inaceptables actitudes de enclaustramiento dogmático– ofrecer respuestas y posibilidades de acción.

En consecuencia, a la importante tarea de difusión cultural a que antes aludíamos, deben sumarse:



### A. *Profesionalización y delimitación del trabajo policial*<sup>30</sup>

Una concepción moderna del trabajo policial ha superado la idea de la policía como el mero órgano por el cual el Estado actúa frente a la criminalidad y, en cambio, entiende que el papel policial en una sociedad democrática va más allá que la participación en la lucha contra la criminalidad sobre la base que los problemas que aquejan a la sociedad y que se vinculan a la delincuencia; son, normalmente, problemas sociales más complejos, que no se relacionan necesariamente con el delito en sentido estricto, por lo que su solución compete también a otras agencias estatales.

Esta concepción privilegia las vinculaciones de la policía con la comunidad y se ha desarrollado con gran fuerza a partir de los años 70, dando origen a lo que se denomina *Community Policing*.<sup>31</sup>

La policía debe establecer relaciones de recíproca confianza con las personas, en especial con los sectores más desposeídos, que son, en los hechos, los que mayor protección policial requieren, no sólo porque la experiencia chilena y comparada demuestra, sin duda alguna, que la colaboración de la ciudadanía es la razón más frecuente de esclarecimiento de delitos, sino porque ese vínculo conduce a un mayor respeto a la normativa y, por ende, a una mejor convivencia.

En todo caso, frente a la actividad policial chilena, parece indispensable cumplir con dos tareas pendientes:

#### a) *Acelerar una profesionalización capacitacional y una adecuada ubicación institucional de la policía*

El tema es relevante por muchos motivos,<sup>32</sup> entre los cuales, desde luego, se impone el que resulta de la convicción de que la

<sup>30</sup> No puedo sino dejar airosa constancia que no se requiere incluir acá –como acontece en otras latitudes– un discurso acerca del combate a la corrupción policial, desde que se trata de un mal que, afortunadamente, no aqueja a los organismos policiales chilenos, lo que no obsta a que como en toda agrupación humana, de tarde en tarde algún sujeto se aparte del modelo.

<sup>31</sup> Cfr. por todo: M. Duce y F. González: "Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización", en *Policía y Sociedad Democrática*, en *Revista Latinoamericana de Política Criminal*, Edit. del Puerto SRL. Bs. Aires, 1998, p. 59.

<sup>32</sup> La denominada Cuarta Enmienda de la Constitución Norteamericana otorga a las personas la seguridad de que no serán ellas, ni sus bienes objeto de regis-

investigación y persecución de los delitos en un Estado de Derecho, con respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de las personas, son extremadamente más complejas que bajo un régimen en que los tales derechos no se observan. Hemos sido testigos, durante los primeros meses de vigencia del proceso reformador chileno, de una contemplativa actitud policial, basada en la presunta falta de atribuciones para el cumplimiento de sus deberes, en circunstancias que las carencias que se advertían no eran sino el resultado, precisamente, de desconocimiento de las disposiciones legales que resolvían las materias.

Me parece, además, que la función policial se cumple de mejor forma y de acuerdo a lo que se espera de un cuerpo de este tipo, en la medida en que **se acentúa su carácter policial por sobre los aspectos militares que pudieren incidir en su estructura, organización y funcionamiento**. Es que todos sabemos que, a diferencia del rol que se confiere a las fuerzas militares, la policía tiene ante sí una tarea que, por momentos, puede parecer hasta contradictoria: mientras por un lado le compete preservar el orden público, por otro, es de su responsabilidad garantizar que las personas puedan ejercer libremente los derechos que el Ordenamiento les reconoce. Al efecto, se ha podido fundadamente sostener que el modelo policial chileno enfrenta serios dilemas y desafíos en el contexto del paso de un régimen autoritario de carácter militar a uno democrático, del aumento del temor al crimen que experimenta la población y del inicio de un proceso incipiente de descentralización política que choca con el carácter centralizado, jerárquico y corporativo de la policía.<sup>33</sup>

Es imperioso que se inculque en el policía la efectiva convicción de satisfacción personal e institucional por la función que

---

tro o medidas infundadas (*unreasonable searches*), garantía que se protege a través de la llamada regla de exclusión, conforme a la cual no se podrá utilizar en juicio evidencia obtenida con infracción a esta norma. La jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América ha aceptado, entre otras hipótesis, que tal evidencia será admisible en juicio cuando la infracción se ha cometido de buena fe, pero principalmente cuando un policía razonablemente bien capacitado (*reasonably well-trained*) ha creído que no existía infracción.

---

<sup>33</sup> Cfr. Hugo Frühling, "Carabineros y consolidación democrática en Chile", en *Policía y...*, cit., p. 82.

cumple, para que se supere esa soterrada pero evidente nostalgia de igualarse o de identificarse con las actividades militares. Este resultado sólo se obtendrá cuando, en los hechos, el sistema político genere las condiciones para que se confiera a la función policial un debido reconocimiento social, como resultado de dispensársele un marco jurídico y económico adecuado.

De cara al efectivo perfeccionamiento profesional, es indispensable que la dependencia institucional de la policía pase al Ministerio del Interior,<sup>34</sup> decisión que no se puede aún llevar a cabo por la tenaz resistencia del principal cuerpo policial nacional, sustentada, de manera primordial, en mi concepto, en el anhelo de los mandos superiores de mantenerse en planos de igualdad con las instituciones de las Fuerzas Armadas, llamadas, como se anticipó, a labores, obligaciones y modos de comportamiento completamente diversos de los policiales.

En consecuencia, la tarea importa fortalecer en la superioridad policial la convicción de que sus lealtades y fines institucionales, coherentes con un Estado de Derecho en un sistema democrático y republicano, apuntan antes al Poder Civil (Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio encargado del orden público) que al poder militar.<sup>35</sup>

#### b) *El reconocimiento y regulación de la discrecionalidad policial*

Bajo este contradictorio epígrafe, recojo las conclusiones de un ensayo nacional<sup>36</sup> que cita estudios empíricos realizados a partir de los años 60 en los Estados Unidos de América, que demostraron que en los hechos la policía cuenta con importantes niveles de discrecionalidad en su actuar y que escapan a los di-

<sup>34</sup> Con cierta deliberada simpleza, en mi opinión, se sostiene que esta dependencia conlleva el riesgo de la politización, olvidando que durante el siglo XX y hasta que se produjera el golpe militar de 1973, la policía dependió del Ministerio del Interior sin los resultados que se temen, y que en la experiencia comparada una de las policías más exitosas, la de Nueva York, depende del alcalde.

<sup>35</sup> Sobre este tema mi artículo "La actividad policial bajo la dirección del Ministerio Público", en *Los desafíos en las relaciones Policía-Ministerio Público*, publicación conjunta del Ministerio de Justicia chileno, la Fundación Konrad Adenauer, la U. Central de Chile y otros. Stgo., 1999, p. 61.

<sup>36</sup> Cfr. *Policía y Estado de Derecho: función y organización*. De M. Duce y F. González, cit.

seños normativos y a los mecanismos de control, por lo que se ejercen en forma oscura y arbitraria.

La dinámica del trabajo policial supera todas las previsiones que pueden consagrarse en reglamentaciones y la manera de obtener un resultado adecuado no es otra que insistir en el ámbito de la capacitación; en segundo término, dictar las pautas generales que enseñen los criterios fundamentales que deben inspirar el trabajo policial, y, finalmente, reconocer de forma expresa la necesidad y utilidad de la discrecionalidad policial, “no sólo por motivos de carácter fáctico, sino también por el hecho de que sólo a partir de tal reconocimiento se pueden hacer efectivos los mecanismos de responsabilidad, ya que, no existiendo legalmente discrecionalidad, la respuesta común de los organismos policiales frente a violaciones de derechos es la de ocultar su responsabilidad, indicando que ellos sólo son funcionarios encargados de ejecutar ciertas leyes y que por tanto sólo han cumplido con su deber legal”.<sup>37</sup>

Es evidente, empero, que este reconocimiento de la discrecionalidad policial debe aparejarse con la instauración de mecanismos de control que aseguren que el comportamiento policial se sujetará a las exigencias que, en un Estado de Derecho, se establecen para resguardar los derechos de las personas, lo cual abre un nuevo frente de actuación en la determinación y establecimiento de los referidos mecanismos controladores ciudadanos, del que habrá que ocuparse en su momento.

*B. Armonizar, en la perspectiva procesal, las nociones del derecho penal mínimo y, sin duda, de acto antes que de autor, y la del derecho penal como ultima ratio, con la idea de la seguridad ciudadana, la presunción de inocencia y la libertad de los imputados*

El derecho penal mínimo, enseña Ferrajoli,<sup>38</sup> corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a un ideal de

<sup>37</sup> Cfr. *Policía y Estado de Derecho: función y organización*. De M. Duce y F. González, cit.

<sup>38</sup> *Derecho y Razón*, cit., pp. 104-105.

racionalidad y de certeza. Con ello resulta excluida, de hecho, la responsabilidad penal, todas las veces que sean inciertos o indeterminados sus presupuestos. Bajo este aspecto existe un nexo profundo entre garantismo y racionalidad. Un derecho penal es racional y cierto, agrega, en la medida en que sus intervenciones son previsibles; y son previsibles sólo las motivadas por argumentos cognoscitivos de los que sea decidible, procesalmente, la verdad formal. Se requiere una norma de clausura del modelo de derecho penal mínimo informada por la certeza y la razón, el criterio del *favor rei*, que no sólo permite, sino que exige, intervenciones potestativas y valorativas de exclusión o de atenuación de la responsabilidad cada vez que subsiste incertidumbre en cuanto a los presupuestos cognoscitivos de la pena. A este criterio son referibles instituciones como la presunción de inocencia del imputado hasta la sentencia definitiva; la carga de la prueba a cargo de la acusación; el principio *in dubio pro reo*; la absolución en caso de incertidumbre sobre la verdad fáctica, la interpretación restrictiva de los tipos penales y la extensiva de las circunstancias eximentes o atenuantes en caso de dudas, etc.<sup>39</sup>

Regulaciones normativas en el sentido señalado, que determinan un régimen penal y procesal de preferente resguardo a los derechos de las personas frente al poder punitivo estatal, deben compatibilizarse, además, con nuevas formas de ejercer el poder sancionatorio del Estado, para que, en los hechos, efectivamente la elevación de un comportamiento a la categoría de infracción penal constituya una situación excepcional. En este sentido, es menester reforzar la convicción ciudadana, en general, y la de los legisladores, en especial, en torno a las muchísimas posibilidades de reacción a que el Estado puede echar mano, sin que se requiera, necesaria e irremisiblemente, calificar de delito penal todo comportamiento que atente contra la normal convivencia social.

Resultando inevitable la actuación del Derecho Penal, un prurito básico de consecuencia racional exige que su mecanismo de aplicación —el proceso— se ciña también a la noción de tal derecho substancial mínimo: así, la vía procesal observará

---

<sup>39</sup> *Derecho y Razón*, cit., pp. 104-105.

escrupulosa pero efectivamente el principio de la presunción de inocencia, que no sólo demanda que se acrediten –sin la colaboración del imputado– cada uno de los elementos que constituyen el tipo penal y las restantes condiciones necesarias para que se pueda sancionar criminalmente, sino que además reclama un trato acorde con tal condición de inocencia, lo que se traduce, primordialmente, en el status de libertad del sujeto durante la actuación del sistema de persecución y enjuiciamiento penal.

Es hora de sentar, como acuerdo no sometible a discusión, la circunstancia de que la presunción de inocencia no consigue ni persigue el efecto de privar toda actividad restrictiva de derechos del imputado;<sup>40</sup> de lo que se trata, empero, es de consignar que la afectación de sus derechos y, en especial, la privación de su libertad ambulatoria no pueden tener otro propósito que los fines mismos del proceso, sin que, en caso alguno, pueda representar una modalidad sancionatoria anticipada.<sup>41</sup> De allí que, básicamente, sólo deben obstar a la libertad del sujeto el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento, esto es, la posibilidad de que, en libertad, el imputado pueda eludir la acción de la justicia o destruir o alterar pruebas de los hechos<sup>42</sup> concep-

<sup>40</sup> Manzini –fascista convencido– también las emprendió contra la presunción de inocencia y no vaciló en escribir refiriéndose a ella “...nada tan burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de prisión preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Dado que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad...”. *Trattato di Diritto Processuale*, p. 180, cit., por Ferrajoli, *Teoría*, cit., p. 627.

<sup>41</sup> La lectura del tema desde una *Teoría General del Derecho Procesal* lleva a idéntica conclusión: si la medida cautelar es idéntica a la actuación que se espera como consecuencia de la orden que contendrá la sentencia definitiva estimatoria, lo que estaría ocurriendo es que estaríamos vulnerando el básico principio que recuerda que *nulla executio sine titulo*, regla a la que en general sólo hace excepción la cautela innovativa, cuyo, manifiestamente, no es el caso de la prisión preventiva.

<sup>42</sup> Véase mi ya antiguo “Hacia una reforma procesal penal inmediata”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Edeval, Valpo., 1990, pp. 187 y ss.

En Alemania, según Roxin, la prisión preventiva sirve a tres objetivos: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; garantizar una investigación de los hechos en debida forma y asegurar la ejecución penal (cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, SRL. Bs. Aires, 2000, trad. G. Córdoba y D. Pastor, p. 257).

Recientemente, en el mismo sentido, M. I. Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Sgo., 2002, pp. 82 y ss.

ción procesalística que termina siendo lo que Cafferata Nores<sup>43</sup> ha llamado el “mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria”, que lo concibe, empero, como un gesto punitivo ejemplar.

El Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, escribe Ada Pellegrini, también concibe como excepcional la prisión preventiva, determinando su proporcionalidad con la infracción imputada y con la pena que podrá imponerse; estableciendo su limitación temporal absoluta y la indemnización cuando resultara haber sido indebida.<sup>44</sup>

Asintiendo a estas ideas, Maier<sup>45</sup> opina que en el procedimiento penal reconocido en el actual estadio cultural, no puede prescindirse de ciertas intervenciones en el ámbito de libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas y es por ello –sostiene– que la misma Constitución las permite a modo de reglamentación de los propios derechos y garantías que acuerda..., pero también resulta imposible concebir estas intervenciones sin establecer sus límites, pues tratándose en todo caso de derechos y garantías atribuidos por la Constitución, ni la ley puede alterarlos al reglamentar su ejercicio, ni es posible olvidar que, hasta que no se haya pronunciado una sentencia firme de condena, resulta contrario a la Carta Fundamental imponer una pena.

La cuestión es extremadamente relevante, porque en muchos países,<sup>46</sup> y sin duda en el nuestro, ha cobrado creciente

<sup>43</sup> Cfr. José I. Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª edic. act., Edit. del Puerto, SRL. Bs. Aires, 1998, p. 192.

<sup>44</sup> Cfr. “Lineamentos Gerais do no Processo Penal na America Latina: Argentina, Brasil e Código-Modelo para Ibero America”, en *O Processo em Evolução*, Forense Universitaria, 1996, Sao Paulo, p. 208.

<sup>45</sup> Cfr. *Derecho Procesal Penal argentino*, Edit. Hammurabi, SRL. Bs. Aires, 1989, t. 1b, Fundamentos, p. 285.

<sup>46</sup> El sistema norteamericano, caracterizado por poseer una de las más altas proporciones de ciudadanos privados de libertad, aprobó en 1984 una *Federal Bail Reform Act*, por la que expresamente se autorizó a los jueces para disponer la privación de libertad si “no existe una condición o combinación de condiciones que razonablemente aseguren la comparecencia del imputado cuando se le requiera o la seguridad de cualquier otra persona y de la comunidad”. En el caso *United States vs. Salerno*, por 6 votos contra 3, la Corte Suprema declaró constitucional la disposición. U.S.739 (1987).

respaldo el criterio de la seguridad de la sociedad, como elemento regulador de la libertad del imputado,<sup>47</sup> lo que importa contrariar toda la filosofía de un régimen de garantías reales e importa que, por sobre un proceso racional de análisis y persuasión, prevalece el ancestral afán de decidir apresuradamente las controversias sobre la base de los pareceres mayoritarios, al propio tiempo siempre temerosos, influenciables y cambiantes por definición, irremisiblemente morbosos y crueles por antonomasia.

Nadie desconoce que la prisión preventiva constituye una medida que alcanza a quien no ha sido objeto de condena:<sup>48</sup> que su extensión, sin embargo, quede sometida al riesgo que la libertad del sujeto represente para la seguridad de la sociedad, es retornar a los más tenebrosos momentos del pensamiento jurídico penal, cuando se atribuía responsabilidad penal a las personas por motivos genéticos, biológicos o incluso raciales.

Corresponde, entonces, regular la prisión preventiva, en términos de Binder,<sup>49</sup> de modo que no sea una pena anticipada, es decir, una pena sin juicio, porque si el propio sistema está diseñado para imponer penas sin el requisito del juicio, entonces la idea misma del juicio carece de valor. *Nulla pena sine iudicio* es el principio que debe regular el carácter excepcional de la prisión preventiva si, en definitiva, hemos de admitirla como una realidad que nuestra propia naturaleza de seres expuestos y dispuestos al delito nos impone.

---

<sup>47</sup> El principio de la seguridad de la sociedad como elemento que obsta a la libertad del imputado, si bien estaba en el Código, fue lamentablemente recogido, por primera vez en nuestra historia constitucional, por la Constitución de 1980. Al efecto, es preciso recordar que el origen del instituto, en el derecho occidental, son los regímenes fascistas y su doctrina de respaldo.

*"El Estado fascista, a diferencia del Estado democrático-liberal —escribía Manzini—, no considera la libertad individual como un derecho preeminente sino más bien como una concesión del Estado acordada en interés de la colectividad..."*, y el famoso Ministro de Justicia Rocco declaraba que *"...La libertad, por tanto, es concedida al individuo y a los grupos en interés de la sociedad. Como todos los derechos individuales, también la libertad es una concesión del Estado..."*, ambos cit. por Ferrajoli, *Teoría...*, cit., p. 632.

<sup>48</sup> Vid nota 32.

<sup>49</sup> Alberto Binder, "La Justicia Penal en la Transición a la Democracia en América Latina", en *Política Criminal: De la formulación a la Praxis*, Edit. Ad Hoc, Bs. Aires, 1997, p. 215.



Aunque suene ingenuo o candoroso, la tarea del jurista, en este tópico, como en tantos otros, no es la de asumir el rol de incomprendido solitario enfrentado a obtusas mayorías, sino el de incansable defensor de criterios de razón contra las muchedumbres y políticos que, demagógica o sinceramente, anteponen a ella motivos oscuros, irreflexivos, pasionales o, simplemente, electorales.

A estas alturas, resulta inevitable volver a la relación “régimen político” y “normativa procesal penal”, reparando, como enseña Roxin, que en los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, se exagerará fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano. El Estado mismo está obligado, por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano.<sup>50</sup>

Al concluir, es preciso reconocer, en palabras de Ferrajoli,<sup>51</sup> que una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es, precisamente, una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables... (es que) las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero por sobre todo históricamente cambiantes. Es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores defender y consolidar los valores de la racionalidad, de tolerancia y libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia, y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción, esto es, del Derecho.

---

<sup>50</sup> Cfr. Roxin, ob. cit., p. 258.

<sup>51</sup> *Teoría...*, cit., p. 561.

## 2. EL CÓDIGO PROCESAL PENAL DE CHILE Y LA EXPERIENCIA DE SU IMPLEMENTACIÓN<sup>52</sup>

Hoy parece posible afirmar –con pretensiones de pacífica generalidad– que solamente un sistema de persecución criminal que comprenda un órgano investigador responsable y autónomo, en gestiones reconducidas a un procedimiento adversarial y oral con cabal respeto de los derechos de las personas, constituye el medio adecuado para la mantención y fortalecimiento del Estado de Derecho.

El sistema inquisitivo que Chile ha comenzado a dejar atrás, estructurado en un Código de Procedimiento Penal, vigente desde 1907,<sup>53</sup> se caracterizaba principalmente por un procedimiento escrito, secreto, que asignaba a un mismo juez las funciones de investigar, acusar y juzgar, lo que explica que la parte más relevante de la convicción la adquiriera el sentenciador durante la investigación, perdiendo el juicio posterior toda relevancia, cuestión aun más gravosa si se considera que, en los hechos, las tareas investigativas no se verificaban por los mismos jueces, sino por funcionarios administrativos de menor jerarquía llamados “actuarios”, en quienes se radicaba una amplia delegación de funciones. Así, el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial estaba poderosamente lesionado, lo mismo que el derecho a defensa; el secreto, además, generaba incentivos para proteger toda clase de prácticas disfuncionales, desde la falta de cali-

---

<sup>52</sup> Recojo en este documento, presentado en el Congreso Internacional y organizado en Roma, por la Universidad Tor Vergata y el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal en mayo de 2004, parte importante de las reflexiones y conclusiones contenidas en el Informe que, por encargo del Gobierno de Chile y del principal partido de la oposición, emití, en diciembre de 2003, un grupo de expertos, del que tuve el honor de formar parte y de cuya redacción final se me comisionó ocuparme, junto al profesor Orlando Poblete. El Informe se rotuló “**Documento de la Comisión Nombrada para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Criminal**”. Requerí de cada uno de los miembros de dicha Comisión, su expresa autorización para reproducir párrafos del Informe.

<sup>53</sup> Antecedentes de su génesis y vigencia pueden revisarse en mi “La Situación de la Víctima del Delito en el Proceso Penal Chileno”, en este mismo libro. En relación al nuevo Código, véase de M. Inés Horvitz y J. López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 2002, t. I, pp. 17 y ss.

dad profesional de los actores hasta la eventual corrupción; los tribunales carecían de una administración profesional y la gestión de los recursos no era una preocupación relevante del sistema; el método de trabajo fundamental consistía en un expediente altamente formalizado, que generaba una investigación igualmente burocratizada, que ponía su atención más en el trámite que en la eficacia de las diligencias.<sup>54</sup>

Como consecuencia de estas características, la tasa de soluciones era extremadamente baja y el término de los casos restantes quedaba entregado a criterios de selectividad informal, básicamente en poder de dichos actuarios y de policías, con el consecuente riesgo para irrupción de formas de corrupción, afortunadamente nunca realmente preocupantes o que merecieran o justificaran alguna consideración relevante; la burocratización de las etapas procesales y la forma estructuralmente ineficiente del sistema inquisitivo dilataban los procesos, obligando al sistema a recurrir indiscriminadamente a la prisión preventiva –encarcelamiento sin juicio– como única forma de responder a las necesidades de la persecución; lo anterior generaba, comprensiblemente, una muy mal evaluada calidad de atención al público, especialmente por las víctimas, cuyos intereses concretos no representaban una preocupación institucional del sistema.

El paso chileno, consistente en poner realmente en práctica esta convicción, y el abandono, aun no concluido, de un sistema inquisitivo mixto, con caracteres extremos de oscurantismo, indefensión y discrecionalidad, importa una experiencia que ha valido la pena vivir y merece ser contada, para que de la misma se puedan extraer lecciones que a todos nos ayuden.

Al compartir, aquí en Roma y en este exclusivo nivel de especialistas, lo que ha representado la profunda transformación del régimen de enjuiciamiento penal chileno –en el que he tenido el honor de participar, desde sus inicios hasta la fecha actual– no me es posible dejar de resaltar la complejidad que importó el cambio verificado, que no solamente involucró diversos subsistemas e instituciones, sino representó, además, como

---

<sup>54</sup> Cfr. por todo, M. Duce y C. Riego, *Introducción al Nuevo Sistema Procesal Penal*, vol. 1, Santiago, 2002, pp. 93 y ss.

aconteció con el Ministerio Público, el generar institutos jurídico-políticos antes inexistentes, esto es, respecto de los cuales se carece del respaldo de una cultura y una tradición jurídica a la que acudir. Llegada la hora de entrar en evaluaciones, a estas consideraciones debe unirse la conciencia que, para que un cambio tan radical pueda asentarse, ha de aguardarse la maduración, que sólo el cansino caminar del tiempo puede otorgar.

Lo anterior no es óbice para destacar que la reforma procesal penal, comprensiva del establecimiento de un Ministerio Público dotado de autonomía constitucional, de un sistema de Defensa Penal público estatal y que cuenta con la determinante colaboración de abogados privados, todo enmarcado en un sistema procedimental público, desformalizado y oral, constituye, en mi opinión, la política pública transformadora de mayor envergadura desarrollada en el país en los últimos cien años.

Ha sido, también, la más exitosa, porque representa un cambio en marcha, con profunda adhesión de los operadores y de la comunidad legal en general, que entraña mejoras tangibles para los ciudadanos, lo que, todos sabemos, no se predica fácilmente en otras áreas relevantes del quehacer estatal.

## 2.1. BREVE RESEÑA DEL NUEVO RÉGIMEN PROCESAL PENAL CHILENO

El nuevo régimen procesal penal chileno comprende una estructura orgánica concebida para dar aplicación a un sistema procedimental que persigue el respeto de los derechos, en especial de la dignidad de los imputados, la eficacia de la persecución penal y la protección de la víctima, como cuestiones fundantes y prioritarias.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> A diferencia de lo que ocurre con el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica –Código Modelo–, el sistema chileno, como se aclara más adelante, no autoriza a los fiscales para decretar medidas que afecten las garantías constitucionales, las que, constitucionalmente, sólo pueden ser decretadas por el juez de garantía, denominación que reemplazó a la de Juez de Control de la Instrucción que, siguiendo los lineamientos del Código Modelo, se había adoptado primitivamente.

### A. Estructura orgánica

#### a) *El Ministerio Público*

Modificándose la Constitución Política de la República, se introdujo al ordenamiento jurídico chileno, el Ministerio Público,<sup>56</sup> concebido como “...un organismo autónomo, jerarquizado (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. De igual manera, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos...”.

La dirección de este organismo se confió a un Fiscal Nacional, elegido por 10 años, con la participación de los tres Poderes del Estado, esto es, designado por el Presidente de la República, a partir de una nómina de cinco nombres que le presenta la Corte Suprema y requiriéndose la aprobación final del Senado para el nombramiento.

En cada una de las trece regiones en las que está dividido político-administrativamente el país, existe un Fiscal Regional que conduce al Ministerio Público en la respectiva región, con la excepción de la Región Metropolitana de Santiago, para la que se determinó la existencia de cuatro fiscales regionales.

En el ejercicio de sus funciones –dispone la Ley Orgánica Constitucional correspondiente– los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley.<sup>57</sup>

Agrega la norma que las unidades operativas de las Fiscalías Regionales, para la investigación de los delitos, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de víctimas y testigos, serán las fiscalías locales, integradas por los fiscales adjuntos.

---

<sup>56</sup> La reforma importó agregar un Capítulo VI-A, que contiene los arts. 80 A hasta el 80 I, de manera que la regulación va entre el capítulo reservado al Poder Judicial, el VI, y el destinado al Tribunal Constitucional, el VII.

<sup>57</sup> Art. 3º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

b) *Los juzgados de garantía*

La propia Constitución<sup>58</sup> dispone que los fiscales podrán impartir órdenes directas a las policías<sup>59</sup> durante las investigaciones, sin embargo, en afán de establecer un marco efectivamente protector de los derechos de las personas, se determina que “...las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de sus derechos (constitucionales) o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”.

Esta autorización la deben otorgar los llamados “jueces de garantía”, jueces que, de forma completamente inédita en la estructura judicial chilena, que sólo reconoce tribunales unipersonales y tribunales colegiados, conforman tribunales pluripersonales, denominados Juzgados de Garantía.

Bajo esta nueva modalidad de funcionamiento, entonces, en un mismo juzgado existe lo que podríamos llamar un “staff” de jueces que comparten un conjunto de medios materiales y humanos, con la colaboración de otro personaje completamente desconocido hasta la fecha en el sistema, el Administrador del Tribunal, profesional calificado en administración, encargado de organizar eficientemente el trabajo judicial.

Excepcionalmente, se confía a estos jueces el fallo de procesos por delitos menores que se hayan sustanciado conforme a procedimientos simplificado abreviado, incluyendo alguna modalidad de monitorio. Corresponde a estos jueces, además, intervenir en los mecanismos de terminación temprana de los procesos, llamados salidas alternativas, como archivo provisional, principio de oportunidad, suspensión condicional y acuerdos reparatorios.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> Art. 80 A, inc. 3º.

<sup>59</sup> Chile cuenta con una policía militarizada –el Cuerpo de Carabineros de Chile, dependiente del Ministerio de Defensa Nacional, a partir del gobierno militar del General A. Pinochet– con algo más de 36.000 funcionarios y que cumple primariamente actividad preventiva, y con una policía civil –la Policía de Investigaciones de Chile–, dependiente del Ministerio del Interior, con aproximadamente 6.000 funcionarios a cargo de la investigación de los delitos. Las leyes han autorizado, sin embargo, que Carabineros intervenga también en actividades de investigación.

<sup>60</sup> El sistema guarda completa armonía con lo previsto en el Código Modelo.

c) *La Defensoría Penal Pública*

Hasta la entrada en vigor del nuevo sistema, la defensa penal de quienes carecían de medios para contratar abogados estaba confiada, principalmente, a corporaciones estatales que desarrollaban sus actividades mediante el trabajo de los egresados de las Facultades de Derecho, a quienes la ley les exige una práctica de esta naturaleza, por el término de seis meses, para acceder, cumplidos otros requisitos, al título de abogado.

Se prestaba, de este modo, una asistencia profesional de muy precario nivel, toda vez que los encargados de otorgarla carecían de la experiencia necesaria y, en general, aportaban más entusiasmo que calidad profesional.

La nueva modalidad de defensa no atiende, en primer término, a las condiciones económicas del imputado, esto es, no se le consulta si tiene los medios para contratar un abogado, se le pregunta, en cambio, si tiene abogado.<sup>61</sup>

La defensa penal queda concebida, en esta modalidad, no sólo como un servicio asistencial del Estado, sino, en mi concepto, principalmente, como una exigencia de legitimación del enjuiciamiento penal estatal.

La Defensoría Penal que se ha establecido constituye un servicio público estatal, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente; la integran la Defensoría Nacional y las Defensorías Regionales, y éstas organizarán su trabajo a través de las Defensorías Locales y de los abogados y personas jurídicas con quienes se convenga en la prestación del servicio de defensa penal.

El Jefe Superior del Servicio es el Defensor Nacional, encomendándose, respectivamente, la dirección de cada Defensoría Regional a un Defensor Regional.

La tarea primordial de la Defensoría, que se cumple a través de defensores locales, es "...asumir (gratuitamente) la defensa de los imputados que carezcan de abogados en la primera actuación del procedimiento penal dirigido en su contra y, en todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia

---

<sup>61</sup> La Defensoría tiene por finalidad, afirma el art. 2º de la Ley Nº 19.718, "proporcionar defensa penal a los imputados... **que carezcan de abogado**".

judicial a que fuere citado...”. Estos defensores, que además intervendrán en cualquier estado del procedimiento en el que falte el abogado defensor, mantendrán las defensas hasta que la asuma el defensor que designe el imputado (art. 25 Ley N° 19.718).

El servicio se prestará por abogados integrantes de este servicio público y, primordialmente, por abogados privados que hayan postulado en los procesos de licitación y se hayan adjudicado las defensas penales en las respectivas regiones.

La Defensoría Regional elaborará una nómina de los abogados que, en virtud de los procesos de licitación, deberán asumir la defensa penal de los imputados y éstos elegirán, de dicha nómina, al abogado que prefieran, siempre que esté disponible.

Estarán disponibles, conforme a la ley, los abogados que no hubieren alcanzado aún el porcentaje total de casos que les correspondiere defender, en virtud de la licitación.

### B. *Estructura procedimental*

El nuevo régimen procesal penal confiere exclusivamente a los fiscales y a las víctimas el ejercicio de la acción penal pública, lo que importa afirmar que se ha terminado con el viejo modo de acción penal pública popular.

Confiere a los fiscales, en lo que, en mi concepto, es una espléndida herramienta de eficaz administración de los recursos de la persecución penal pública, diversos mecanismos de solución temprana de asuntos, entre los que destacan:<sup>62</sup>

a) *El archivo provisional*, facultad conferida para disponer el archivo de las investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 167 Código Procesal Penal).

b) *El principio de oportunidad*, ejerciendo el cual podrán los fiscales no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público (art. 170 Código Procesal Penal).

---

<sup>62</sup> También en relación a estos institutos procesales, el Código Modelo cumplió su finalidad orientadora de la legislación nacional.



c) *La suspensión condicional del procedimiento*, que podrá solicitar el fiscal al juez, con acuerdo del imputado, cuando en general se tratare de personas imputadas por delitos cuya pena no excediere de tres años de privación de libertad y el sujeto careciere de antecedentes penales (art. 237 Código Procesal Penal).

d) *Los acuerdos reparatorios*, convenios entre imputado y víctima que, aprobados por el juez, por comprobar la concurrencia de un consentimiento libre e informado y por referirse a hechos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos, llevan a éste a dictar sobreseimiento definitivo en la causa (art. 241 Código Procesal Penal).

La investigación no puede tardar más de dos años desde que se produce su formalización –comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez, de la circunstancia de encontrarse desarrollando una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (art. 229 Código Procesal Penal)–, y cerrada, corresponderá presentarse la acusación y la contestación, para que, ante el juez de garantía, tenga lugar la etapa intermedia, en lo que se denomina “la audiencia de preparación del juicio oral”.

En esta oportunidad se debate principalmente acerca de las pruebas que se ofrecen y en una resolución final se consignan las acusaciones, las contestaciones y las pruebas que se rendirán en el juicio oral.

Éste se verifica ante un tribunal colegiado, integrado por tres jueces profesionales, abogados, que no han tenido vinculación alguna con la investigación precedente: el principio es que sólo las pruebas que se produzcan ante dichos jueces servirán para fundamentar la sentencia que se dicte, fallo que debe emitirse a lo menos en cuanto al veredicto de inocencia o culpabilidad, al concluir la audiencia, citándose a los intervinientes a breve plazo posterior para escuchar la lectura completa de la sentencia.

La decisión del juicio oral no es susceptible de apelación y sólo podrá impugnarse a través de un recurso de nulidad, que constituye una modalidad casacional.

## 2.2. MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA<sup>63</sup>

El trabajo de los tribunales y, en general, la actividad del sector justicia, representan un servicio público que debe ser evaluado en una doble dimensión. En primer lugar, en tanto servicio para las personas que son sus usuarios y clientes: en este sentido, al sistema le es exigible profesionalismo, transparencia, eficiencia y una atención adecuada a las personas que demandan su atención. En segundo lugar, en cuanto a la habilidad para producir bienes públicos para el país: es exigible –fundamentalmente– una justicia que sea funcional tanto al sistema político del país, como a su desarrollo social y económico. Es relevante considerar, en este segundo aspecto, el ideario contenido en el Mensaje con que se remitió el Código Procesal Penal al Parlamento, resumido en las afirmaciones por las que se postula que *“la modernización del sistema de justicia constituye un esfuerzo de crecimiento institucional (...) ineludible para el desarrollo y consolidación de nuestro sistema constitucional y democrático (...) La modernización del sector justicia ha sido definida (...) como una política que tiende a adecuar el conjunto de las instituciones que participan en la administración de justicia a los procesos de desarrollo político y económico que ha experimentado Chile en las dos últimas décadas”*.

La modernización de la justicia recién mencionada tiene su expresión, en el caso penal, en la completa sustitución del sistema inquisitivo por uno de raigambre acusatorio. Al respecto, el mismo Mensaje señala que *“Se busca cambiar fundamentalmente el modo en que los tribunales desarrollan el procedimiento penal, proyectando ese cambio hacia el trabajo de los organismos policiales, hacia el funcionamiento del sistema penitenciario y, en general, respecto del conjunto de las actividades estatales que constituyen la respuesta represiva a la criminalidad (...) este proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el modelo inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio. Es en esta perspectiva que este proyecto debe ser analizado, comprendido y criticado”*. Las implicancias de este cambio inundan no

---

<sup>63</sup> Cfr. Documento de la Comisión..., cit.

sólo las reglas de procedimiento, sino todo el sistema: sus instituciones, organización, valores y cultura. De allí que, en su momento, todos predicáramos que “...el mayor defecto del sistema penal en Chile es que carece de un genuino juicio contradictorio que satisfaga las exigencias del debido proceso (...) se trata no sólo de un proceso que confiere pocas garantías, sino que, además, se trata de un proceso carente de eficiencia y, lo que es peor, displicente con las víctimas y los usuarios que a él acceden”.<sup>64</sup>

El nuevo sistema “se pone al día” en materia de estándares de debido proceso, tanto desde la perspectiva de la propia Constitución Política, como de las responsabilidades internacionales adquiridas por el país. En el nuevo proceso las actuaciones del procedimiento se realizan a través de audiencias orales, contradictorias y públicas, que deben realizarse ante los jueces, todo ello complementado, además, con un Ministerio Público encargado de ejercer la acción penal y con un sistema profesional de defensa penal pública.

#### A. Eficacia en la persecución del delito

El Ministerio Público es concebido como un órgano que posee la versatilidad y especialización de que carecían los antiguos juzgados penales para responder a la demanda por eficacia, aun en un contexto de mayor respeto de los derechos de las personas. En este sentido, al presentar el nuevo Código, decíamos que “...el actual sistema es ineficiente en la criminalidad común e inexistente con respecto a la criminalidad socialmente menos vulnerable y de más alta lesividad. Es, pues, necesario instituir un órgano —el Ministerio Público— que en base a criterios político-criminales explícitos y sometido a estrictos controles de responsabilidad, conduzca la selectividad del sistema penal hacia la criminalidad más lesiva. La reforma procesal penal supondrá, así, una persecución más eficiente y una selectividad en base a criterios político-criminales explícitos. En Chile (...) existe (...) un fuerte temor a la criminalidad. Una de las fuentes de ese temor es la indefensión que produce el deficiente diseño del proceso penal. En los he-

---

<sup>64</sup> Mensaje, cit.

*chos, el proceso penal pone de cargo de las víctimas la iniciativa de la persecución penal, puesto que la actividad de los organismos de persecución pública es ineficiente y, según ya se vio, no logra focalizarse en la criminalidad más grave (...) La extrema dilación y la estructura de los procedimientos, por otra parte, distancian la infracción del castigo, privando a este último de sus funciones simbólicas y protectoras. La reforma procesal penal, en la medida que instituye un órgano específico encargado de la persecución penal pública sometido a la conformidad de la víctima y, al mismo tiempo, en la medida en que abrevia la distancia temporal entre la infracción y el castigo, contribuye a disminuir los factores que acentúan la inseguridad subjetiva en Chile. El Ministerio Público será un órgano estatal especializado en la persecución penal, en la protección de la víctima y en una represión imparcial y rápida de la delincuencia (...) Al emprender este proyecto de reforma invertiremos en legitimidad, en derechos humanos y en seguridad”.*

#### B. Eficiencia en la utilización de los recursos

En un contexto de ineludible escasez de recursos para la persecución penal, el nuevo sistema fue concebido para maximizar la eficiencia en la utilización de dichos recursos. El logro de este objetivo se ve reflejado en el nuevo sistema, en las formas que siguen:

a) En el mismo diseño del proceso, en el que se incluyen flexibilidades y herramientas procesales idóneas para la consecución de esta meta (por ejemplo, a través de desformalización de las actuaciones o formas de juzgamiento más expeditas);

b) En el diseño organizacional de las instituciones (por ejemplo, la profesionalización de la administración de los tribunales y la reorganización de éstos de manera que agrupen jueces en tribunales de administración común);

c) En la creación de un Ministerio Público que, por una parte, pueda organizar la persecución de manera versátil y eficaz para responder a las cambiantes necesidades de la persecución penal y, por la otra, que racionalice el gasto en dicha persecución priorizando su utilización entre los diversos casos y delitos. Respecto de esto último, el Mensaje expone que “Este organismo

*debe, además de cumplir su rol específico como órgano acusador del procedimiento penal, asumir la función de ordenar la utilización de los recursos represivos del sistema conforme a criterios generales, conocidos y legitimados por medio de la discusión pública y frente a órganos representativos de la comunidad”.*

### C. Evaluación general

Considerados estos objetivos, se ha podido concluir recientemente, por la Comisión de Expertos a que he aludido precedentemente y que designaran, de común acuerdo, el Gobierno y el principal partido de la Oposición, que la fase de instalación y puesta en marcha de la reforma ha sido un proceso muy exitoso, en función de los siguientes aspectos:

a) *Calendario de implementación.* El calendario de implementación gradual se ha ido cumpliendo rigurosamente en las fechas previstas, salvo en la Región Metropolitana.

b) *Instalación de las instituciones.* El Ministerio Público, los Tribunales y la Defensoría Penal Pública se han instalado oportunamente, reclutando y capacitando a cientos de personas. Cada una de estas instituciones se encuentra hoy funcionando de manera organizada.

c) *Instalación de la oralidad.* La antigua cultura inquisitiva —especialmente la lógica de trabajo del expediente escrito— ha sido genuinamente substituida por un proceso a través de audiencias orales, públicas y contradictorias. Al 31 de agosto de 2003 aproximadamente unas 90.000 causas generaron una o varias audiencias.<sup>65</sup> En el funcionamiento práctico del nuevo sistema no hay actualmente ninguna decisión relevante que no sea alcanzada a través de audiencias con estas características, lo cual constituye una verdadera revolución en la cultura judicial chilena.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> Además de otras aproximadamente 326.000, que, si bien no generaron audiencias por haber sido desestimadas por el Ministerio Público, generaron sin embargo control judicial por escrito.

<sup>66</sup> En otras reformas latinoamericanas, simplemente, no se ha logrado vencer la fuerza de la cultura inquisitiva, lo que ha llevado a que todas las nuevas

d) *Debido proceso y derechos de las personas.* Los derechos de los imputados se han incrementado substancialmente, no sólo en la ley, sino en las prácticas del sistema:

- el juicio oral, público y contradictorio se ha instalado al centro de la estructura del proceso penal;
- los juicios se celebran ante jueces imparciales que, en los hechos, no han tenido contacto con el caso anteriormente ni han tomado decisiones en él;
- **el tribunal forma su convicción, exclusivamente, sobre la base de la prueba producida, en su presencia, durante el juicio oral** (art. 340 inc. 2º Código Procesal Penal);
- el 100% de los imputados en el nuevo proceso han contado con un abogado profesional desde la primera actuación;
- el imputado y su defensor tienen acceso a la información de cargo desde el primer momento;
- los jueces de garantía controlan en audiencia la legalidad de la detención dentro de las 24 horas;
- los apremios ilegítimos por parte de la policía han disminuido ostensiblemente;
- la policía no tiene atribuciones para investigar por iniciativa propia y requiere, salvo para actuaciones específicamente detalladas, siempre de orden previa del fiscal;
- existe una importante racionalización del uso de la prisión preventiva a los casos más graves, en los que hay genuinamente una necesidad cautelar, siendo los imputados, en los demás casos, sancionados al momento de la condena, y
- los plazos de juzgamiento se han acortado ostensiblemente.

---

instituciones se tergiversen y terminen reproduciendo el sistema antiguo, por ejemplo volviendo a reducir la investigación a un expediente o haciendo de las audiencias orales una simple lectura en voz alta y colectiva del mismo. “En los países que tienen un juicio oral no muy firme, explica Binder, ocurre que la fuerza del sumario es tan grande que en el juicio oral, lejos de producir prueba, se convierte en un alegato sobre la prueba del sumario... e incluso en países tales como Brasil o Costa Rica o en algunas provincias de Argentina, donde el juicio oral está un poco más desarrollado, la influencia del sumario sigue siendo decisiva. O sea, cabe afirmar que no hay juicio previo en América Latina...”. *Cfr.* Alberto Binder, *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*, Ad Hoc, Bs. Aires, 2000, p. 87.

e) *Situación de la víctima.* Se ha producido una mejoría substancial en la protección de la víctima en el nuevo proceso: múltiples soluciones consideran el interés concreto de ésta y su reparación (vgr. acuerdos reparatorios, indemnización como condición de suspensión); la víctima por primera vez tiene una voz relevante en el destino del proceso y en el control de la persecución penal, en algunos casos determinante y aun sin haberse querellado (vgr. puede oponerse a la desestimación del caso, a la aplicación de una pena menor por vía del procedimiento abreviado en ciertas hipótesis o asumir el caso en lugar del fiscal si éste decide no perseverar); asimismo, se otorga a la víctima un acceso a la información del proceso como nunca en la historia nacional y se le reconoce contacto personal con el fiscal; el Ministerio Público tiene, en cada región del país, una Unidad de Víctimas y Testigos, que las asiste en su tránsito por el proceso penal, las atiende, las deriva a la red social, y que comienza a mostrar una creciente sofisticación en el servicio y protección que les brinda.<sup>67</sup>

f) *Eficiencia y eficacia del sistema.* Al 31 de agosto de 2003 el sistema había conocido, aproximadamente, de 416.000 procesos por delitos en las 8 regiones en funcionamiento, habiéndose prácticamente cumplido la tasa anual de términos estimada por los trabajos preparatorios, a saber, un 89%. Por su parte, los tiempos de tramitación de las causas han disminuido ostensiblemente. A modo ilustrativo, los cálculos más conservadores dan cuenta de que el promedio de tramitación de los procesos por robo es de aproximadamente 4,6 meses; por hurto de 3,5; por violación, 10,8. En promedio, el nuevo sistema ha reducido el tiempo de tramitación en tasas que oscilan entre el 40% y el 60%, dependiendo de la región. A esto deben agregarse las causas que se desestiman, cuestión que ocurre en un lapso de semanas, con la consecuente ganancia en liberación de recursos para la persecución de los delitos investigables y la disminución de gasto de tiempo y molestias para las víctimas. No sólo estos resultados dan cuenta de la eficiencia del sistema, sino

---

<sup>67</sup> Así, por ejemplo, hoy en día les pone a su disposición un teléfono celular con el número directo del fiscal a cargo del caso y de las policías, los asiste en el cambio de domicilio o en la tramitación de nuevas líneas telefónicas, los acompaña a hacerse los peritajes necesarios para el proceso, etc.

también los procesos de trabajo y los modelos organizacionales a través de los cuales ellos se están generando: en efecto, se observa en todas las instituciones, en diversos grados, una permanente revisión y una creciente sofisticación de la organización del trabajo. Muchas fiscalías locales están exhibiendo grados importantes de atención y creatividad en estos aspectos, lo mismo que muchos tribunales de la reforma. No obstante, se trata todavía de esfuerzos que dependen fuertemente de la iniciativa personal de fiscales y jueces determinados, sin que haya políticas institucionales fuertes para detectar y transmitir las mejores prácticas.

A su turno, aproximadamente uno de cada tres de estos términos (26,6%) representan soluciones, esto es, respuestas formales del sistema al caso de fondo.<sup>68</sup> Como parte de estas soluciones el sistema produjo en los primeros dos años de la reforma, 22.500 sentencias, de las cuales el 98,8% fueron condenatorias.

g) *Transparencia y corrupción.* Las encuestas de percepción de los usuarios del sistema destacan, como una de las principales virtudes, la transparencia del sistema. Ésta se expresa principalmente en la publicidad de los procesos a través de las audiencias y, según la información disponible, en la virtual desaparición de corrupción al interior de los tribunales.

h) *Atención al público.* Las primeras encuestas de percepción son igualmente uniformes en calificar positivamente la atención del sistema al público y su calidad en tanto servicio, destacando a este respecto las características de cortesía, puntualidad, transparencia y eficacia. No obstante, si bien la calificación de estos aspectos siguió siendo positiva el segundo año de implementación, fue menor que en la primera medición, lo que exige de las instituciones perseverar en la calidad del servicio.

---

<sup>68</sup> Por “soluciones” entendemos sentencias definitivas, acuerdos reparatorios, suspensiones condicionales del procedimiento, facultad de no iniciar investigación y sobreseimientos definitivos. Se trata de un concepto que se opone al de una mera “desestimación”, en donde más bien el sistema fracasa o renuncia a su intento por solucionar el caso (principio de oportunidad, archivo provisional y sobreseimiento temporal).



#### D. *Una evaluación exigente*

Los elementos positivos descritos no obstan a la impresión de muchos en el sentido que, a estas alturas, es posible identificar un conjunto de problemas graves que deben ser atendidos con prontitud. La evaluación positiva precedente se refiere a la fase de instalación y puesta en marcha, y parte del razonable optimismo que reflejan las líneas anteriores dice relación con reconocer que enormes dificultades han sido sorteadas incluso de mejor manera de lo que era esperable. Sin embargo, de un sistema de justicia criminal instalado y funcionando, en el que se han invertido los cuantiosos recursos públicos comprometidos en nuestra reforma procesal penal, cabe aguardar resultados mayores.

Es necesario recordar que la reforma no sólo implica un cambio jurídico –la forma como el sistema conoce y resuelve los casos–, sino también un crecimiento importante del aparato de justicia criminal en el país –aumento de cobertura, infraestructura, tecnología y condiciones generales de funcionamiento–. Ambos elementos, el cambio jurídico y el crecimiento del sistema, demandan importantes inversiones públicas. Los gastos de operación del sistema de justicia criminal en el país aumentaron del equivalente aproximadamente a US\$ 50 millones anuales que se gastaban previamente a la reforma, a más de US\$ 200 millones. Los gastos de inversión superan los US\$ 300 millones. Estas inversiones fueron justificadas a partir de metas explícitas de productividad para el nuevo sistema –contenidas en un previo modelo de simulación– y de un mayor beneficio social que esta inversión generaría, en comparación a la aplicación de los mismos recursos al antiguo sistema –estudio de costo-beneficio de la reforma–. Esta es otra dimensión que también debe ser considerada a la hora de evaluar los cambios.

La evaluación del nuevo sistema de justicia penal debe hacerse por referencia a sí mismo, de acuerdo con los objetivos para los que fue concebido y con la más alta exigencia respecto de ellos. Adicionalmente, se opina por los especialistas que al nuevo sistema le es exigible mucho más de lo que se encuentra actualmente rindiendo, en todas las áreas.

## 2.3. PERSECUCIÓN PENAL

### A) *Delincuencia y temor*

La implementación de la reforma procesal penal ha coincidido con un período en que el tema de la delincuencia ha cobrado especial relevancia para la opinión pública mundial y nacional. En este escenario, se han generado algunas opiniones que vinculan esta reforma con aumentos objetivos y subjetivos de la inseguridad ciudadana, olvidando que se trata de un fenómeno mundial que ha llevado a las modernas concepciones sociológicas a afirmar que la denominación que mejor se corresponde con las características de la sociedad contemporánea, es, simplemente, la de “sociedad del riesgo”.

La reforma procesal puede tener un efecto sobre los niveles de delincuencia y percepción del delito a través de un mayor porcentaje de soluciones efectivas de los delitos denunciados, de la calidad de dichas soluciones, de la adecuación de las medidas cautelares, y de la atención y protección de víctimas y testigos, entre otros. Ello puede contribuir tanto al control de los delitos como a la sensación de inseguridad de la población. Cosa distinta es la sensación de impunidad, la cual puede variar por diversos motivos, sin que necesariamente esté relacionada a la sensación de inseguridad ni a los niveles reales de delincuencia.

No obstante lo anterior, se debe reconocer que la instalación del nuevo sistema, en cuanto a proceso de enjuiciamiento, por sí misma tendrá efectos muy limitados o nulos, a menos que vaya acompañada de un trabajo distinto por parte del Ministerio Público y las policías. En este sentido, la reforma procesal puede ser considerada condición necesaria, pero no suficiente para mejorar el control de la delincuencia. Es la creación de una institución especializada en la persecución penal la que en teoría debiera tener un mayor impacto en la delincuencia.

Por otra parte, existen varios elementos para analizar el efecto que la reforma ha tenido sobre la delincuencia: la evolución de las denuncias de delitos de mayor connotación social, la evolución de la victimización, la opinión pública acerca del funcionamiento de los tribunales y de la reforma, y el temor a la delincuencia.

Numerosas voces se elevan, en ocasiones, plenas de sincera inquietud, en otras, disimulando manifiestos afanes políticos que abogan por el retorno a los viejos esquemas autoritarios, aspirando restablecer prácticas, normas e instituciones que nos dejen sumidos en una mera ilusión acusatoria, como tan elocuentemente nos ha advertido, aquí en Italia, el prestigioso profesor Gustavo Pansini,<sup>69</sup> y que en el fondo añoran una contrarreforma<sup>70</sup> privilegiando la prisión preventiva y buscando siempre otorgar valor probatorio a los documentos policiales, para eximir a los autores de comparecer al juicio oral.

No puede sorprender que esas mismas voces se alcen airadas reclamando porque personas imputadas de delitos permanezcan en libertad mientras se sustancia el proceso respectivo: que pidan conferir, a las policías, facultades para detener sin autorización judicial a quienes estimen sospechosos y que, a la postre, concluyan sosteniendo que advierten un incremento de los índices delictuales, producto, en su concepto, de la falta de rigor procesal del nuevo sistema.

---

<sup>69</sup> Ma quel che ha determinato i più gravi scossoni nell'ambito del codice —escribe el profesor Pansini— sono stati alcuni interventi alla Corte costituzionale. Soprattutto due pronunzie delle Corte hanno operato una inversione di rotta nelle scelte del codice, che hanno fatto dire a qualcuno che si era passati da un processo inquisitorio garantito ad un processo di tipo accusatorio e che da questo si è poi tornati ad un processo inquisitorio, nemmeno garantito. *Cfr.* Gustavo Pansini *L'illusione accusatoria*, Edizione Scientifiche Italiane, 1998, p. 115.

<sup>70</sup> El tema es ciertamente complejo: la chilena es, a la postre, una sociedad extremadamente conservadora en valores y hábitos; no otorga ni a la democracia ni a los derechos individuales gran consideración; carece de verdadera cultura de debate público y ofrece una enorme concentración en la propiedad de los medios que exhiben, en general, una misma postura ideológica. El tema de la seguridad ciudadana o de la seguridad pública es puesto con gran profusión en las primeras planas de la actualidad y lleva a que los parlamentarios, siempre ávidos del reconocimiento electoral, compitan por transformarse en campeones de la materia, disputándose, entre sí, quién propone soluciones más restrictivas. Si a lo anterior se agrega que en el actual Senado cuatro de sus miembros son ex Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas y de la policía militarizada, designados, conforme al texto constitucional vigente, esto, es sin respaldo democrático alguno, y otros dos, provenientes de igual origen, postulados y elegidos por la extrema derecha política, lo que representa el 15% del total, se podrá comprender que las iniciativas encaminadas a restringir las libertades públicas tienen siempre grandes posibilidades de éxito.

Sobre este tema, y analizadas las cifras disponibles, no es posible afirmar que el nuevo sistema aumente la delincuencia o el temor. En efecto, tanto la tasa de denuncias como las cifras de victimización oscilan de manera heterogénea en cada región, entre el período previo y posterior a la entrada en vigencia de la reforma, en algunas aumentando, en otras manteniéndose, en otras incluso disminuyendo. Lo mismo ocurre cuando se comparan regiones con y sin reforma: en ciertas regiones con reforma, algunos de estos indicadores efectivamente suben, aunque en el mismo período ellos suben también en regiones sin reforma; en el caso de otras regiones, se mantienen o bajan, con igual independencia de que tengan reforma o no; en las regiones en que aumenta alguno de estos indicadores, en ocasiones lo hace por sobre el aumento promedio nacional; en otros casos no. Del análisis estrictamente estadístico, concluyó la Comisión de Expertos chilena en su evaluación, no es posible sostener que exista una correlación entre el aumento real de la delincuencia o el aumento del temor y la aplicación de la reforma. Por último –también relevante– debe mencionarse que las cifras muestran que la opinión del público relativa a la reforma obedece al mayor o menor conocimiento que éste tiene del nuevo sistema, siendo más favorable la del público que declara conocerla, y muy favorable la de las personas que han tenido contacto directo con el sistema.<sup>71</sup>

No obstante lo anterior, uno de los problemas más relevantes que hemos podido advertir consiste en que, como producto de ciertos defectos del nuevo sistema –sea de diseño legal, sea de capacitación o sea del modo como los operadores responden y emplean las instituciones– efectivamente se generan situaciones de impunidad en el ámbito de los delitos menos graves (hurtos de menor entidad; lesiones leves; hurtos en supermercados, etc.).

La situación es explicable si se recuerda que parte importante de la filosofía del nuevo régimen radica en la mejor y más efectiva aplicación de los recursos de la persecución penal pública, lo que importa exigir del Ministerio Público priorizaciones y exclusiones, a fin de concentrar los mejores recursos en la perse-

---

<sup>71</sup> Las cifras se acompañan en el anexo de este documento.

cución de la delincuencia de mayor daño social, aplicando a la llamada delincuencia de bagatela los diversos mecanismos de terminación temprana, como principio de oportunidad, suspensión condicional o, incluso, acuerdos reparatorios.

Como, además, es preciso tener en cuenta que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, en contraste con el antiguo, está sujeto a un alto nivel de escrutinio público que se traduce en que las actuaciones de fiscales y jueces son objeto de publicaciones y discusiones en forma inmediata, lo que, si bien es muy positivo, provoca como conclusión el que los errores y limitaciones, presentes en todo sistema de justicia penal, se amplifiquen en la percepción pública.

Un diagnóstico como el precedente impone revisar con criterios exigentes el modo como los operadores desarrollan sus funciones: es preciso, además, mirar con ojo crítico las soluciones legales adoptadas, de cara a mejorar la actuación de los primeros y a corregir las deficiencias de estas últimas. Este papel contralor me parece indispensable.

Junto a él, empero, creo ineludible para los juristas asumir un liderazgo en la difusión ciudadana de una noción evidente: el delito constituye una realidad social, con la cual los conglomerados debemos acostumbrarnos a convivir, lo que no significa que hayamos de asumir una actitud de resignación.

Es imperiosa la necesidad de construir, desde el mundo del derecho, respuestas imaginativas, nuevas y que constituyan efectivas soluciones al temor ciudadano y que reemplacen fórmulas primitivas y poco jurídicas, como la desdichada tolerancia cero y otras que aspiran a sucederla.

– *¿Control del delito?*

La asignación de responsabilidades en el sistema de justicia penal, respecto del control de la delincuencia, constituye una cuestión compleja, que requiere distinguir roles. Por una parte se encuentra el aparato de persecución penal –Ministerio Público y policía, principalmente–, sobre el que recae una clara responsabilidad de contribuir a la seguridad pública por medio de una eficaz y oportuna investigación de los delitos y el ejercicio de la acción penal. Jueces y defensores cumplen, en cambio, funciones vinculadas a la legitimidad del juzgamiento y a la correcta

aplicación de la ley penal y, en tal sentido, no tienen como tarea contribuir al control del crimen.

### B. *Consideraciones sobre el Ministerio Público*<sup>72</sup>

Uno de los principales objetivos que justifican la reforma procesal penal chilena ha girado en torno a la construcción de un aparato capaz de organizar nacional y regionalmente la persecución penal de manera eficiente, profesional y versátil para responder a las necesidades que impone la mayor complejidad del escenario delictivo. Frente al mismo, es necesario levantar un claro liderazgo de un Ministerio Público dispuesto a tener rol protagónico en las siguientes facetas:

#### a) *Responsabilidad en el control del delito y satisfacción de las víctimas*

En el combate a la delincuencia, que debe involucrar políticas públicas múltiples y complejas –muchas de las cuales exceden por cierto al sistema judicial–, compete al Ministerio Público un rol clave, tanto por razones propias de la persecución como por el servicio que ésta puede prestar a las demás políticas públicas orientadas al control de la delincuencia, incluidas las políticas preventivas.

En cuanto a la lógica interna de la persecución, la experiencia comparada indica que una bien orientada asociación Ministerio Público-policía es el factor de mayor peso específico en la disuasión del delito, en la medida en que el aparato de persecución marca una fuerte presencia en la comunidad local y logra intervenir los problemas delictuales concretos del barrio de manera rápida y efectiva. En la parte en que la persecución penal tiene un rol en las estrategias antidelictuales, es completamente exigible al Ministerio Público que ofrezca una persecución eficaz, en la que el control de la delincuencia y la disminución del temor representen criterios de actuación relevantes. Esto es cierto tanto a nivel real –persecución efectiva de los culpables– como

---

<sup>72</sup> Cfr. Documento..., cit.

en el nivel simbólico –desarrollo de un discurso público que transmita seguridad a la ciudadanía.

La prevención del delito para ser efectiva exige en muchas ocasiones de una amenaza verosímil del uso de la persecución penal y, por lo tanto, requiere de un estrecho compromiso y coordinación del Ministerio Público con las policías y demás órganos comprometidos con esa prevención.

En una realidad jurídico-práctica tan reciente como la chilena, compete al Ministerio Público una enorme responsabilidad en la formación de criterios de interpretación de la normativa referida a sus propias facultades como a las de la policía, lo que le impone defender, ante los tribunales, las interpretaciones que más favorecen la persecución, para fijar los estándares judicialmente aceptables.

La verdadera exigencia al Ministerio Público hoy en día consiste en que éste sea capaz de utilizar su poder de persecución –y de organizar consecuentemente sus respuestas– para contribuir efectivamente, con estrategias antidelictuales tanto represivas como preventivas, en coordinación con la comunidad y las demás instituciones públicas.

Por otra parte, la dimensión del rol del Ministerio Público como un ente protagónico en la estrategia antidelictual debe imponer a fiscalías locales, regionales y nacional, la obligación de rendición de cuentas conforme a resultados en esta área, lo que no está ocurriendo. Hasta ahora la evaluación ha pasado por otros temas, vinculados a la organización del trabajo o la capacidad de término, temas por cierto muy relevantes para la instalación de la institución; pero el desempeño del Ministerio Público como líder en las estrategias antidelictuales y la calidad de sus términos no ha sido hasta ahora un elemento determinante de evaluación.

Dos factores destacan en las experiencias comparadas exitosas de control del delito, ambas relacionadas con una nueva comprensión del rol del Ministerio Público: de una parte, la separación entre “prevención” y “represión” del delito se ha diluido crecientemente en la medida en que las estrategias antidelictuales exitosas están compuestas, poderosamente, por la integración de una persecución eficaz y estrategias preventivas sólidamente apoyadas por la amenaza de la persecución penal, lideradas y

conducidas por el Ministerio Público; de la otra, este liderazgo del Ministerio Público se ha llevado adelante sobre la base de una muy importante adaptación de su función –y consecuentemente de su organización– a las necesidades de persecución penal de la sociedad.

Este nuevo paradigma en la forma de organizar la persecución penal está compuesto por: 1) preocupación por la reducción del delito; 2) participación en los planes de prevención del delito; 3) aunque la atención a los delitos más graves sigue vigente, el interés por algunos delitos menores, especialmente aquellos que generan sensación de inseguridad, emerge como una muy importante preocupación del aparato de persecución; 4) vinculación con la comunidad, tanto para fijar las prioridades de la persecución como para obtener la colaboración de esta en la identificación, prevención y persecución del delito; 5) una aproximación, tanto a las estrategias de prevención como de persecución orientada a la resolución de los problemas concretos y locales; y 6) alguna forma de rendición de cuentas de la fiscalía a la comunidad local.

Nada de lo anterior excusa el que el Ministerio Público deba procurar siempre la atención y satisfacción de la víctima, entendiendo que esto constituye un valor fundamental del nuevo régimen de enjuiciamiento.

En la presente información, no puede marginarse alguna controversia que se ha suscitado a virtud de la especial forma en que las autoridades del Ministerio Público chileno han entendido debe ser interpretada la autonomía que la Constitución le otorga y que ha llevado a tales autoridades, en ocasiones, a declarar que no están en la necesidad jurídica ni práctica de coordinarse con otras agencias estatales en la represión del delito asimilándose, en alguna medida, al régimen del Poder Judicial.

El grupo de expertos chilenos que elaboró el Informe a que se ha aludido ya tantas veces en este documento, estimó que la autonomía que la Constitución asegura al Ministerio Público debe ser entendida de una manera muy diversa de aquella que gozan los tribunales de justicia. En efecto, mientras resulta imperioso que el sistema institucional garantice a éstos el máximo grado de independencia en la resolución de los conflictos sometidos a su decisión, para que procedan con la más absoluta



imparcialidad y libertad de juicio, el Ministerio Público, en cambio, no es neutral ante los conflictos que envuelven infracción a la ley criminal, sino que su cometido es la persecución de los potenciales responsables, lo que exige que inste en estrados por su castigo.

La autonomía del Ministerio Público existe para garantizar el cumplimiento de su función sin interferencias en dos aspectos: que los restantes órganos o poderes del Estado no le impidan ejercer su cometido respecto de determinadas personas o casos; o bien, que los mismos dispongan del poder persecutorio criminal con fines desviados o abusivos. Por consiguiente, su autonomía no autoriza al Ministerio Público a restarse de las políticas gubernamentales de combate y prevención de la delincuencia. Éstas y las aspiraciones de la ciudadanía, que en estos temas se expresan, especialmente a través de los gobiernos locales.

b) *Utilización de los instrumentos procesales y calidad de las decisiones*

Uno de los logros del nuevo sistema es haber alcanzado la tasa de términos proyectada en los trabajos preparatorios. Se trata de un logro muy importante, dado que la presión y control del flujo de casos es tal vez el mayor problema de gestión que los Ministerios Públicos enfrentan en un sistema acusatorio. En este logro además debe destacarse tanto la innovación en la organización del trabajo exhibida a nivel de algunas fiscalías locales, como un claro requerimiento de metas proveniente desde la Fiscalía Nacional.

Lo que viene, empero, es la preocupación por la calidad de dichos términos. No todas las salidas procesales del nuevo sistema ofrecen la misma calidad desde el punto de vista de la resolución del caso o la satisfacción de los intereses de sus intervinientes. Así, si bien la posibilidad de desestimar casos no sólo está contemplada en el nuevo sistema, sino que éste fue diseñado previendo una alta tasa, ello constituye una mala decisión si, en el caso concreto, es posible obtener una salida de mejor calidad, como un acuerdo reparatorio o una suspensión condicional del procedimiento.

Los instrumentos procesales de que dispone el Ministerio Público para terminar los casos persiguen objetivos diversos, y deben ser utilizados para la satisfacción de dichos objetivos. Así, por ejemplo, la suspensión condicional del procedimiento fue diseñada para aquellos casos en que se evalúa que las condiciones impuestas ofrecen una mejor respuesta estatal, habida cuenta de las posibilidades de reinserción social en el caso concreto, de tal modo que, cuando se le utiliza como una mera herramienta de descongestión del sistema, se desvirtúa el propósito de la institución.

### *c) Gestión y procesos de trabajo*

Hasta el momento, el Ministerio Público ha mostrado experiencias de mucha innovación en la organización del trabajo y en la gestión del flujo de casos generando mayor eficiencia en el aprovechamiento de los recursos y, por lo tanto, una capacidad de persecución superior.

Sin embargo, esta experiencia de innovación –que es múltiple y se radica de manera dispersa por los diversos procesos de trabajo– está todavía limitada a algunas fiscalías locales o regionales y depende fuertemente del liderazgo personal de fiscales determinados. Muchas otras fiscalías, en cambio, muestran áreas importantes de inercia, conforme a lo cual los procesos de trabajo resultan menos eficientes. Ha faltado en este sentido una política más deliberada y proactiva por parte del Ministerio Público para traspasar las mejores experiencias y estandarizarlas, a la vez que hacerlo protegiendo los procesos de creatividad e innovación local. Son áreas particularmente sensibles, en este sentido, los sistemas de turno, la organización de las primeras diligencias policiales y la recepción de denuncias-parte policial, la terminación temprana de las causas y la concurrencia a las audiencias.

### *C. Consideraciones sobre la Policía*

El nuevo sistema procesal nacional y, en especial, las audiencias judiciales iniciales que él contempla, generan un marco de control mucho más intenso respecto de la actuación policial que el anterior. En este nuevo marco los requerimientos de formación, incentivos, proactividad y creatividad de los policías aumentan

sustancialmente, pero, curiosamente, se ha producido un efecto singular: la experiencia demuestra que, en ocasiones, los agentes policiales tienden a inhibirse de actuar, a pesar de contar con facultades para hacerlo.

El liderazgo que el acápite anterior describe para el Ministerio Público en materia de control del delito y la demanda por interacción con el resto de la comunidad en las estrategias de persecución del delito no encuentra correlato más íntimo que con la necesidad de contar con una policía moderna y eficiente.

En este sentido, y desde el punto de vista de la expectativa pública, el Ministerio Público y la policía conforman una sociedad natural en el aparato de persecución. Las cuentas que se le deben pedir a éste involucran, para efectos públicos, a ambas instituciones.

Las experiencias comparadas confieren a la policía misiones consistentes con lo expuesto para el Ministerio Público: la necesidad de generar una fuerte alianza estratégica con la comunidad local para la denuncia y prueba de los delitos, en la identificación de prioridades, y en el diseño y ejecución de estrategias de prevención poderosamente apoyadas, cuando es el caso, por el poder penal y policial; la necesidad de focalizar las estrategias localmente y de generar rendición de cuentas por resultados mensurables ante la comunidad; la necesidad de coordinar dichas estrategias con el Ministerio Público y poner la gestión policial al servicio de las necesidades de la persecución. Como ya se expuso, el propio sistema acusatorio impone nuevas exigencias en términos de estándares de calidad del trabajo profesional y preparación de la policía, de múltiples maneras.

El nuevo sistema penal coincide con un proceso de cambio en las policías chilenas. Se hace necesario que esas modernizaciones internas sean funcionales a las exigencias de la reforma en áreas especialmente sensibles para su éxito, como la que representa la necesidad de una vinculación más estrecha con los requerimientos locales, lo que requiere grados mayores de descentralización y control ciudadano y creciente profesionalización.

Asimismo —y atendido que toda la experiencia, tanto nacional como comparada, muestra que pocos factores tienen tanto peso específico en el éxito del sistema de justicia penal, como

el trabajo de la policía– se estima que las nuevas demandas al trabajo policial, ya enunciadas, imponen desafíos de enorme envergadura a estas instituciones, cuya atención pronta y profunda no puede ser demorada.

a) *Dinamismo e iniciativa*

Es conocida la existencia de una gran variedad de métodos de trabajo policial, estrategias de intervención del delito, formas de obtener prueba para el proceso, técnicas de interrogatorio a las personas, y demás aspectos del trabajo policial, que amplían masivamente la eficacia policial y cuyo desarrollo reposa poderosamente en la innovación, el ingenio y la creatividad de los policías; no en la ley ni en las instrucciones generales de los mandos centrales, sino en la capacidad de los policías operativos para desarrollar métodos de trabajo adecuados para los casos concretos que conocen. Perfeccionar dichos métodos, sofisticarlos, dinamizarlos, adaptarlos, compartirlos y hacerlos evolucionar en el tiempo es una exigencia ineludible.

La viabilidad jurídica de llevar adelante los desarrollos policiales en la persecución penal es una cuestión bastante dinámica, que en la mayoría de los casos depende –y el sistema así lo desea– de la argumentación jurídica en torno al caso concreto en los tribunales; se trata exactamente del tema ya planteado a propósito del Ministerio Público: mientras en un extremo hay cosas claramente permitidas a la policía y en el otro hay cosas que la policía claramente no puede hacer, en el medio hay una enorme zona gris cuyo alcance específico sólo puede fijarse a través de la defensa argumentativa del caso concreto.

Esta no es una carencia legal, sino un efecto inevitable de todo sistema jurídico que deseando ponderar el interés por los derechos de las personas y el interés por la eficacia en la persecución, exige el aporte creativo del operador para construir los estándares generales que reclama la solución del caso concreto.

Un sistema de persecución eficaz requiere policías en la calle que puedan generar, imaginativamente, mejores estrategias de operación en todos los niveles; que puedan evaluar la situación concreta e ingeniar modos que satisfagan las exigencias legales o constitucionales.

Lo que se observa en las policías chilenas, en cambio, es que por una serie de razones que cada institución debería revisar internamente –tradiciones instaladas, burocratización, sistemas disciplinarios y jerárquicos demasiado rígidos– la formación del policía común tiende a la generación de funcionarios con poca creatividad, que se inhiben injustificadamente ante la duda. Esta actitud se observa en muchos ejemplos concretos, algunos recogidos en las primeras evaluaciones de la reforma realizadas y que, con motivo de la última, a la que se ha hecho reiterada mención, se ha tenido especialmente en vista. Así, en el nuevo sistema se han encontrado, muchas veces, policías paralizados o inhibidos y procedimientos policiales frustrados, en casos en los que, en la lógica del propio Código nuevo, los policías estarían claramente facultados, o bien habría amplia base para defender la intervención policial, o bien sería fácil concebir métodos alternativos que sí cumplirían con las exigencias y valores del nuevo sistema.

La ineficacia que genera la falta de adecuada intervención policial produce problemas de legitimidad del sistema en su conjunto ante la opinión pública, tanto cuando los policías dejan, indebidamente, de responder a la demanda de las víctimas, como cuando –como se ha visto en innumerables ocasiones– les explican su inactividad atribuyéndola a supuestas limitaciones impuestas por el nuevo sistema.

#### b) *Capacitación*

El escenario recién descrito impone fuertes necesidades de capacitación a los diversos estamentos policiales. Se trata de un punto respecto del cual ambas policías han mostrado clara conciencia en los últimos años, y en los que han realizado esfuerzos importantes.

Sin embargo, la Comisión de expertos que realizó la evaluación advirtió que, en ocasiones, las policías tienden a creer que la mayor profesionalización que impone el nuevo proceso sólo tiene que ver con mejorar las técnicas de investigación, o bien con conocer las normas legales.

En cuanto a la investigación, ésta es sólo una de las destrezas policiales y, aunque desde luego hay que preocuparse por ella, no parece que hoy constituya el problema más grueso. “El

inconveniente más urgente en la actualidad se identifica con lo que se describía en el punto anterior, con la necesidad de capacitar policías seguros de sus facultades en la calle y creativos en la respuesta policial concreta. Esta seguridad y creatividad deben lograrse a través de la aplicación dinámica e innovadora de las normas para la maximización de sus facultades, sumado al respaldo institucional de que, no mediando mala fe o grave negligencia, los costos de aprendizaje no van a ser penalizados. La capacitación debe transmitir a los policías un perfil de rol activo, hacerlos comprender el sistema y sus facultades actuales y potenciales, y, en definitiva, convertirlos en operadores efectivos de procedimientos que respondan a las necesidades reales”.

### *c) Coordinación e integración institucional*

Existe la necesidad de generar instancias de coordinación formales con otros organismos involucrados en el sistema de justicia criminal, especial y principalmente con el Ministerio Público. Lo anterior, de manera de alinear los esfuerzos realizados, evitar la duplicidad de trabajo, todo con el objeto de obtener procesos más eficaces y eficientes.

La relación de policías y fiscales debe ser institucional y no puede estar basada en términos puramente personales. La institucionalización de esta relación debe delimitar un marco de responsabilidades específicas a cada uno de estos órganos. En este sentido, la Comisión conoció de experiencias de coordinaciones muy valiosas en las regiones en que la reforma está en marcha. Así, por ejemplo, varias fiscalías han acordado con la policía un parte policial que recoge las necesidades de información de los fiscales, y que por lo tanto es asumido por éstos como la denuncia misma, sin reingresar la información o, eventualmente, sin volver a citar a la víctima. Este tipo de coordinaciones debe ser extendido cuanto sea posible.

### *D. Consideraciones sobre los jueces*

La reforma procesal penal chilena implicó sumar, en un solo proceso de cambio, dos líneas de transformación igualmente radicales e importantes que, en la experiencia de otros países de la

región, no han operado coordinadamente. Nos referimos, por una parte, a la reforma propiamente jurídica, que cambió el sistema inquisitivo por uno acusatorio –lo que significó, entre otros cambios, relevar a los jueces de las labores de investigación penal– y, por la otra, a la reforma a la gestión de las instituciones del sistema, que en los tribunales se tradujo, paradigmáticamente, en la creación de juzgados pluripersonales y en la profesionalización de su administración.

En cuanto a la reforma procesal propiamente tal, cabe decir que, en general, los jueces se han constituido en actores que han asimilado con mucha rapidez el nuevo sistema. Llevan a efecto las audiencias orales con creciente eficacia y en ellas ejercen las funciones de control y decisión de manera consistente con los principios del debido proceso y con los objetivos de transparencia que la reforma pretendió introducir. Para alcanzar estos logros ha sido fundamental la capacitación desarrollada por la Academia Judicial, así como también la actitud comprometida y flexible de la mayoría de los jueces.

En todo caso, los logros alcanzados no parecen estar plenamente consolidados y así como hay avances importantes, también se experimentan retrocesos que generan preocupación. Una cierta tendencia hacia el formalismo vuelve a tener manifestaciones contrarias al espíritu de la reforma. Hay variados ejemplos de ello, como la exigencia a los fiscales para que estructuren sus carpetas de forma similar a un antiguo expediente judicial; o interpretaciones desafortunadas en el juicio oral, que sólo le permiten al imputado declarar al inicio de la audiencia; o la errada idea de que los policías y peritos que comparecen al juicio deben permanecer a disposición del tribunal durante todo el juicio, aun después de haber prestado su declaración, lo que les impide el cumplimiento de sus funciones profesionales e importa un grave dispendio de recursos. Se trata, en general, de exigencias que rigidizan las reglas del proceso y los métodos de trabajo, demandando la realización mecánica de una serie de actos rituales con prescindencia de sus objetivos, con lo que se perjudica el dinamismo del trabajo tanto del tribunal como de las partes y la calidad del debate.

En cuanto a la gestión de los tribunales, si bien hasta el momento no existen situaciones críticas, dado que la reforma sólo

ha estado funcionando en regiones sin una elevada carga de trabajo y aun en éstas todavía no está en pleno funcionamiento, se presentan situaciones que pueden convertirse, en el futuro, en problemas serios para el funcionamiento del nuevo sistema. Las situaciones a que nos referimos provienen, por una parte, de la insuficiente difusión, entre sus actores, del modelo de gestión de la reforma, así como de ciertas deficiencias en su concepción, en la práctica, el nuevo modelo de gestión sólo ha sido aplicado en forma parcial y dispareja.

La aplicación ha sido parcial, porque sus objetivos centrales no han sido logrados. Siendo éstos que las decisiones puramente administrativas en los tribunales fueran tomadas por los profesionales en gestión, contratados especialmente al efecto y siguiendo criterios técnicos, en la realidad muchas de ellas siguen siendo adoptadas por los jueces, a veces sólo oyendo el parecer de los administradores, pero otras veces en contra de su juicio técnico.

El tiempo de los jueces, que constituye el recurso más importante a ser administrado en un tribunal, ha quedado fuera del ámbito de la gestión de los administradores, porque son los mismos jueces los que determinan su propia agenda de trabajo, cuestión que acarrea múltiples ineficiencias y repercute en la celeridad en el tratamiento de los casos.

Ha sido, por otra parte, dispareja, producto que el sistema ha mostrado sólo en determinados lugares una capacidad importante de evolución, aprendiendo de sus errores y desarrollando mejores prácticas para una más adecuada gestión, las que deberían asumirse en forma generalizada, toda vez que su conveniencia exigiría hoy en día su masificación.

Finalmente, otro problema relevante dice relación con las disparidades de carga de trabajo existentes entre los diversos tipos de tribunales, lo que ha llevado a que en algunos de ellos el nivel de esfuerzo deba ser importante, mientras otros asumen un trabajo mínimo.

Por otra parte, si estas reformas cambios han demandado importantes inversiones públicas y un alza en los costos de operación de la justicia criminal, se debe precisamente a los cambios organizativos y de gestión (nueva infraestructura, nuevos cargos profesionales, etc.); es preciso demostrar a la sociedad su rentabilidad.



## 2.4. DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

En torno la Defensoría Penal Pública, no aparecen inconvenientes hoy en el país que pudieran estar constituyendo un obstáculo para el buen funcionamiento de la reforma procesal penal. Sin embargo, es imprescindible atender con prudencia aspectos referidos a la cobertura del servicio de defensa penal pública, la calidad de esa defensa y a las licitaciones para la prestación de servicios privados de defensa judicial.

### a) *Extensión de la cobertura*

La Defensoría Pública ofrece una cobertura generalizada que incluye todo tipo de infracciones penales, aun las de menor relevancia. Dar cumplimiento a esta oferta, a futuro, nos debiera conducir a una demanda inabordable de recursos o a un deterioro de la calidad de los servicios. La mayoría de los países desarrollados concentra la asistencia letrada pagada por el Estado en los delitos de cierta importancia, excluyendo segmentos que, en Chile, constituirían faltas. Esta es la forma adecuada para que los recursos fiscales destinados a estos efectos, que siempre van a ser restringidos, puedan concentrarse en los casos de mayor relevancia, aumentando las posibilidades de tener una defensa de mejor calidad.

### b) *Calidad de la defensa*

La calidad de la defensa de los imputados puede ser mejorada mediante un mayor aporte creativo e innovador que eleve el nivel del debate y las exigencias de la investigación y el enjuiciamiento criminales.

En tal sentido, se considera necesario que la Defensoría promueva efectivamente, cada vez que sea procedente, una defensa activa, fundada en averiguaciones autónomas y en la producción de pruebas alternativas que apunten a desvirtuar por completo la tesis acusadora, o a sostener una diferente, identificada con la demostración de la inocencia del imputado.

### c) *Licitaciones*

El sistema concebido en Chile para otorgar asistencia letrada en los procesos penales es innovador, en términos comparados, y

está en estos momentos en una fase muy preliminar de puesta en marcha en el país. Ello exige una muy especial atención y monitoreo sobre sus resultados, atendiendo lo dificultoso que es controlar la calidad de la prestación de este tipo de servicios. Especialmente, porque a la fecha el proceso de licitaciones muestra algunos aspectos preocupantes.

#### *A. La reforma procesal penal a mitad del camino*

He expuesto una visión optimista de lo que ha representado en Chile la sustitución de un régimen procesal penal inquisitorio, por uno acusatorio: ninguna conclusión precedente carece de sustento real, por lo que las conclusiones se corresponden fielmente con la efectiva vigencia práctica de los nuevos institutos y del modo como los operadores interactúan. Falta, empero, la prueba de fuego: a partir del segundo semestre de 2005, comenzará a regir la reforma en la Región Metropolitana de Santiago, con su abigarrado núcleo poblacional, cobijando las más diversas formas delictuales, como ocurre en todas las grandes concentraciones urbanas del mundo, lo que representa el mayor desafío para la nueva institucionalidad procesal penal. Con el fin de estar cabalmente preparados, ya se han designado los cuatro Fiscales Regionales y se están capacitando funcionarios y revisando estructuras.

Es posible –confío que así no ocurra– que incluso se resuelva postergar la entrada en vigor de este nuevo sistema en Santiago, mas un traspíe semejante no tendrá la fuerza suficiente para restar validez a lo obrado. La nueva organización del enjuiciamiento penal ya es una realidad y no se volverá atrás.

Cada institución interviniente –Policías, Ministerio Público, Defensoría, Tribunales– habrá de seguir ajustando sus propios métodos y procedimientos a las exigencias actuales. Sin dudas debemos mejorar, sacando partido de los errores que hemos cometido, de las omisiones en que hemos caído y de los excesos en los que involuntariamente hemos incurrido.

Estoy seguro de que cada una de ellas, continuarán recorriendo estos caminos comunes, con el entusiasmo y disposición que hasta la fecha han mostrado.

Definitivamente, todos quienes nos comprometimos con el éxito de este proceso reformador experimentamos la satisfacción de haber contribuido a mejorar el respeto por los derechos de las personas en nuestro país y de haber aportado nuestro personal esfuerzo para pergeñar una estructura procesal penal eficiente, moderna y ágil, propia de un Estado democrático de Derecho del siglo que se inicia.

### A N E X O <sup>73</sup>

#### Conocimiento de la Reforma en las regiones donde se aplica

|                                              | <i>Total</i> | <i>Región</i> |            |           |            |           |
|----------------------------------------------|--------------|---------------|------------|-----------|------------|-----------|
|                                              |              | <i>II</i>     | <i>III</i> | <i>IV</i> | <i>VII</i> | <i>IX</i> |
| No ha oído hablar                            | 32,4%        | 39,1          | 32,6       | 28,9      | 34,3       | 28,8      |
| Ha oído hablar y sabe algo                   | 40,0%        | 37,4          | 42,3       | 45,2      | 36,0       | 41,5      |
| Ha oído hablar, pero no sabe en qué consiste | 27,6%        | 23,5          | 25,1       | 25,9      | 29,7       | 29,7      |

Los resultados muestran que un 67,6% de los encuestados ha oído hablar de la reforma, mientras que un 40%, además de oír, sabe algo del nuevo sistema de justicia criminal. De las personas que saben de la reforma, este estudio explora cuál es el grado de acuerdo respecto de ella:

El 73,6% está de acuerdo con la reforma, el 11,4% se encuentra indiferente, mientras que el 8,8% está en desacuerdo. El porcentaje de acuerdo según región se presentan en el siguiente cuadro:

<sup>73</sup> Fuente: Estudio Adimark - Ministerio de Justicia, septiembre de 2002.

Porcentaje de personas que respaldan la reforma en las regiones donde se aplica.<sup>74</sup>

| <i>Región</i>     | <i>% de acuerdo con la reforma</i> |
|-------------------|------------------------------------|
| II Región         | 73,9%                              |
| III Región        | 68,1%                              |
| IV Región         | 70,5%                              |
| VII Región        | 77,6%                              |
| IX Región         | 73,9%                              |
| Promedio Nacional | 72,8%                              |

<sup>74</sup> Ídem nota anterior.

### 3. REFLEXIONES EN TORNO AL FUTURO PROCESAL

La pregunta por el futuro ha acuciado a los hombres desde siempre: es probable que refleje la certeza de la fragilidad humana; el temor ante las fuerzas de la naturaleza, la necesidad de la certeza; preguntarse por el futuro del proceso no es más que una manifestación de esta misma duda que corroe, pero constituye, al propio tiempo, demostración de grados de insatisfacción; de ocultos anhelos de mejoría; finalmente, de esperanzas de superación. Significo, de este modo, que tras la interrogante no reposa la simple curiosidad, sino un conjunto de otros sentimientos, algunos de los cuales, como el temor, la duda, la insatisfacción, no ocupan lugares preeminentes en la escala axiológica, pero que, en la perspectiva de elementos motivadores de la reflexión jurídica, terminan apuntando a temas de consideración e importancia social.

La complejidad de la cuestión propuesta, que es, al mismo tiempo, su riqueza, consiste en que, en procura de respuestas idóneas, debería el operador pasar revista a todas las relevantes materias que han venido ocupando a la dogmática procesal por siglos, ímproba tarea que difícilmente se puede acometer con éxito, entre otras razones, porque las propias limitaciones personales, desde luego, enmarcarán el ámbito del análisis.

Con todo, algún cuarto a espadas se podrá echar, para atender a un aspecto de perenne irrupción: se trata de intentar convenir en los fines jurisdiccionales –actividad a la que el proceso sirve instrumentalmente– de cara a determinar, entre otros aspectos, roles de protagonistas; modalidades de regulación; y actuación e interrelación de los institutos procesales.

Casi constituye un lugar común, a estas alturas, reiterar lo que inquietara al talento visionario de Couture, más de medio siglo atrás: toda reflexión sobre el proceso que viene, me parece, pasa por la determinación del modo como se sujetará a los parámetros constitucionales e, incluso, supranacionales. Como todos sabemos, el proceso de actualización constitucional que han vivido nuestros países, a lo largo de los últimos decenios, está fuertemente caracterizado por una incursión, detallada, en el terreno de las garantías y derechos que se reconocen y dispensan a las personas. El constituyente del último tercio del

siglo XX compitió sin rubor con su propio legislador y asumió tareas que, hasta entonces, aparecían reservadas a este último, en términos de abandonar una grandilocuente función de proclamar grandes ideas o promesas, para entrar, de lleno, en el terreno de las regulaciones específicas y concretas, de todo lo cual constituye paradigmático ejemplo la Constitución del Brasil de 1988.

En un marco constitucional renovado, al alcance de cada ciudadano, en el sentido que puede ser invocado por éste de manera directa y fluida, lo que importa afirmar que ha perdido su característica de instrumento de referencia exclusivamente al servicio del legislador o los tribunales constitucionales, la incidencia de la Constitución en la marcha, manejo y decisión de los procesos será cada día más fuerte.

El punto consiste, empero, en que la irradiación constitucional a los procesos no se detiene en los aspectos tradicionales que con denominaciones diversas todos los ordenamientos identifican como exigencias de un proceso debido. Según se ha venido sosteniendo, ya de largo, la cuestión pasa por enmarcar al proceso y, por ende, a la actividad jurisdiccional –preferente función estatal– dentro del sistema de garantías constitucionales. A estas alturas, a mí cuando menos, me parece útil efectuar un verdadero levantamiento del velo. La afirmación de constitucionalizar los procesos o de determinar la influencia del ordenamiento constitucional en la regulación procesal importa, para decirlo sin ambages, efectuar un juicio o un análisis político del proceso, cuestión que, referida a los procesos penales, ni asombra ni provoca reacción, porque todos aceptamos, con Goldschmidt, la comunión inescindible entre proceso penal y marco jurídico político estatal, pero que, en ocasiones, cuando se trata de proceso civil, la situación provoca celos que impulsan a mayor cautela.

Aparece, entonces, como tópico relevante, el de los fines jurisdiccionales y, de inmediato, en necesaria amalgama, el de los medios para lograrlos.

Si, puestos a estas tareas, postuláramos que los fines jurisdiccionales son, como se escucha con frecuencia no exenta de ligereza, la solución de los conflictos, parece que sólo se podrá aceptar la respuesta en la medida que, de acuerdo al criterio de análisis que propugnamos –el prisma constitucional–, ello importe

la observancia y vigencia, no sólo del régimen de garantías constitucionales, sino del conjunto de reglas, declaraciones y principios que conforman el sistema constitucional imperante.

La materia puede proponerse de esta forma: no pueden ser idénticos los fines jurisdiccionales, esto es, los de una función estatal, en un régimen cuyo sistema político representa un Estado social de Derecho y los fines jurisdiccionales de un país que se haya dado la organización de un Estado liberal de Derecho, como no lo fueron, en su momento, los fines jurisdiccionales en los Estados totalitarios estructurados bajo el fascismo, el comunismo o el nacionalsocialismo con los de los Estados democráticos, ni tampoco lo pueden ser hoy los de los escasos países que todavía militan en una órbita de socialismo económico frente a los que adhieren a concepciones económicas capitalistas.

Últimamente se ha llamado la atención, con estos mismos esquemas de referencia, acerca de los sistemas políticos imperantes en la Austria en la que Klein diera a luz a su Ordenanza Procesal Civil y en la Italia que cobijara al Código de 1942, destacándose el absolutismo del Imperio Austrohúngaro y el autoritarismo del régimen de Mussolini.

Si esta aproximación al tema es apropiada, el referente constitucional debe necesariamente no sólo enmarcar la actividad del legislador, sino preferentemente, la del juez quien, careciendo, como sabemos, de sustento de elección democrática, incurriría definitivamente en un atentado a la concepción democrática si en la decisión de los asuntos sustituyere los valores constitucionales, producto del ejercicio del poder soberano, por sus propios valores.

Desde luego, en la óptica de un Estado de Derecho, liberal o social, no puede existir otra orientación a la actividad jurisdiccional que la que viene dada por el valor de la justicia, idea que el juez sólo puede configurar con arreglo a los valores, preceptos y derechos constitucionalmente –esto es, democráticamente– reconocidos, so riesgo de incurrir en el atentado antidemocrático anunciado.

Ayudará al debate, una breve referencia al tema de la dignidad de las personas: Se ha dicho que hoy, todo el mundo habla de la dignidad de las personas, pero, como destaca en nuestros

tiempos Francis Fukuyama,<sup>75</sup> no hay consenso acerca de por qué el hombre la posee. Es cierto que unos pocos creen que se debe a que el hombre es capaz de elección moral, pero la tendencia general de la ciencia natural moderna y de la filosofía, desde los tiempos de Kant y Hegel, ha consistido en negar la posibilidad de decisiones morales autónomas y en comprender la conducta humana enteramente en impulsos subhumanos y subracionales. Lo que a Kant le parecía una elección libre y racional, Marx lo veía como producto de las fuerzas económicas, y para Freud eran impulsos sexuales profundamente ocultos. Como sea, en especial después de los atroces sucesos de fines de la primera mitad del siglo pasado, la dignidad humana está elevada a niveles de la más alta jerarquía valórica.

En tal dimensión, la Constitución chilena declara en su primer artículo que las personas nacen iguales en dignidad y derechos y agrega, más adelante, que la soberanía, el poder del Estado –la potestas, en palabras de Alvaro D’Ors–, no puede ejercerse más allá del límite que constituyen los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y si el hombre nace con dignidad, queda en claro que ella emana de esa naturaleza: de esta forma se puede concluir que, conformando esta dignidad parte de tal naturaleza, cuando se proclama, como lo hace la Carta, que el poder estatal se detiene donde comienzan los derechos que de ésta surgen, se está sosteniendo –en el fondo– que se detiene el poder estatal en el límite que impone la dignidad de las personas.

Si a lo anterior se agrega, para continuar con el referente constitucional chileno, que la misma norma enfatiza que es deber de los órganos del Estado “respetar y promover los derechos [que emanan de la naturaleza humana...]”, se configura un cuadro inequívocamente protector.

Puede entonces afirmarse que el modo en que los jueces civiles y penales chilenos –como todos los restantes órganos estatales– deben cumplir sus cometidos resulta estrechamente acotado: apuntará su actividad en dirección a la protección de los derechos fundamentales o, en último término, evitarán deci-

---

<sup>75</sup> Cfr. F. Fukuyama, *El fin de la Historia y el último hombre*, Edit. Planeta, p. 398.



siones de acción u omisión que los vulneren, todo bajo el marco superior de una noción de justicia que descansa en la dignidad de las personas.

La conclusión global es que, por doquier, para atender a los rumbos esperados del comportamiento jurisdiccional, bastará atender al régimen constitucional; a los valores y propósitos constitucionales, vale decir, al régimen axiológico que democráticamente se ha escogido por el soberano. Adicionalmente, el rol mismo de los jueces, sus acciones u omisiones se regularán por la tarea que en la estructura institucional del Estado se asigne a los órganos estatales. Así, aun cuando en general, de mucho tiempo a esta parte, ya se viene haciendo referencia a la justicia de acompañamiento, para describir la actividad con la que, en sede jurisdiccional, se otorga protección a los carenciados jurídica, económica y culturalmente, en un moderno Estado social de Derecho, se tiende a superar la noción del juez director, esa que, según se ha puesto de relieve últimamente, no es construcción de Alcalá Zamora, sino, meramente, transcripción de los términos de la Relación Grandi, para reemplazarla por la que Jairo Parra denomina de un verdadero juez “asistente social”.<sup>76</sup>

Se configura así un cuadro en que por una parte aparece alzándose enhiesta la dignidad de las personas, para constituirse no sólo en la limitación, sino en el referente y, al mismo tiempo, en el norte orientador de la actividad jurisdiccional, y, por la otra, surge la necesidad de un Estado que, a través de quienes ejercen la función jurisdiccional, no es espectador, sino sujeto activo en el proceso de reconocimiento, preservación y fomento, no sólo de los derechos esenciales clásicos de las personas, sino también de los de última generación.

El desafío de los tiempos que vienen radica en la ineludible exigencia que se formulará, cada vez con más intensidad, a los jueces, en el sentido que, en tanto no se les permitirá ser neutros, en relación a los valores y derechos fundamentales de las personas que los ordenamientos reconocen, se les demandará sin claudicación alguna preservar su imparcialidad frente a las

---

<sup>76</sup> “El futuro del proceso civil”, *Libro de Relaciones*. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, p. 453.

pretensiones que ante ellos se deduzcan.

La situación, empero, tiende a agravarse: día a día son más los que acceden al sistema jurisdiccional exigiendo respuestas y planteando conflictos de contenidos insospechados, al grado que los que se promovían hace cien años, por el acreedor en contra de su deudor, exigiendo el pago; por el arrendador en contra del arrendatario, pidiendo la restitución de la cosa; por el obreiro en contra del patrón reclamando su remuneración, parecen hoy y parecerán en un mañana que ya está aquí, controversias ingenuas.

Como singular paradoja, que ya advertimos, nos aparece que, en tanto por un lado se alzan voces fundadas demostrando la creciente desconfianza, en muchos países, de la ciudadanía hacia sus jueces, en esos mismos países aumenta vertiginosamente la demanda por justicia, esto es, el número de quienes reclaman, de los sistemas de justicia, solución a sus problemas.

Debemos pergeñar, con prontitud, adecuadas respuestas procesales a tales requerimientos, para no formar parte de aquellas mayorías que, como afirma Alvin Toffler, “sólo se moverán cuando las demandas sean irresistibles o cuando la crisis se halle ya tan avanzada y tan próxima a la violencia que no se vea ninguna alternativa”, pero debemos “...empezar por nosotros mismos aprendiendo a no cerrar prematuramente nuestras mentes a lo nuevo, a lo sorprendente, a lo aparentemente radical...”.<sup>77</sup>

Frente al angustiante problema de la lentitud judicial que esteriliza la actividad de impartición de la justicia, frustrando aquello de que “el Derecho debe llegar pronto y debe llegar bien”, deberemos aprontarnos a desarrollar, con imaginación, nuevas y variadas formas de anticipación de la tutela jurisdiccional, siguiendo los rumbos que nos trazara la legislación del Brasil y superando las legítimas aprensiones que nos impone nuestra común formación, enraizada en la enseñanza de conceptos clásicos como bilateralidad de la audiencia, debido emplazamiento, igualdad de armas, etc., que constituyen –como sostuviera Cándido Rangel Dinamarco–<sup>78</sup> valores inherentes al debido pro-

---

<sup>77</sup> *La Tercera Ola*, Plaza & Janés, pp. 508-509.

<sup>78</sup> “El futuro del derecho procesal civil”, *Libro de Relaciones*. XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, p. 327.

ceso, que sin embargo pierden legitimidad en la medida de las distorsiones a que puede dar lugar una lectura tradicionalista y despreocupada de la efectividad del acceso a la justicia, porque, a lo menos en estos ámbitos, que no son los de la Moral, de la Ética o de la Religión, ningún principio o garantía es absoluto, ni mucho menos ausente de nuevas lecturas e interpretaciones coherentes con las cambiantes exigencias de los tiempos.

La propuesta sólo tiene sentido de cara a servir a las personas, no a las masas, no a los números de estadísticas, sino al hombre y a la mujer que camina por nuestras calles; que sufre y que goza con las realidades cotidianas de nuestros países; al ser humano considerado en su individualidad; a ese que tiene nombre y apellido, edad, estado civil y profesión o actividad, en favor de quien, en consecuencia, me parece provechoso el debate que en los últimos tiempos ha comenzado a promoverse por un grupo de nuestros amigos que, también preocupados por ese personaje que, si anónimo, tiene realidad y presencia indiscutida, han levantado la bandera del así llamado “garantismo”, poniendo en guardia frente a los eventuales excesos del autoritarismo judicial, que es, al final, el autoritarismo estatal.<sup>79</sup>

En el quehacer cotidiano judicial, me parece que de la mano de la oralidad, que con su necesaria secuela de intermediación se incrementará vigorosamente, aun en aquellos países que, como el Brasil, con su enorme población deberán aumentar el número de jueces en términos hoy inimaginables, se instalará, definitivamente, una nueva modalidad de decisión de los juicios: cada día más, la forma, ya ni siquiera el formalismo, perderá vigencia. La identificación de modalidades calificadas como “exceso ritual manifiesto”, actitud que en su momento capturó nuestra admiración como una audaz modalidad interpretativa, dejará de llamar la atención, de la mano de exigencias a los jueces que, traducidas en normas de derecho positivo, o simplemente asumidas como regla natural por ellos, les llevará a imponerse como práctica permanente la interpretación de las normas procesales de cara a la efectividad de los derechos sustanciales.

---

<sup>79</sup> Como han venido predicando, últimamente, Juan Montero A., Adolfo Alvarado y otros, de una forma quizás tan agresiva que, en mi opinión, ha enturbiado el análisis sereno de la propuesta.

Los tiempos que vienen desmejorarán, casi hasta el olvido, el papel protagónico que han jugado hasta ahora institutos como la nulidad procesal, que probablemente subsistirá sólo en cuanto constituya la razón de la invalidación de decisiones materialmente equivocadas.

Deberemos brindar reconocimiento a nuevas concepciones en el ámbito probatorio, y bajo el alero de los avances tecnológicos y el desarrollo inconmensurable de las nuevas estructuras societarias económicas, hemos de aceptar y fomentar principios como el de la facilidad de la prueba, antecesor, coetáneo o seguidor del régimen de las cargas probatorias dinámicas, que no tiene al final sino la virtud de sincerar el comportamiento de los justiciables en el proceso, imponiendo sobre el litigante que actúa sin apertura y claridad, las desfavorables consecuencias que su comportamiento omisivo justifica. El riesgo de la sorpresa en el proceso lo atemperaremos con modalidades como las de la nueva ley española, que impone al juez, en la audiencia previa, el dar a conocer su opinión sobre las pruebas que existen y las que faltan.

En esta línea, hemos de continuar el ya creciente proceso de apertura a otros sistemas jurídicos, como el del *common law*, para admitir la posibilidad de introducir variantes de precedentes vinculantes, no en cuanto mecanismos de petrificación del derecho, sino en cuanto vías de agilizar, por medio de respuestas uniformes, conocidas y asentadas, las decisiones jurisdiccionales que, por este camino, entonces, no sólo ganan en celeridad, sino en confiabilidad y terminan siendo el producto efectivo de un sistema judicial que funciona con mayor expedición.

Para el debate probatorio, también resultará adecuado importar del *common law* modalidades como el *discovery*, imponiendo a los litigantes el exhibir anticipadamente su material probatorio, lo que constituye un paso más avanzado que el consignado como principio de facilidad de la prueba.

## II. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

### 1. LA DECLARACIÓN DE TESTIGOS EN LA INVESTIGACIÓN, COMO CONDICIÓN PARA SU TESTIMONIO EN EL JUICIO ORAL<sup>1</sup>

Un reciente fallo de la Corte de Apelaciones de Valparaíso,<sup>2</sup> ha dado lugar a un recurso de nulidad –fundado en la causal prevista en la letra c) del art. 374 del Código Procesal Penal– enderezado por la defensa, en contra de la sentencia de un Tribunal de Juicio Oral que había dictado sentencia condenatoria, sobre la base de prueba en la que figuraba el testimonio de dos funcionarios de Carabineros de Chile y de las dos víctimas, todos los cuales no habían prestado declaración ante el Ministerio Público, durante la investigación. Se testimonia, adicionalmente, que la renuencia de las víctimas se habría debido al temor a represalias por parte de los imputados.

Deja constancia el fallo que la defensa sostuvo que la prueba testimonial ofrecida y rendida por el Ministerio Público ante el Tribunal de Juicio Oral habría constituido una prueba “ilegal”, desde que la falta de declaración ante tal Ministerio “*habría privado a la defensa de la posibilidad de efectuarles un contraexamen a sus dichos, negándose con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*”.

---

<sup>1</sup> El presente artículo corresponde a un Informe en Derecho que me solicitara el Ministerio Público.

<sup>2</sup> Sentencia de 23 de noviembre de 2004, dictada en los autos rol N° 761-2004, robo con intimidación.

En abono a su decisión, la Corte añade que los arts. 180 y 181 del Código Procesal Penal imponen al fiscal, al tomar conocimiento de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito de acción pública, proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento de los hechos y averiguación de los mismos, debiendo consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho, a la identificación de los partícipes en el mismo, a la identificación de los testigos y a la consignación de sus declaraciones...

Recuerda la Corte que el art. 227 del mismo Código exige el registro de las actuaciones y el acceso a dicho registro de todos los que tienen derecho a exigirlo y coincide con la defensa en que se produjo una desventaja en su perjuicio, al no tener conocimiento de lo que declararon estas personas, por lo que no estuvo en condiciones de preparar una adecuada defensa técnica mediante contrainterrogaciones tendientes a corroborar sus argumentos y, en tal sentido, se habría privado a los imputados del derecho fundamental a tener un juicio justo. Y, tras consignar que *“la circunstancia que la Defensa haya presentado como testigos de su parte a las mismas personas que presentó la fiscalía en nada altera la situación de menoscabo del recurrente”*, ella da lugar a la nulidad, ordenando se verifique un nuevo juicio.

A. *Características, sentido y finalidad de la investigación del Ministerio Público.*

(Las preguntas cruciales de la investigación penal)

La breve vigencia que el nuevo régimen procesal penal ha tenido entre nosotros no nos permite todavía, a todos los operadores, jueces y abogados, principalmente, separarnos de manera tajante de nuestro natural acervo procesal penal tradicional: no puede censurarse que, enfrentados a disyuntivas procedimentales penales actuales, aunque invoquemos la normativa positiva vigente, las resolvamos con los criterios, filosofías y concepciones que nos fueron proporcionados durante nuestra respectiva propia formación jurídica previa y los que adquirimos durante la experiencia profesional posterior.

Tengo la impresión que la sentencia que analizo es demostración cabal de este fenómeno: resolver la cuestión que sirvió de fundamento al recurso sometido a la Corte requería una muy cabal percepción del sentido de la investigación que se encomienda al Ministerio Público, del rol que a los intervinientes se asigna durante ese período, de la forma en que se reflejan en las disposiciones positivas los principios de este novel enjuiciamiento criminal, del modo como están distribuidas las competencias de los tribunales que imparten la justicia penal y de los fines y valores a que apunta la nueva justicia penal.

La Corte no aprobó el examen, podría ser la primera reflexión a formular en vista de lo resuelto, y corresponde demostrarlo.

No será inoficioso seguir insistiendo en algunas cuestiones básicas que deben iluminar el análisis: en virtud de la reforma constitucional que introdujo al Ministerio Público en la Carta Política nacional, el Estado chileno creó, en los hechos, una nueva función pública estatal constitucional, la **función persecutoria penal**, antes confundida con la jurisdiccional. Con este fin, se generó no sólo un órgano constitucionalmente autónomo, sino se delimitó un marco jurídico diferente para que él desempeñara este rol que se le asignaba.

Es efectivo que ni el constituyente ni el legislador nacional pudieron, a su turno, apartarse absolutamente de la realidad jurídico-positiva que conocían, y ambos, en ocasiones, sucumbieron al peso de esa tradición cultural, cuestión perfectamente comprensible y con la que, de momento, se debe operar, a la espera que el decantar de los acontecimientos y el transcurso del tiempo permitan profundizar, sin ambages, en los institutos que resultaron imperfectamente delineados.

Lo cierto es que, en tanto el art. 80 A de la Constitución entrega al Ministerio Público, de manera exclusiva –monopólica– la dirección de la investigación de “los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado”, el art. 19 N° 3 inciso 5° encomienda al legislador establecer siempre “las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> La idea de modificar este artículo, a los efectos de agregar la palabra “investigación”, denota el desconocimiento que tenía el constituyente de lo que se

Estos mandatos constitucionales se traducen no sólo en la normativa procedimental que recoge el Código Procesal Penal, sino, entre otras, además, en las normas de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, cuyo art. 3° establece que en el ejercicio de sus funciones 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 atenúen.<sup>4</sup>

Pues bien, tanto la Carta como la ley son cuidadosas y reiterativas en destacar la independencia del órgano estatal de persecución, de allí que, en la Constitución, se establezca que se trata de un órgano “autónomo” y que se enfatice la idea agregándose en el art. 80 B, inciso 2°, que “...una ley orgánica constitucional establecerá el grado de independencia y autonomía... que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación...”.

La ley, por su cuenta, repetirá esta idea en el inciso 2° de su propio art. 2°, configurando así un estatuto normativo en el que, junto con imponerse al órgano el ejercicio privativo de esta nueva función estatal, se le demarcan limitaciones y se le imponen exigencias: éste constituye un punto crucial para dilucidar la cuestión controvertida. Se trata, una vez más, de la autonomía del Ministerio Público, en especial frente al Poder Judicial y el modo como los fiscales, ejerciéndola, han de respetar los derechos de las personas y, en particular, su dignidad, como lo recuerda el art. 5° inciso 2° de la Ley Fundamental,<sup>5</sup> todo ello, a

---

venía: nadie puede ser contrario a que la actividad investigadora se ajuste a parámetros de respeto a los derechos de las personas, pero la inclusión de las características que ella debe presentar, junto a las que se demandan del procedimiento, demuestra que el constituyente, en el fondo, estaba pensando que el papel de los fiscales sería semejante al del juez del crimen tradicional.

---

<sup>4</sup> La disposición reconoce origen directo en el art. 109 del Código de Procedimiento Penal, que establecía que el juez debe investigar con igual celo, no sólo los hechos y circunstancias que establecen y agravan la responsabilidad de los inculpa-dos, sino también los que les eximan de ella, o la extingan o atenúen.

<sup>5</sup> Es en relación a este aspecto que cabe asignar al Poder Judicial toda su reconocida trascendencia constitucional: la tarea que el nuevo sistema confía a los



través de su propia actividad, que debe ser, al propio tiempo, “justa” y “racional”.

A la hora de preguntarnos ¿cómo se investiga?, habremos de responder que el Ministerio Público investiga con autonomía, pero con sujeción a la ley, lo que descarta el proceder caprichoso y arbitrario, empleando criterios de objetividad que permitan indagar no sólo hacia la determinación de las responsabilidades, sino también hacia el establecimiento de la inocencia de las personas en relación a los hechos indagados.

Al Estado, empero, no le bastará investigar los hechos que constituyen los delitos: su función de conservador de la paz social y garantizador de la convivencia armoniosa entre los habitantes exige la sanción penal para los hechos tipificados como delito y es acá donde se genera una de las principales diferencias de cara al viejo régimen: en tanto en éste la investigación del órgano jurisdiccional perseguía formar su convicción a través de un creciente suministro de información que, correlativamente, incrementaba su persuasión<sup>6</sup> hasta culminar en la necesaria para emitir sentencia, en el nuevo, la actividad investigadora estatal, sin perjuicio de constituir soporte fundante de medidas cautelares personales o reales, apunta a formar la convicción acusadora del Ministerio Público.

La síntesis es que **no se investiga para sentenciar: se investiga para saber si corresponde acusar**. Lo que representa la contestación a la pregunta en torno a la finalidad de la investigación.

Pues bien, como se anticipara, la actividad investigadora del Ministerio Público –si bien informal,<sup>7</sup> en cuanto a que no está sujeta a exigencias procedimentales mayores, ni tiene, en general,

---

jueces es la de retomar su rol histórica y políticamente tradicional de proteger los derechos de las personas frente a las demasías estatales.

---

<sup>6</sup> Recuérdesse el gráfico proceso de incremento de convicción que permitía decretar, primero el arraigo, luego la detención y más tarde la prisión, para conducir a la acusación de cara a la sentencia.

<sup>7</sup> A propósito de la “informalidad de la investigación”, viene bien recordar que el Mensaje afirma que “...la actividad del fiscal durante la instrucción se caracteriza por su informalidad, se lo faculta para desarrollar las diligencias que resulten técnicamente apropiadas para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de las responsabilidades, debiendo llevar **un registro sencillo de sus actuaciones**”.

plazos y trámites rigurosos que atender— como lo he sostenido reiteradamente,<sup>8</sup> se caracteriza por observar los lineamientos gruesos del régimen procedimental penal, esto es, el preferente resguardo de los derechos del imputado y la no menos prioritaria atención a los derechos de la víctima: así, en cuidado del respeto de los derechos sustantivos del imputado, la Constitución y la ley imponen la previa autorización judicial para la práctica de actuaciones que perturben o amenacen garantías constitucionales; el Código Procesal Penal, a su turno, consagra un régimen de intervenciones de la víctima y de la defensa que no sólo limitan —razonablemente— la actividad persecutora, sino confieren, a ambos, roles propositivos importantes.<sup>9</sup>

La propia Corte de Apelaciones de Valparaíso, fallando en forma que comparto, recientemente, el 29 de noviembre pasado, en forma completamente opuesta a la manera como se hizo en la sentencia que motiva este informe, fundamentando su decisión, sostuvo, entre sus motivaciones, que:

*“SEGUNDO: Que, como lo sostiene la Fiscalía, la interpretación que se ha dado en la sentencia recurrida al art. 181 del Código Procesal Penal [que es la que propuso en la causa que se informa la defensa y el fallo acogió] importa desconocer la esencia del nuevo procedimiento penal, en que la fase investigativa es informal y todos los antecedentes que allí pudieren haberse recopilado no tienen valor alguno y la prueba contradictoria es precisamente la que se produce en el Juicio Oral. La pretensión anterior, importa transformar la investigación, que por su esencia es informal, en un verdadero proceso escrito,*

<sup>8</sup> Cfr. al efecto mi “Una experiencia apasionante: la reforma procesal penal chilena”, en el volumen de *Ponencias de las IX Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal*, pp. 345 y ss.

<sup>9</sup> En esta línea se inscriben las normas de los arts. 93 letra c), derecho del imputado a solicitar diligencias que desvirtúen las imputaciones; 113 letra e), derecho del querellante a solicitar práctica de actuaciones probatorias; 167 inc. final, derecho de la víctima a solicitar la reapertura en caso de archivo provisional; 169, derecho de la víctima a exigir investigación mediante interposición de querrela si se hubiere decretado archivo provisional o expresado por el M.P. decisión de no investigar; 170 inc. 3º *in fine*, derecho de la víctima a oponerse, sin expresión de causa, al ejercicio de la oportunidad; y, particularmente, los arts. 183 y 257, que, respectivamente, autorizan a los intervinientes para proponer diligencias probatorias y para solicitar del juez que ordene la práctica de aquellas preteridas durante la investigación.

ya que al interpretar el artículo en dicha forma, se estaría otorgando a los antecedentes acumulados por el Sr. Fiscal un valor que los mismos no tienen, puesto que éste carece de competencia jurisdiccional y en nada ello altera el principio de igualdad, puesto que la única forma de valorar la prueba testimonial es precisamente en el Juicio Oral, sin que tenga mayor trascendencia aquello que hubiese dicho al Fiscal; tanto es así, que se está discutiendo una iniciativa tendiente a darle valor a lo declarado, para configurar un presunto falso testimonio, lo que ha sido unánimemente criticado, ya que ello importa desfigurar absolutamente el sistema procesal penal.

**TERCERO:** Que, en otro orden de ideas y como se sostiene en el recurso, el principio de libertad probatoria no es otro que el establecido en el art. 295 del Código Procesal Penal, que establece la libertad de prueba, diciendo que los medios serán aquellos incorporados en forma legal y tratándose de un juicio oral, todas las pruebas sólo tienen valor en la medida en que se producen directamente ante el Tribunal, según se preceptúa en el art. 309 del texto en comento y es la única oportunidad en que ello tiene la posibilidad de hacerse. Por otra parte, el art. 298 del Código del ramo es claro al señalar que los testigos deben comparecer a declarar, lo cual importa que la única declaración válida es la que se presenta en dicha oportunidad. Además, **el art. 259 del Código Procesal Penal, sobre la preparación del Juicio Oral, en su inciso segundo, dispone que para el evento que el Fiscal quisiera rendir prueba testifical, deberá presentar una lista con la individualización de los testigos y en parte alguna la ley ha establecido que éstos previamente deban haber prestado declaración escrita ante el Sr. Fiscal, ya que por la forma y facultades de que éste dispone, perfectamente puede haberse enterado de la importancia de estos testigos en una simple conversación informal...**<sup>10</sup>

En la filosofía acusatoria del sistema procesal penal, empero, se han abandonado ciertas modalidades paternalistas que, paradójicamente, presentaba el viejo régimen inquisitorio y se han generado, en cambio, institutos procedimentales rigurosos y exigentes, como se comprueba reparando en las normas que consagran el abandono de la defensa (arts. 269 y 286 inc. 2º), el abandono de la acción civil (art. 64), las graves consecuencias

<sup>10</sup> C/j: Corte de Apelaciones de Valparaíso rol N° 728/04, 29.11.2004, redacción Ministro Gonzalo Morales.

para la falta de oportuna corrección de vicios formales de la acusación (art. 270 inc. 3º), los requisitos formales severos de los recursos penales (arts. 367 y 378), el reducido plazo para la apelación (art. 366) y en la imposibilidad del tribunal de decretar medidas para mejor resolver, usualmente encaminadas, en el procedimiento anterior, a subsanar las deficiencias de las defensas.

En los hechos, lo que ocurre es que se ha desplazado, como todos sabemos, el papel del tribunal, de importante protagonista, a tercero –imparcial, neutral e independiente– que arbitra las controversias que se suscitan: esta modalidad importa que la actividad de cada interviniente es crucial para la defensa de sus propios derechos o, a la inversa, que las deficiencias de la actividad procesal de cada cual conllevan, casi con certeza, consecuencias desfavorables irreparables en el desenlace del proceso penal.

Es hora de reconocer esta relevante característica del sistema, para poner fin a tanta opinión vertida, desde el desconocimiento de las instituciones, y que, bajo el lugar común del exceso de derecho a favor de los imputados, encierra autoritarias nostalgias inquisidoras.

Bajo el esquema del conjunto de cuerpos legales que, convencionalmente, hemos denominado en el país “la Reforma Procesal Penal”, el que, como víctima o como imputado, no ejerce sus derechos o los ejerce torpe o negligentemente, sufrirá, casi sin excepciones, consecuencias jurídicas adversas.

### *B. Un procedimiento y una investigación justos y racionales*

Nuestro nuevo procedimiento penal, tomando como principales prototipos al Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica y –por su intermedio– a la Ordenanza Procesal Penal (St. O.P.) alemana, consagra las tres conocidas etapas:

- a) La instrucción o investigación
- b) El procedimiento intermedio
- c) El juicio oral

Durante la investigación, reiteradamente definida como la actividad encaminada a determinar si corresponde o no acusar,

el Ministerio Público se ha de conducir conforme a principios de legalidad y objetividad, velando porque, a través de una eficiente administración de los recursos de la persecución penal pública, se determine la existencia del hecho incriminado y la participación de sus responsables, lo que, al propio tiempo, importa la desestimación de las imputaciones equivocadamente deducidas en contra de quienes son inocentes de los hechos.

En este proceder, cada cual, como también se apuntara, debe ejercer, oportuna y adecuadamente, sus derechos, que, en el caso del imputado, son, básicamente, los de ser objeto de una investigación que satisfaga los estándares de “justa y racional”, en la que efectivamente se le permita realizar, “en plena igualdad”, como exigen los pactos y tratados internacionales ratificados por el país y que se encuentran vigentes, las conductas y ejercer las facultades que el ordenamiento determina, y que, en evento de infracción o desconocimiento, se le reconozca el ejercicio de recursos y medios de impugnación adecuados.

### C. *Los fundamentos de la nulidad acogida*

Se ha reprochado, en el caso materia de este informe, que se haya valorado en el juicio oral la declaración de testigos y de víctimas que no declararon en la investigación, a pretexto de que tal omisión impidió a la defensa ejercer cabalmente sus derechos, afirmándose que la prueba rendida sería “ilegal” y que, con ella, se *“habría privado a la defensa de la posibilidad de efectuarles un contraexamen a sus dichos, negándose con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica”*.

Estos cargos imponen efectuar una clara distinción de etapas procedimentales, para distinguir entre la investigación, la etapa intermedia y el juicio oral.

### D. *La investigación*

El art. 181 del Código Procesal Penal –velando principal, aunque no exclusivamente, por la eficacia de la actividad persecutoria– establece que el fiscal “deberá identificar a los testigos del

hecho investigado y consignar sus declaraciones”, exigencia que mira a asegurar primordialmente, como se anotara, el éxito de la incriminación, en la idea de que la decisión de acusar descanse en fundamentos sólidos,<sup>11</sup> por lo que resulta extremadamente contradictorio el que la defensa esgrima esta modalidad de la actividad del fiscal en su propio favor. Es que si ella entiende infringido el deber funcionario de “objetividad” que a dicho funcionario le imponen la Constitución y su Ley Orgánica y estima que se ha omitido una “diligencia útil y pertinente para el esclarecimiento de los hechos”, puede recurrir al art. 183 del Código, que no sólo reconoce al interviniente el derecho de impetrar la práctica de la diligencia, sino consagra una posibilidad concreta de impugnación de la negativa del fiscal, mediante el reclamo, por escrito, ante el Fiscal Regional, quien deberá resolver la cuestión en el lapso de cinco días.<sup>12</sup>

El problema es que el Código, fiel a su filosofía de exigir el cabal y oportuno ejercicio de los derechos de cada cual, si bien permite a los intervinientes, cerrada la investigación, reiterar la solicitud de diligencias precisas de la investigación, limita tal derecho exclusivamente a las “...(diligencias) *que oportunamente hubieren formulado durante la investigación y que el ministerio público hubiere rechazado...*”.

De lo anterior se desprende que ante la omisión de diligencias necesarias y útiles por parte del fiscal, el defensor que estime menoscabados sus derechos tiene vías concretas de impugnación. En primer término, la impugnación administrativa ante las autoridades del Ministerio Público y, en segundo lugar, si éstas han respaldado la negativa del fiscal, cerrada la investigación,

---

<sup>11</sup> En el Mensaje con que el Ejecutivo remitió al Parlamento el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal, se lee que “...el sistema propuesto concibe a la instrucción como una etapa de preparación del juicio, en que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, debe investigar el hecho denunciado y recolectar los medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al tribunal que debe dictar el fallo...”.

<sup>12</sup> El art. 33 de la Ley N° 19.640 dispone: “Las reclamaciones que los intervinientes en un procedimiento formulen en contra de un fiscal adjunto de conformidad a la ley procesal penal, deberán ser presentadas por escrito al Fiscal Regional, quien deberá resolverlas, también por escrito, dentro de cinco días hábiles”.

queda expedita la vía para obtener del juez de garantía la orden de que la actuación se verifique, todo ello, claro está **a condición de haber sido el defensor diligente en el ejercicio de sus facultades y derechos**, porque si la diligencia cuya práctica se solicita al juez no se pidió en su momento al fiscal o si, habiéndose solicitado y ordenado, no se verificó por negligencia o hecho imputable al interviniente, el juez no la decretará...<sup>13</sup>

E. *Las posibilidades de la defensa en la investigación:  
un tema de consecuencia jurídica y conceptual*

Entre las cuestiones que la cultura jurídica nacional ha discutido con motivo de la aplicación del nuevo sistema penal, está la de las posibilidades o derechos que tiene la Defensa para investigar, por su cuenta, los hechos materia del debate penal. La Defensa Penal Pública ha tomado decidido partido por la opción de entender presente la existencia de un derecho del defensor a investigar los hechos imputados a su representado, alternativa de opinión a la que me he sumado, reconociendo no sólo que “...es posible, sino **imperativo, al defensor** que empeñosamente cumple con su cometido, el investigar por su cuenta los hechos (para que) los resultados que así se obtengan (justifiquen) la proposición al Ministerio Público de diligencias probatorias...”, pero dejando en claro que “...no existe circunstancia alguna bajo la cual se pueda afirmar que alguna persona o institución, pública o privada, pueda reemplazar al Ministerio Público en la tarea investigadora oficial...”.<sup>14</sup>

Con respaldo en tal debate, me parecería inaceptable que un defensor que no encuentra entre los registros de la investigación los dichos de los funcionarios policiales aprehensores, no se hubiere preocupado de requerir de ellos toda la información

<sup>13</sup> Se reafirma la modalidad que he anotado: el Código es extremadamente exigente y, sin paternalismo alguno, sanciona el descuido o negligencia sea del defensor, del fiscal o de la víctima.

<sup>14</sup> Cfr., mi “De las Posibilidades de Investigar que Tiene la Defensa en el Nuevo Sistema Procesal Penal Chileno”, publicado en *Informes en Derecho* (Doctrina procesal penal 2001-2003). Centro de Documentación Defensoría Penal Pública N° 1, diciembre de 2003, p. 115.

pertinente: tal omisión sería gravemente negligente y denotaría una inaceptable falta de atención en la conducción del caso.

Adicionalmente, me resulta extremadamente inconsecuente el reprochar al Ministerio Público la falta de constancia de una actividad cuyos resultados informativos se pudieron –y debieron– obtener directamente por la propia defensa: una global postura de consecuencia conceptual impide formular el reproche al interviniente que sustenta la pretensión contraria, en especial si la censura consiste en imputar inactividad en aquello que se pudo y debió realizar personalmente.

La inconsecuencia jurídica, en cambio, descansa en que el régimen de la nulidad procesal, en el que al final se inserta, también y obviamente, el recurso de nulidad, exige como requisito esencial de procedencia de la declaración invalidante la circunstancia que el vicio no sea obra del sujeto que reclama o, en palabras de nuestro Código (art. 162), que él no hubiere concurrido a causarlo, lo que constituye aplicación del ya viejísimo brocardo que señala que *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, porque la propia torpeza no puede reportar dividendos.

#### F. De la prueba recogida durante la investigación

En el Derecho Comparado se reconoce y regula la institución procesal llamada “*discovery*”, literalmente, “descubrimiento”, a través de la cual se garantiza que las partes y, principalmente, el acusado, no serán objeto de sorpresas probatorias, pero lo que en mi opinión es más importante –dada la evidente mejor posibilidad que tiene el sistema público de recolectar prueba–, por esta vía se permite que tal acusado acceda a prueba que le puede ser favorable o que, a lo menos, esté enterado del objeto sobre el que versa la prueba.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, país donde el instituto se ha desarrollado con mayor intensidad, se destacan como “*leading cases*”, los fallos dictados en los casos “United States con Agurs”<sup>15</sup> y, principalmen-

---

<sup>15</sup> Cfr. 427 U.S. 97, 96 Sct. 2392, 49 L Ed. 2d 342 (1976).



te, “Brady con Maryland”<sup>16</sup> en el que la Corte declaró que “...la eliminación por el fiscal de **prueba favorable al acusado** que le hubiere sido requerida, vulnera el debido proceso...”.

En el caso “Agurs”, la Corte sostiene que “...si **la alegación de inocencia resulta tan justificada con la prueba de que se trata, el fiscal tiene el deber de proporcionarla a la defensa** que la solicitó, deber que existe aun cuando no haya habido solicitud de la defensa...” , por lo que se ha podido afirmar que “así, la Corte sostiene que existe un deber constitucional de proporcionar la prueba que es aparentemente suficiente para ser exculpatoria”, agregándose que, según dicho Tribunal, “no existe diferencia significativa entre casos en los que ha habido simplemente una solicitud genérica de [prueba] exculpatoria con casos en los que, como acontece en el presente, no ha habido solicitud alguna...”.<sup>17</sup>

Me parece, empero, que una de las cuestiones más relevantes de las que ofrece el “*discovery*” dice relación con la calidad y/o naturaleza de la información: exponiendo por esta línea de pensamiento se ha sostenido que “...*la cláusula de debido proceso impone al Estado un deber limitado de proporcionar a la Defensa toda otra información material para su caso. Específicamente, este deber es vulnerado si el fiscal, deliberadamente o de otra forma falla en revelar información ‘exculpatoria’, en el sentido que de haber sido revelada tal información al defensor, existe una razonable posibilidad de que el resultado del enjuiciamiento hubiere sido diferente...*”.<sup>18</sup>

Esta característica de la prueba debe ser considerada con especial atención: se explica ella en el sentido final y utilitario de la estructura procedimental, que no apunta, como piensan algunos, a la satisfacción de simples pruritos formales o rituales, sino se dirige a un sentido de utilidad y eficacia procesales: de allí que la falta de comunicación de una prueba intrascendente, no tenga consecuencias jurídicas de ninguna especie, o que, a la inversa,

<sup>16</sup> 373 U.S. 83, 83 S. Ct. 1194, 10 L. Ed. 2d 215 (1963).

<sup>17</sup> Cfr. J. Dressler G. C. Thomas III, *Criminal Procedure: Principles, Policies and Perspectives*, second edition, 2003, St. Paul MN, 2003, p. 846 C.

<sup>18</sup> Cfr. Charles H. Whitebread Christopher Slobogin, *Criminal Procedure: An Analysis of Cases and Concepts*, fourth edit., New York, Foundation Press, 2000, p. 643.

es primordialmente **la falta de comunicación de la prueba que ayuda a exculpar la que motiva el reproche y la sanción.**

G. *¿Opera el sistema de “discovery” en el proceso penal chileno?*

Me parece que las finalidades probatorias asignadas al “*discovery*” son, principalmente, dos: a) evitar la producción de prueba sorpresiva, para la cual el contendor no esté preparado, y b) colaborar con la defensa por vía de darle a conocer pruebas que pueda utilizar en su favor.

Bajo el régimen del Código Procesal Penal nacional, se asegura a los intervinientes un acceso ilimitado y permanente a los registros de la investigación que maneja el fiscal y/o la policía,<sup>19</sup> sin más excepción que las muy menudas que se desprenden del art. 182, por lo que los elementos que puedan favorecer al caso propio, están permanentemente a disposición.

La idea de evitar la sorpresa probatoria, por su parte, se cautela a través del debate sobre procedencia de la prueba, que se verificará en la audiencia de preparación del juicio oral, conclusión que se reafirma con la exigencia impuesta al escrito de acusación, por el penúltimo inciso del art. 259 del Código, con arreglo a la cual, junto a la individualización de los testigos, habrán de precisarse “*los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones*”. De este modo, no sólo se conoce, anticipadamente, la identidad y calidades de tales testigos, sino además las materias a que se referirán sus declaraciones, cuestiones todas que, además de constituir potenciales motivos de oposición a la declaración, en los términos del art. 272, representan valiosas pautas para preparar el contraexamen de rigor.

Desde estos ángulos, entonces, si lo que se busca con el instituto es ayudar al imputado a acreditar su caso, en el proceso materia de este informe, la finalidad se logró en plenitud, toda vez que las cuatro personas de que se trata se incluyeron como testigos propios por dicho imputado; si lo más importante es co-

---

<sup>19</sup> Véase, al efecto, y en relación al imputado, la letra e) del art. 9º del Código Procesal Penal.

nocer anticipadamente sus declaraciones, con la precisión del art. 259 inc. penúltimo se habrá dado al defensor noticia exacta del objeto sobre el que versarán los dichos.

### H. *Don't go fishing...*

La nulidad procesal es un instituto que descansa, en mi opinión, básicamente, en dos o tres ideas matrices o imprescindibles: **la primera** es que no hay nulidad sin perjuicio, lo que es consecuencia del carácter teleológico de las formas procesales, orientadas siempre hacia un resultado final; **la segunda** es que la nulidad sólo está a disposición del litigante que no la causa o, por decirlo mejor, que no ampara ni beneficia al litigante descuidado o torpe en la defensa de sus derechos, y **la tercera** es que la nulidad admite siempre la convalidación, que no viene constituyendo sino consecuencia del principio de la trascendencia o perjuicio, porque se entiende que el que acepta el acto, o no ha sufrido perjuicio o el experimentado no le es tan gravoso como para impetrar la nulidad.

Una regla de litigación básica es que el abogado debe saber, de antemano, y hasta donde sea posible, la información que los testigos –propios y ajenos– proporcionarán al juicio,<sup>20</sup> de allí que sólo en situaciones de extrema excepcionalidad y en las que sea prácticamente imposible o, definitivamente, inconveniente el

<sup>20</sup> He expresado, en otra ocasión, que “...hasta donde le resulte posible, el defensor pedirá siempre el asentimiento previo de los testigos que incorpore al juicio [lo que no impide] la presentación de testigos hostiles, calidad que no obsta a que el testigo sea oportunamente abordado por la defensa; informado de lo que se le preguntará y comunicado de la decisión de presentarlo al juicio...” Cfr. mi “Estándares Básicos de Actuación de la Defensa Penal”, en *Revista de Estudios de la Justicia*, Facultad de Derecho U. de Chile, N° 1, año 2002, p. 248.

En la misma línea, en la *Guideline 4.1. Case Review and Preparation de la New Mexico Public Defender Department: Performance Guideline for Criminal Defense Representation 1998*, se lee “...Testigos potenciales: el abogado defensor deberá considerar si es apropiado entrevistar a los potenciales testigos, incluyendo todos los testigos que no estén de acuerdo o están en contra del acusado... Si el abogado conduce dicha entrevista con testigos potenciales, deberá hacerlo en presencia de una tercera persona...”. Cfr. *Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública*, R. Blanco, M. Decap, H. Hernández y H. Rojas. Colección de Investigaciones Jurídicas. U. Jesuita Alberto Hurtado, año 2002, N° 1, p. 30.

acceso a las personas –circunstancias que, por esencia, nunca concurren respecto de funcionarios policiales– se puede excusar al defensor que presenta testigos al juicio o los contrainterroga sin saber la información de que disponen;<sup>21</sup> bajo estas premisas, no parece admisible pensar que el defensor ignoraba lo que los policías declararían en el juicio y, si en definitiva no lo supo, tal desconocimiento, que le es imputable, no puede servir de fundamento a una anulación de la actividad probatoria.<sup>22</sup>

### I. *La etapa intermedia*

El procedimiento a través del cual se unen la investigación con el acto principal del enjuiciamiento –el juicio oral– encuentra, entre nosotros, su máxima aplicación en la audiencia de preparación del juicio oral. De entre las diversas cuestiones vinculadas con la prueba que en ella se proponen y que, en nuestros desarrollos académicos, hemos encauzado bajo la expresión “finalidades probatorias” de esta audiencia, debe destacarse, en lo que interesa a los efectos de este informe, que en **ella se produce el debate acerca de la prueba que habrá de rendirse en el juicio oral**, razón por la cual es que, precisamente, entre las disposiciones legales que regulan esta audiencia, el legislador procesal penal nacional ha establecido, por vez primera, un conjunto de disposiciones referidas al tema de la exclusión de pruebas (art. 276 C. Procesal Penal).

Este procedimiento intermedio tiene, entre muchísimas otras peculiaridades que al intérprete nacional no son habituales la circunstancia de concebir un régimen de asignación de competencias judiciales, en el que un tribunal de idéntica jerarquía a otro resuelve las materias concretas que, dentro del espectro glo-

---

<sup>21</sup> Este comportamiento, en el que se ignora lo que se obtendrá, importa el “salir a pescar” de la jerga forense norteamericana.

<sup>22</sup> Se cierra así el círculo: en relación a las víctimas, no hay cargo que formular, porque ellas declaran si lo estiman conveniente y no pueden ser compelidas a hacerlo; en relación a los policías, en cambio, el defensor tenía la obligación, impuesta por su responsabilidad profesional, de haberlos entrevistado para conocer la información con que contaban.

bal de competencia asignada por la ley, habrá de conocer este último.

Algún tiempo atrás, el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público tuvo a bien pedir mi opinión sobre algunos aspectos relevantes de la nueva estructura procedimental penal, y, entre las consultas formuladas, me preguntó si... *“¿Es posible, o no, que el Tribunal de Juicio Oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el Tribunal de Juicio Oral?”*

En esa ocasión, tras exponer que compete al juez de garantía determinar en el auto de apertura del juicio oral la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral, recordé que... “Informando lo que en su texto resultó ser el art. 341, y que se aprobó con la misma redacción del Proyecto, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados expone que ‘...el art. 341 indica el contenido del auto de apertura del juicio oral, que el juez de control debe dictar al término de la audiencia, el que no es susceptible de recurso alguno...’”.<sup>23</sup>

En el Senado, en cambio, la materia se trató con mayor profundidad y se resolvió innovar, porque, como afirmó la Comisión correspondiente de esa rama del Parlamento:

“Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable...”.

“...Entendió [la Comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...”.

“...Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de

---

<sup>23</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. Historia de la Ley N° 1. Nuevo Código Procesal Penal (Boletín 1630-07). Primer Trámite Constitucional. Tomo II. Public. oficial. Redacc. de sesiones, p. 338.

pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...".

Afirmé, en esa ocasión que *"conclusivamente, entonces, corresponde convenir en que dictar el auto de apertura del juicio oral constituye una materia de competencia exclusiva y excluyente del juez de garantía respectivo"*.<sup>24</sup>

<sup>24</sup> En el Informe en cuestión, emitido en marzo de 2003, en relación a la causa, sostuve: "Nunca resulta excesivo volver a destacar el régimen de estricta legalidad a que se sujeta el tema de la competencia de los tribunales, legalidad reforzada por lo prevenido en los arts. 6º y 7º de la Constitución Política de la República y, en especial, por el art. 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, norma que, según se ha comentado desde antiguo, en versión que se atribuye a Urrutia Salas, se comprende y aplica mejor cuando sus términos se invierten, para destacar que la **competencia representa las atribuciones conferidas a los tribunales para conocer de determinados negocios que la ley les encomienda**."

**h) De las consecuencias de constituir "el auto" de apertura del juicio oral una sentencia interlocutoria.**

Si resulta pacífico convenir en que, **en cuanto resuelve acerca de la procedencia para el juicio oral de las pruebas presentadas**, el denominado "auto" de apertura del juicio oral constituye, conforme a la clasificación del art. 158 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia interlocutoria, deberá también aceptarse que produce los efectos de estas resoluciones y, en particular, como lo prescribe el art. 175 del mismo Código, el efecto de la cosa juzgada.

Corresponderá, entonces, atribuir a la decisión de apertura las características de irrevocabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada, para destacar que lo resuelto en el auto, salva sea la excepción de la apelación del fiscal, ya comentada, y la ulterior consideración para un recurso de nulidad, es irrevocable e inimpugnable.

Ciertamente estos atributos apuntan en el mismo sentido en el que se viene razonando, vale decir, en la imposibilidad que por decisión del Tribunal de Juicio Oral, posterior, se pueda modificar lo decidido en el auto...

**i) ¿Cosa juzgada o preclusión?**

Preclusión y cosa juzgada comparten, en general, el sentido de cierre, de término de etapa, de fin de debate. No es casual que la palabra preclusión reconozca como lejano antecedente etimológico la voz latina *"praeclusio -nis"* que importaba, en cuanto utilizado como forma verbal –se dice– "cerrar en la cara", por la fórmula *"prae"* (delante de) y *"claud"* -ere (cerrar).

De la afirmación precedente se extrae la siguiente –también incluida en el informe que se viene citando–, que debe formularse con idéntica contundencia:

**“En consecuencia, un Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente, sobre cualquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables, sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado”.**

---

La preclusión es una institución del ámbito del proceso que apunta a la idea de clausura de etapas, esto es, a la imposibilidad de que, cumplido un ciclo del proceso o un simple trámite, se pueda volver atrás, para recomenzar lo ya verificado. Es la lógica que destaca que los actos del procedimiento constituyen, al propio tiempo, antecedente del acto que sigue y consecuencia del acto que antecede, dentro del denominado orden consecutivo legal.

En esta misma idea, debe recordarse la conocida fórmula chiovendiana en cuanto a que la cosa juzgada constituye “la suma o máxima preclusión”.

**Atribuciones del Tribunal de Juicio Oral en relación a la prueba.**

Enfocada la cuestión desde una perspectiva diferente, puede afirmarse que el Tribunal de Juicio Oral NO tiene atribuciones para emitir pronunciamientos –positivos o negativos– en relación a las cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el juez de garantía.

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto –es decir, la imposibilidad de volver atrás– por impedirlo la condición de *res iudicata* del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto, que es más que nada una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable, por lo que la última parte de esta consulta previa, a saber “...si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud [*de la prueba aceptada en el auto de apertura*] en el Tribunal de Juicio Oral...”, se torna simple: de la imposibilidad jurídica de adoptarse una decisión que cambie lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba se desprende idéntica imposibilidad jurídica y lógica de revivirse el debate sobre dichos tópicos.

**La duda que la consulta que se me formulara propone puede comenzar a disiparse:**

Privativamente, compete al juez de garantía pronunciar el auto de apertura del juicio oral y no existe otro tribunal, en el ordenamiento jurídico nacional, que pueda asumir tal función.

Pronunciar el auto representa decidir, en la misma forma privativa, las cuestiones controvertidas en la audiencia de preparación del juicio oral y formular las declaraciones que la ley encomienda al juez de garantía, en esta etapa del procedimiento.

Avanzo así, en torno a las atribuciones de que estaba revestido el Tribunal de Juicio Oral cuya sentencia se ha anulado por la Corte de Apelaciones: a él, definitivamente, no le resultaba posible dejar de ponderar la prueba, de allí que, en cuanto se anula su fallo, lo que importa censurar la actividad sentenciadora, pareciera, sin dudas, haberse cometido un error por el Tribunal de Alzada.

---

Las decisiones y declaraciones del juez de garantía se consignan en una resolución judicial, que como la mayoría, puede ser impugnada por recursos; en el caso concreto, el auto de apertura del juicio oral sólo puede ser objeto de una apelación del fiscal del Ministerio Público, en caso que, en su concepto, se hubiere rechazado sin fundamento suficiente una prueba que él ofreciera, a pretexto de provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales.

Puesto que la cuestión de que se trata –admisibilidad o inadmisibilidad, licitud o ilicitud de la prueba ofrecida– fue discutida en un debate verificado en la audiencia de preparación del juicio oral, al que se puso término mediante la sentencia interlocutoria comentada (auto de apertura del juicio oral...), que, como se expuso, es irrevocable e inimpugnable, no resulta posible reabrir tal discusión, desde que la imposibilidad lógica y jurídica de resolverlo de una manera diferente a la que ya se conoce, torna anticipadamente estéril la discusión.

El Tribunal de Juicio Oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria, ora conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones.

Si el auto de apertura del juicio oral no es apelado en las limitadas condiciones previstas en la ley, deviene en firme o ejecutoriado y, por tal condición, como todas las sentencias interlocutorias, se torna en inmodificable también para el Tribunal de Juicio Oral, al recibir la protección de la cosa juzgada y ni podrá dejarse de recibir, en el juicio oral, la prueba que en el auto se autorizó, ni podrá rechazarse aquella que en tal auto se hubiere denegado.

La historia fidedigna del establecimiento del actual art. 277 del Código Procesal Penal, demuestra, adicionalmente, que el legislador siempre supo y aceptó que lo resuelto en el auto por el juez de garantía, no sería susceptible de revisión posterior alguna, salvo el caso excepcional que la misma norma contiene.

En consecuencia, un Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez o, finalmente, sobre cualquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables, sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado.



## 1.1. LAS DECLARACIONES OMITIDAS.

(Las insuficiencias del fallo anulador de la sentencia)

A los variados capítulos de reproche que se pueden formular a la sentencia invalidante que se comenta, debe, necesariamente, sumarse uno que dice relación con la completa falta de preocupación que se advierte en el análisis de las declaraciones de cuya omisión se trata: es que si se hubiere reparado en las personas cuyos dichos se echan de menos en la investigación, se habría comprobado –aunque en honor a la verdad, la sentencia menciona la calidad de las personas– que se trataba de las víctimas del delito, sujetos a quienes la Corte de Apelaciones, sin prolijidad jurídica, atribuye la condición de “testigos”, olvidando la diferencia esencial que existe, en los más variados sentidos, entre éstos y las víctimas. Al efecto, es útil recordar que la E. Corte Suprema<sup>25</sup> ha declarado que “...debe tenerse en cuenta **que la víctima del delito** en el nuevo proceso penal, a diferencia de lo que parece sostener el recurrente, **no es un testigo**, es decir, un tercero ajeno a dicho procedimiento, pero que depone sobre hechos que interesa acreditar a los intervinientes en él, sino uno de estos últimos, como lo pone de manifiesto expresamente el Código Procesal Penal en su art. 12, que lo parangona con el fiscal, el imputado, el defensor y el querellante, al paso que el Título IV del Libro I de ese mismo cuerpo de leyes lo incluye, en su párrafo 6º, entre los “sujetos procesales”. En esa condición, con arreglo a lo preceptuado en el art. 109 letra e) del Código Procesal Penal, la víctima tiene el derecho a “ser oída, si lo sollicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiera término a la causa”; en cambio, de ninguna disposición de la nueva legislación puede deducirse que grave sobre el ofendido una especie de obligación de hacerse oír a toda costa cuando el Ministerio Público o el tribunal lo juzgue oportuno para el éxito de la investigación o para el establecimiento de los hechos. Esta obligación existe para el testigo, porque la sociedad

---

<sup>25</sup> Cfr. Corte Suprema, 2 de octubre de 2002, Ministerio Público contra Sandro M. Maricurta y otros, rol N° 1989-2002.

le impone que contribuya con sus declaraciones al esclarecimiento de la verdad procesal en interés de los intervinientes en el proceso y, hasta donde sea posible, de la recta administración de justicia para la solución del conflicto entre pretensiones contrastantes; la víctima, por el contrario, en tanto es uno de los sujetos del proceso, puede, precisamente por ello, declinar su interés en los resultados de éste y, por consiguiente, su derecho a expresar “su verdad” sobre los hechos. **Resultaría ciertamente paradójico que, mientras se reconoce siempre a los imputados el derecho a callar o a decir sólo aquello que consideren conveniente, como se deduce del contexto del Código Procesal Penal y, en especial, de sus arts. 98, 194, 195 y 326, el ofendido, en cambio, se viese forzado a prestar declaración, incluso contra su voluntad.**

De este vigoroso modo, la Corte Suprema ha rescatado el derecho de la víctima a no declarar o, a la inversa, ha dejado en claro, para todos los operadores del sistema, que a la víctima, **que no es testigo, no se le puede aplicar el estatuto jurídico de éste**, como el ser forzada a declarar ni por el tribunal ni por el Ministerio Público, y en consecuencia es la suya una declaración estrictamente voluntaria que puede o no tener lugar.

#### A. *¿Influencia en lo dispositivo del fallo?*

Si los hechos invocados constituyen la causal esgrimida –materia respecto de la cual la Corte tampoco parece haberse detenido, porque si lo hubiera hecho, no se divisa cómo podría haber estimado que se haya impedido al defensor “*ejercer [en el juicio] las facultades que la ley le otorga*”–, el recurso debería haberse rechazado porque la condición básica de procedencia de un recurso de nulidad, conforme resulta del art. 375 del Código, es que las circunstancias que constituyen la causal hayan influido en lo dispositivo del fallo y mal podría hacerlo el hecho de que las víctimas no hayan declarado en la investigación y lo hayan hecho en el juicio mismo, desde que ambas declaraciones son facultativas para ellas, y no existe autoridad jurídica ni personal capaz de imponerles tal comportamiento.

B. *Prueba ilegal y prueba ilícita*

De un modo que mueve a la sincera admiración, la defensa califica de prueba “ilegal” a la considerada en el juicio para fundar el fallo, tomando pie en lo que muchos hemos escrito sobre el punto, para establecer diferencias entre prueba ilícita y prueba ilegal,<sup>26</sup> cuestión que, más allá de lo meramente semántico, tiene la importancia de poner a prueba la referencia que el art. 276 inciso 3º del Código efectúa a las pruebas obtenidas con “inobservancia de garantías fundamentales”: la cuestión, con ser ingeniosa, no deja de representar un error jurídico de proporciones en el que la Corte ha incurrido, también, sin reserva alguna.

Como no puede dejar de advertirse, si se llega al convencimiento de que la prueba de que se trata se ha obtenido infringiendo tales garantías fundamentales, que parece ser la idea de la Corte, toda vez que en abono a su decisión ha sostenido, nada menos que en el juicio al permitirse la declaración de estos testigos “...[se ha negado] *con ello a los imputados el derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*”, lo que importa sostener, implícitamente, la infracción a la garantía constitucional del derecho a la defensa letrada que reconoce el art. 19 N° 3 inciso 2º de la Constitución vigente y el art. 8º N° 2 letra d) de la Convención Americana de Derechos Humanos, **el reproche excluyente debió haberse formulado en la audiencia de preparación del juicio oral**, como lo exige el art. 276 del Código Procesal Penal y como el tema se adentra en el ámbito de la nulidad, la cuestión queda zanjada con el saneamiento producido por la circunstancia de no haber impetrado el interviniente, oportunamente, la nulidad, con arreglo a lo previsto en el art. 164 del mismo cuerpo legal.

---

<sup>26</sup> Por mi parte, en lecciones dadas a los jueces del Poder Judicial de la provincia argentina de Corrientes, he afirmado, frente a las pruebas que atentan con la normativa jurídica “[que] ...estamos en presencia de prueba que el sistema positivo prohíbe o proscribe: se trata, entonces, de un amplísimo género que admitirá diversas especies, de las cuales posiblemente las más importantes son las que identifican a la prueba ilegal y a la prueba ilícita.

Es común encontrar una relevante distinción en estas materias: se diferencia lo que se denomina “prueba ilegal o ilegítima” de lo que se denomina “prueba

C. *La nulidad procesal: una sanción para la inobservancia del derecho ritual*

En el ámbito de los procedimientos que, como el nuestro, se rigen, en general, por el principio de la legalidad de las formas—esto es, que a diferencia de lo que acontece con aquellos tributarios de un régimen de libertad de formas, en el que las actuaciones tienen lugar como lo determine el tribunal o el órgano, de manera de satisfacer mejor la finalidad hacia la que el acto está destinado—, las actuaciones deben ajustarse a un modelo predeterminado por la ley. Así, en tanto mayor sea el alejamiento del modo en que efectivamente se verificó el acto, en relación a dicho arquetipo ideal plasmado en la norma, mayor será el grado de ineficacia de que el acto adolezca.

De allí que, con la precisión y claridad que le eran características, Couture pudiera afirmar que “...la irregularidad del acto procesal, esto es, el desajuste entre la forma determinada en la ley y la forma utilizada en la vida, es en todo caso una cuestión de matices, que corre desde el apartamiento gravísimo, alejado en absoluto de las formas requeridas, hasta el levísimo, apenas perceptible”.<sup>27</sup>

---

ilícita”, distingo que descansa en la naturaleza de la norma que la producción de la prueba infringe. Así, es prueba ilegal aquella cuya obtención importó violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento, de naturaleza procesal o material. No obstante, si la prohibición arranca de una ley procesal, la prueba será ilegal, ilegítima o ilegítimamente obtenida; cuando, por el contrario, la prohibición era de naturaleza material (constitucional o penal, como una norma que impone el respeto a la privacidad de cada cual), la prueba habrá sido ilícitamente obtenida, el acto productivo de la prueba constituirá un proceder ilícito, lo que permite calificarla directamente de ilícita.

Ya es posible anticipar, entonces, que efectivamente la “antijuridicidad”—calificación genérica—de la prueba puede resultar de haberse vulnerado una prohibición expresa de la ley (no podrá interrogarse al imputado sin la presencia de su defensor) puede ser el resultado de ajustarse el comportamiento probatorio a una descripción legal (es ilegal tomar declaración al imputado bajo juramento) o puede ser la consecuencia que se extrae de la violación de principios generales del derecho, sea constitucional, penal o procesal penal (por ej.: del que impone el respeto a la dignidad de la persona imputada).

---

<sup>27</sup> Cfr. Eduardo J. Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edic. (póstuma), R. Depalma edit., Bs. Aires, 1958, p. 376.

En la especie, para que pudiera estimarse inválida la declaración de las personas presentadas por el Ministerio Público como testigos al juicio oral, habría sido menester que el art. 259 del Código, que determina las menciones de la acusación y, en particular, señala las menciones que deben indicarse a propósito de la proposición de la prueba, exigiera que sólo puede incorporarse como testigos a quienes hayan declarado en la investigación llevada a cabo por dicho Ministerio, lo que, obviamente, no acontece.

Si hubiere existido tal exigencia, empero, la cuestión de todas formas no habría permitido invalidar la sentencia, porque las mismas personas fueron propuestas por la defensa como testigos suyos y, en tal condición, se les incorporó por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral.

Queda así de manifiesto que no se ha faltado a ningún requerimiento formal de la ley que pudiese autorizar la anulación.

*D. El recurso de nulidad como vía especial de obtención  
de la declaración de nulidad procesal*

Es bien sabido que el actual recurso de nulidad del Código Procesal Penal vino a reemplazar al recurso de casación que incluía el Proyecto del Ejecutivo y al recurso extraordinario que introdujera la Cámara de Diputados; en su función de sustituto del recurso de casación, él presenta la clásicas versiones de la casación civil chilena, porque nadie podrá dejar de advertir que a través de la causal de procedencia consagrada en el art. 373 letra b) se cobija un verdadero recurso de casación en el fondo y que las causales previstas en el art. 374 se corresponden con las de la casación en la forma.

Establecido este punto de partida para el análisis, es preciso admitir, a continuación, que los principios y reglas generales que rigen a la nulidad procesal también deben atenderse cuando se conocen los recursos de nulidad, sin perjuicio de tenerse en cuenta los especiales, propios de esta vía de impugnación.

### E. Inobservancia de reglas especiales del recurso de nulidad

#### a) *Convalidación, en un caso de excepción a la preparación del recurso*

En conformidad a lo exigido por el art. 377 del Código, “...si la infracción invocada como motivo del recurso, se refiere a una ley que regule el procedimiento –cuyo es el caso–, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto”.

En el caso de autos, sin embargo, y por mandato de la misma disposición reseñada y, todavía, en atención a que se invocó una causal de las que representan motivos absolutos de nulidad, no fue preciso preparar el recurso.

Con todo, y reconocido el hecho, siguiendo el razonamiento de la sentencia anulante y de la defensa, lo que, obviamente, no importa afirmar que tal razonamiento se comparta, habría que aceptar que se ha privado al imputado del “*derecho fundamental de contar con una adecuada defensa técnica*”, lo que sería consecuencia de haberse permitido que en el juicio oral se produjere una prueba respecto de la cual no se habría podido ejercer dicha “*adecuada defensa técnica*”.

Mas, como la admisibilidad de la prueba debió discutirse en la audiencia de preparación del juicio oral y en el acta de la misma aparece que “no existe discusión acerca de exclusiones de prueba”, no puede sino concluirse estimando que en concepto de la defensa no existió motivo para que alguna prueba fuera excluida o, lo que a la postre tiene idéntico resultado, que por las razones que sean, dicha defensa no estimó del caso solicitar tal exclusión. Como quiera que sea, la consecuencia jurídica es siempre una misma: la convalidación de la omisión por la falta de oportuno reclamo de la nulidad, porque no se verificó verbalmente y “antes del término de la misma audiencia”, que era la oportunidad propicia, como lo acota el art. 161 del Código.

*Esta regla* –referida a la oportunidad de promover controversia sobre la validez de la prueba, sostiene la Corte Suprema–<sup>28</sup> *se encuentra corroborada por la normativa que contempla el Código Pro-*

---

<sup>28</sup> Cfr. Corte Suprema, 30.06.2003, rol N° 1831-03 c/ Carlos F. Colicoy.

*cesal Penal para las pruebas que pueden rendirse en el juicio oral. En efecto, fuera de la norma sobre el debate de la prueba ofrecida que contempla el art. 272 y aquellas referentes a las convenciones probatorias del art. 275, el art. 277 establece que el juez de garantía debe dictar el auto de apertura del juicio oral que, entre otras indicaciones, debe contener la de las pruebas que deben rendirse en él. Esta disposición corrobora lo resuelto por el fallo recurrido, puesto que, efectivamente, el momento en que deben ofrecerse las pruebas o alegarse las nulidades producto de irregularidades es ante el juez de garantía y precedentemente a que dicte el auto de apertura.*<sup>29</sup>

Esta circunstancia –evidente, manifiesta y trascendente para la suerte del recurso– no mereció la menor consideración del fallo, a pesar de que si, como se lo exige la ley, la Corte hubiere estudiado este aspecto de la impugnación, debió haberla **declarado inadmisibile**.

- b) *El saneamiento de la nulidad por la aquiescencia o aceptación de la eventual perjudicada. (De la buena fe en los debates jurisdiccionales.)*

El principio o modalidad de saneamiento de las nulidades tiene como fundamento no sólo la economía procesal –cuestión siempre relevante– sino, de modo principal, la exigencia de buena fe que debe animar a los que litigan en estrados judiciales.<sup>30</sup> Todavía más, las formas saneadoras que convalidan lo actuado son demostración cabal de la falta de perjuicio que el hecho pudo haber ocasionado al eventual afectado.

*“Convalidado el acto –sostuve en ocasión diversa– ya no puede ser invalidado, porque esa característica que lo acompaña, “la anulabilidad”, ya no se encuentra presente. Se habrá transformado en un acto de tan sólidas raíces como todos los restantes en virtud, en el fondo, del efecto convalidante...”*<sup>31</sup>

En la especie, se afirma que constituye un vicio, que genera nulidad, la circunstancia de haberse ponderado en la sentencia

<sup>29</sup> Destacado mío.

<sup>30</sup> Cfr. Pía Tavalari Goycolea, *El Abuso en el Proceso*, Edic. Jurídicas, Congreso, Stgo., 1ª edic., 2004, pp. 19 a 29.

<sup>31</sup> Cfr. mi “La Nulidad Procesal en el Derecho Actual”, en *El Proceso en Acción*, Edit. Libromar Ltda., Valparaíso, 2000, pp. 255-256.

el dicho de personas que declararon en el juicio, pero no fueron interrogadas en la investigación y/o no se dejó testimonio de sus declaraciones en el registro del fiscal.

No obstante y a pesar de haberse hecho presente el argumento, a la Corte no le parece relevante **que los recurrentes hayan presentado como testigos a las mismas personas** por cuyas declaraciones hoy piden la nulidad.

Cuando, con ligereza, se prescinde del análisis de este elemento, lo que en verdad ocurre es que se ignora o desconoce un principio fundamental en el ámbito de las nulidades procesales y que proclama que ella no puede declararse si el eventual dañado “acceptare expresa o tácitamente los efectos del acto...” (art. 164).

Si la circunstancia de hacer declarar el fiscal en el juicio a personas cuyas declaraciones previas no constan en los registros de la investigación constituye un vicio de nulidad, un mínimo de rigor intelectual debería haber permitido concluir que **el hecho de que el mismo recurrente haya propuesto a idénticas personas como testigos representaba aceptar –expresa o tácitamente– los efectos del acto...**, lo que impide que la pretensión anuladora pueda prosperar.<sup>32</sup>

¿Cómo puede un litigante –sin incurrir en grosera falta de observancia a la más elemental buena fe que debe imperar en el debate jurisdiccional– presentar cuatro testigos para que declaren en el juicio y, más tarde, cuando la sentencia que se dicta se basa, precisamente, en el dicho de **esos mismos cuatro testigos que él presentó**, pedir la nulidad de tal fallo, a pretexto de que, en relación a estos testigos, concurre alguna razón de anulación?<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Me parece preocupante que una Corte de Apelaciones nacional no haya reparado en esta circunstancia tan manifiesta: la represión del abuso procesal a que antes aludí, que constituye una constante en el Derecho Comparado contemporáneo, pareciera no ser motivo de inquietud para un Tribunal Superior nuestro.

<sup>33</sup> La Corte Suprema, en fallo de 28 de octubre de 2003, dictado en los autos 4332-03, plantea dubitativamente esta cuestión, pero la enorme diferencia con el caso que se informa es, precisamente, el hecho de que, en el presente, la Defensa haya presentado a los mismos cuatro testigos, lo que excluye todo debate sobre la validez del testimonio.



c) *La extensión del efecto invalidante*

Si el hecho que se entiende viciado es la circunstancia de constituir prueba admisible en el juicio oral la declaración de las dos víctimas y de los dos funcionarios de la policía, lo que en verdad debe ser anulado, es el auto de apertura del juicio oral y la audiencia de preparación misma, a fin de que, dándose a los acusados la posibilidad de provocar debate encaminado a excluir prueba, el juez de garantía, acogiendo, si procede, su reclamación, pueda dictar un nuevo auto de apertura del juicio oral.

Que el señalado es el único camino de coherencia lógica, queda demostrado con la sola comprobación de que, si se procediere a realizar –como, al parecer sin mayor reflexión, se ordena en la sentencia– un nuevo juicio oral, en virtud de la fuerza de cosa juzgada que ampara al auto de apertura del juicio oral, que por tal motivo es inimpugnable y debe ser ejecutado, en este segundo juicio oral **las únicas personas que podrán declarar**, son, precisamente, las cuatro que fueron presentadas por la acusación y por la defensa... y cuyos dichos no constan en los registros de la investigación.

De este modo queda demostrado que anular el fallo y el juicio, ordenando que se verifique otro, no es suficiente [*o, como me parece, es profundamente equivocado*], por lo que correspondería anular –además de la sentencia y el juicio– la audiencia de preparación y el auto de apertura: esta conclusión, empero, choca con lo prevenido en el art. 372 del Código, que asigna al recurso de nulidad la aptitud para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, y principalmente, con lo dispuesto en el inciso penúltimo del art. 165, conforme al cual “**las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral...**”, lo que es aplicación del principio que antes ha consagrado la misma disposición con la afirmación en orden a que “**...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores...**”.

Importa además vulnerar flagrantemente lo dispuesto en el art. 161 del Código, que dispone que **no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral...**

*Basta para rechazar el recurso de nulidad planteado –ha sostenido en caso semejante la E. Corte Suprema– la clara disposición que se contempla en el art. 161 del Código Procesal Penal. En efecto, no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad presentada extemporáneamente será declarada inadmisibile.*<sup>34</sup>

Y, en la misma línea argumental, el Alto Tribunal ha fallado que “...las infracciones que hubiere podido cometerse con anterioridad al juicio no pueden servir de fundamento para pedir su nulidad, desde que ésta, incluso en caso de declararse, no podría alcanzar a tales actuaciones...”<sup>35</sup>

Si, en consecuencia, una nulidad que se declara **durante** el juicio oral no tiene la fuerza para alcanzar con su efecto invalidante a la audiencia de preparación de ese juicio, con cuánta mayor razón no habrá de afirmarse que, mucho menos, podrá alcanzarlo la nulidad declarada **después** del juicio, como resultado de un recurso de nulidad: muchísimo menos –aún– podrá reclamarse de la nulidad de actuaciones que tuvieron lugar durante la investigación, como lo consagra el claro texto legal transcrito.

d) *La evidente distorsión del sentido de la causal esgrimida*

Funda su anulación la Corte en la pretendida circunstancia de haberse impedido al defensor ejercer las facultades que la ley le otorga: esto, claro está, haciendo hincapié en que hay un “derecho” a contrainterrogar al testigo confrontándolo con sus declaraciones de la investigación.

Esta argumentación descansa sobre un supuesto inaceptable: se parte de la base que entre unas y otras declaraciones **necesariamente** han de existir contradicciones e incoherencias; en palabras diversas, la base de la imputación es sólo supuesta o figurada y, lo que es aun peor, no existe en el fallo elemento alguno que permita concluir que los dichos de las personas, ponderados por el Tribunal de Juicio Oral, hayan sido inconexos,

<sup>34</sup> Cfr. Corte Suprema, 30.06.2003, rol N° 1831-03, c/ Carlos F. Colicoy.

<sup>35</sup> Cfr. Corte Suprema, 27.11.2003, rol N° 4502.03, c/ Patricio Mardones.

incompletos, incoherentes o imprecisos, de suerte que el intérprete pudiese pensar en la necesidad o conveniencia de efectuar a su respecto, una confrontación.

Impedir al defensor ejercer sus funciones o facultades no tiene –ni remotamente– el sentido que la Corte y la defensa le han dado en el fallo y en el recurso, respectivamente; se trata, como cualquier lector podrá imaginar, que no se le permita hablar, que se le niegue el derecho a estar presente en la audiencia; que le resulte vedado interrogar a testigos o peritos; que se le prive del derecho a pronunciar sus alegatos de apertura y clausura, etc.

La alambicada e infundada argumentación, encaminada a estimar que hay privación del ejercicio de facultades del defensor porque no existió una declaración anterior, con la cual hipotética o supuestamente la declaración actual podría ser contrastada, es del todo inaceptable: una consecuencia tan gravosa como la invalidación de un juicio oral sólo se puede justificar en hechos y circunstancias ciertas, concretas y efectivas, y jamás en especulaciones, en eventuales posibilidades futuras ni menos en simples aspiraciones.

## 1.2. CONCLUSIONES

a) El Tribunal de Juicio Oral en lo penal, que pondera el dicho de testigos y las declaraciones prestadas por las víctimas en el juicio, medios de prueba incluidos en el auto de apertura del juicio oral, procede con estricta sujeción a la ley y no comete vicio alguno ni restringe, perturba o impide el ejercicio de facultades del defensor;

b) No es jurídicamente posible a ese tribunal dejar de ponderar la prueba incluida en el auto referido;

c) No constituye causal de nulidad procesal la circunstancia de que el Ministerio Público haya dejado de interrogar a testigos y, por ende, no haya consignado sus declaraciones;

d) Si se estimare que se trata de un vicio de nulidad, debió haberse reclamado de él en la oportunidad legal, esto es, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se hubiere tomado conocimiento del mismo;

e) Las cuestiones sobre procedencia o improcedencia de la prueba que se producirá en el juicio oral tienen una oportunidad propia y específica para promoverse: la audiencia de preparación del juicio oral, y se resuelven en el auto de apertura;

f) El recurso de nulidad, como lo adelanta su denominación, constituye una de las vías posibles para obtener la declaración de nulidad procesal; no es ajeno, por este motivo, al instituto de la convalidación o subsanación de las nulidades que, en el caso de autos operó al aceptar la defensa “los efectos del acto”, como queda demostrado por la circunstancia de haber ella presentado a las mismas personas cuyos testimonios se controvierten, como testigos;

g) No puede olvidarse, a la hora de determinar los alcances del recurso de nulidad, que, conforme al art. 372, su propósito es la invalidación de la sentencia o de ésta y del juicio oral; que de acuerdo al art. 165 inc. 3º, *in fine*, **“las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral...”**, que la misma norma anticipa, en su inciso 1º, que **“...la declaración de nulidad no podrá retrotraer el procedimiento a etapas anteriores...”** y que el art. 161 tiene dicho que **no podrá reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación, después de la audiencia de preparación del juicio oral...**;

h) La sentencia que ha acogido el recurso de nulidad comentado ha dejado sin aplicación los principios que rigen la nulidad procesal, especialmente lo referente a la convalidación y a las reglas propias del recurso de nulidad consagradas en el Título IV del Libro Tercero del Código Procesal Penal;

i) Ha olvidado, también, los más relevantes principios que regulan el debate acerca de la procedencia y la exclusión de la prueba en el nuevo régimen procesal penal.

En mérito de las conclusiones consignadas y de los razonamientos que les anteceden, expreso mi opinión final, en orden a que la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso analizada no se ajusta a Derecho, altera y distorsiona principios del enjuiciamiento penal y, definitivamente, no se ajusta a la filosofía sobre la que opera el nuevo régimen procesal vigente.

## 2. PRUEBA PERICIAL POR VIDEOCONFERENCIA

La defensa del acusado José Antonio Farías Ortiz ha impugnado por vía de recurso de nulidad, invocando la causal consagrada en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal,<sup>36</sup> la sentencia dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama, el 17 de junio de 2004, que lo condenó a la pena de quince años y un día de presidio mayor en su grado máximo y accesorias correspondientes, como autor de dos delitos de violación en perjuicio de menores.

Se trata de resolver –en Derecho– acerca de si se ha vulnerado la garantía constitucional de un debido proceso del condenado, por la circunstancia de haberse permitido por el tribunal que una perito prestara su declaración a través de una videoconferencia, esto es, sin concurrir, físicamente, a la presencia de los juzgadores.

### 2.1. ANTECEDENTES

Descansa el recurso, como se anticipara, entre otros motivos, en la circunstancia de haberse autorizado por el tribunal que la perito Cecilia de la Carrera Doty prestara declaración bajo la modalidad de circuito cerrado de televisión, esto es, videoconferencia, desde la ciudad de Antofagasta, conectada en tiempo real con el tribunal del juicio, el día lunes 9 de junio a las 11.00 horas.

A solicitud del Ministerio Público, se autorizó la modalidad de producción de la prueba pericial referida, en su momento, contra la opinión de la defensa, por el Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Calama, sobre la base de verificarse la identidad de la perito por los jueces del Tribunal de Juicio Oral en lo penal de Antofagasta, antes quienes se prestaría el juramento o pro-

---

<sup>36</sup> Art. 372. *Causales del recurso*. Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

mesa correspondiente y reconociéndose el derecho de la defensa de encontrarse presente en el lugar de la declaración.

En el recurso se arguye, en lo que interesa a la consulta que se me formulara, que las disposiciones legales que regulan la materia discurren sobre la base de que la prueba debe tener lugar en la misma sala de audiencia del Tribunal de Juicio Oral en lo penal, sin que la hipótesis de la causa estuviere contemplada entre las excepciones previstas en los arts. 330, 331 y 337 del Código Procesal Penal, concluyéndose que “...*el Código Procesal Penal no regula la posibilidad de recibir una prueba fuera de la sala de audiencia, so pena de la inobservancia de las normas de desarrollo del juicio oral...*”.<sup>37</sup>

## 2.2. INIDONEIDAD DE LA ARGUMENTACIÓN ANULADORA

En el apartado del recurso, rotulado “*Forma en que se produce la infracción a la garantía del debido proceso, contenida en el inciso 5 del número 3 del art. 19 de nuestra Constitución Política, en estos 4 casos*”, se sostiene que “...*para ello (el legislador) ha establecido un proceso oral en que se recibe la prueba en forma inmediata y directa por el juez, el cual fallará en base a la apreciación de dicha prueba y la convicción a que con ella arribe. Se asegura, de esta forma, una debida bilateralidad de la audiencia y el derecho a la defensa del imputado, quien podrá directamente y frente al juez confrontar la prueba producida por el órgano acusador, contrainterrogando a los testigos y haciendo presente las debilidades de una prueba deficiente*”.

“...*la recepción de la declaración de la perito Dra. Cecilia de la Carrera Doty a través del sistema de videoconferencia a (sic) producido a mi defendido un agravio reparable sólo con la declaración de la nuli-*

---

<sup>37</sup> Nunca estará de más anotar la opinión de quienes, reparando en la manifiesta falta de simpatías por las personas sometidas a proceso del constituyente de 1980, aducen que nuestra Carta NO consagra la garantía de un debido proceso, desde que, en lugar de proclamar que toda persona sometida a enjuiciamiento tendrá el derecho a ser juzgada con arreglo a un debido proceso de ley, se limita a encomendar al legislador el establecer las garantías de un racional y justo procedimiento, al paso que, a continuación, declara no que las personas tienen la garantía de un proceso previo legalmente tramitado, sino que la sentencia de los órganos que ejercen jurisdicción debe fundarse en dicho proceso.

*dad de la sentencia y del juicio, ya que los peritajes escritos, como la declaración de la perito fueron considerados y valorados por el tribunal para formar la convicción de que éste es imputable. Esta valoración realizada por el tribunal le permitió llegar a una convicción que de otra forma no podría haber alcanzado, por lo que se causa, como se dijo, un agravio a mi defendido reparable solamente con la nulidad impetrada”.*<sup>38</sup>

*“Esta infracción –se concluye– constituye el vicio de nulidad contemplado en el art. 373 letra a) del Código Procesal Penal, por lo que también procede sea anulado el juicio y la sentencia por esa causal...”.*

Ningún reproche se formula, empero, en torno a la identidad del perito, ni se aduce circunstancia alguna que indicara que, en el desarrollo mismo de la declaración de la perito, se hubiere cometido alguna infracción a la normativa procedimental que regula esta actividad probatoria (lectura de documentos, falta de juramento o promesa, incompleta identificación de la perito).

Se trata, como se ve, de una muy inadecuada motivación del recurso, porque **de ella no se desprende el perjuicio real y efectivo que se dice haber experimentado**; en efecto, no hay una sola explicación que permitiera entender la razón por la cual la defensa no pudo contrainterrogar a la perito o confrontar la prueba de la acusación o hacer presente las debilidades de esta prueba si ella es deficiente (recuérdese que antes se ha sostenido que en el juicio oral (la defensa) “...podrá directamente y frente al juez, confrontar la prueba producida por el órgano acusador, contrainterrogando a los testigos y haciendo presente las debilidades de una prueba deficiente...”).

Pareciera que el recurrente estima que el invocado constituye un motivo de nulidad que no requiere de perjuicio, lo que, a todas luces, constituye un error: en el sistema anulador del

---

<sup>38</sup> Repárese en que el recurso hace consistir la infracción a la garantía del debido proceso **en el hecho de haberse valorado por el tribunal la prueba pericial** rendida a través de la videoconferencia o, lo que es lo mismo, en el hecho de haberse asignado aptitud persuasiva a la declaración pericial no prestada en su presencia física, pero tal circunstancia no constituye –como se expresa en los párrafos siguientes– un desconocimiento de la garantía aludida, como se comprueba reparando en que en los juicios penales sustanciados bajo la misma preceptiva constitucional, pero con otro ordenamiento procesal (el Código de 1907), la práctica es perfectamente aceptada, lo que también ocurre en los juzgamientos civiles.

Código, la tarea se facilita al que impetra la declaración correspondiente, por vía de eliminar, en algunos casos, la carga de probar el perjuicio, pero no hay interpretación alguna que conduzca a estimar que **sin perjuicio** puede haber nulidad.

De la exposición fundante, resulta que se enfatiza lo que se estima constituiría una infracción a normas procedimentales (la valoración por los jueces de prueba se ha realizado fuera de la sala de audiencia), pero si de tal circunstancia no se desprende que el acusado se vio impedido de ejercer sus derechos o que el tribunal no percibió la información probatoria por sus sentidos, lo que importaría que la convicción acusatoria la ha formado de otras fuentes que la prueba del juicio, tal eventual desconocimiento de la norma, aunque fuera real, no provocaría nulidad procesal, porque lo impide el conocido principio de trascendencia que regula este instituto procesal, que recoge, entre otros, el art. 375<sup>39</sup> y ha proclamado, contundentemente, la Corte Suprema.<sup>40</sup>

En consecuencia, de cara al análisis del recurso de nulidad, en cuanto se refiere a la imputación de haberse aceptado una declaración pericial efectuada a través de videoconferencia, el recurso debe ser desestimado por su manifiesta falta de fundamentación, conforme a lo prevenido en el art. 378 del Código.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Art. 375. *Defectos no esenciales*. No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva sin perjuicio de lo cual, la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso.

<sup>40</sup> Esta sanción procesal –la nulidad como consecuencia de acogerse un recurso por la causal del art. 373 letra a)–, ha sostenido la Corte, constituye una solución de ineficacia de los actos procesales que se han verificado sin cumplir con aquellas formalidades que aseguran el cumplimiento del principio constitucional que obliga al legislador a regular un procedimiento e investigación racionales y justos. Sin embargo, por la trascendencia de la sanción, **la ley establece la exigencia que la infracción reclamada sea sustancial, es decir, que sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso...** Cfr. C. Suprema, 20 octubre 2002 (consid. noveno), Boletín del Ministerio Público N° 14, marzo de 2003, pp. 147 y ss.

<sup>41</sup> Lo anterior, sin considerar, además, que sobre el tema materia del peritaje hubo a lo menos otro informe coincidente, según se expresa en el considerando 24 del fallo que se impugna.



*A. Estatuto jurídico que rige la producción de la prueba pericial en el juicio oral*

Como es conocido, el principio rector de producción de prueba en el juicio oral apunta más que a la formalidad de la actividad probatoria, a la aptitud que se reconoce a la prueba para formar la convicción judicial. En función de esta afirmación, se puede sostener que tal principio lo recoge el inciso 2º del art. 340, con arreglo al cual **“...el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida en el juicio oral...”**.

Esta es la máxima a observar, representando las normas restantes antes que nada regulaciones procedimentales de buen orden para el debate. Con todo, vale consignarlas:

a) Desde luego, conforme al art. 319, la prueba pericial se sujetará a lo dispuesto en el art. 329 y, en defecto, a las disposiciones contempladas para los testigos.

b) Este art. 329 impone que, antes de declarar, los peritos no podrán comunicarse entre sí, ni oír ni ser informados de lo que acontece en la audiencia; ordena interrogar personalmente a los peritos; prohíbe sustituir su personal declaración por lectura de registros con declaraciones anteriores; establece el deber del juez presidente de identificar al perito y exigirle juramento o promesa de decir verdad; señala que los peritos expondrán brevemente el contenido y conclusiones de su informe; que serán interrogados “por las partes” comenzando por la que lo presentare; se autoriza a los jueces para pedir aclaraciones y, finalmente se consagra la posibilidad de volver a ordenar la declaración pericial, a pedido de alguna de “las partes”.

c) En lo que interesa, normas sobre prueba testimonial, se recogen en los arts. 330 (Métodos de interrogación); 331 (Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral), y 332 (Lectura para apoyo de memoria en la audiencia del juicio oral).

d) De los arts. 284 (presencia ininterrumpida de jueces y fiscal en la audiencia del juicio oral), 285 (presencia del acusado en el juicio), 286 (presencia del defensor en el juicio oral) y 291 (oralidad) resulta la vigencia, en función del nuevo juicio, de la

conocida regla técnica del procedimiento de la oralidad<sup>42</sup> y su enriquecedora secuela de inmediación.

*B. Derechos del acusado frente a la prueba contraria a la luz  
de los tratados internacionales*

El art. 8.2 letra f) de la **Convención Americana de Derechos Humanos**, Pacto de San José de Costa Rica, reconoce el “*derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos...*, al tiempo que el art. 14 N° 2 letra e) del **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**, en lo que interesa, asegura a toda persona acusada de delito la garantía de “*interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo...*”.

No hay, a lo menos en estos dos importantes cuerpos normativos internacionales, referencia alguna a la modalidad bajo la cual debe producirse la prueba que servirá de fundamento al fallo, razón por la cual la prueba que se rindió por exhorto, ante un tribunal distante, merece tanta consideración por los pactos como la verificada ante el juez que pronuncia la sentencia.

Por este camino, entonces, se excluye que la invocación del texto previsto en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal importe una alusión a infracción de estas normas internacionales.

*C. La inmediación*

Es conocida la profusa literatura que se ha escrito en relación a la inmediación y a sus ventajas y características; en afán de sín-

---

<sup>42</sup> Remito, en cuanto al tema de las reglas técnicas, a mi “El proceso civil chileno, una lectura desde el debido proceso y la eficacia de la jurisdicción de cara a la reforma” en *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1994, p. 51, y en cuanto a la oralidad, a mi “La oralidad en el proceso civil de América Latina”, en *El Proceso en Acción*, Edit. Libromar, Stgo., 2000, pp. 311 y ss.

tesis, y de cara al sentido de este informe, me parece conveniente apuntar que la inmediación –sustantivo compuesto, integrado por un prefijo de negación “in” y un núcleo “mediación”– expresa, positivamente, la idea de una vinculación directa, vale decir, sin el tamiz de cosas ni de personas,<sup>43</sup> ausencia de intermediarios destacada por Barrios de Ángelis como rasgo caracterizante del principio de inmediación, que, en sus palabras, “supone que los actos de partes se comuniquen al juez, sin la intermediación de persona o cosa alguna, es decir, por percepción directa de la expresión oral, los gestos y actitudes de los interesados”.<sup>44</sup>

Esta forma de relación se proyecta **a la interacción de los sujetos**, generando así una contradicción y, por ende, una bilateralidad real, efectiva e instantánea, pero, adicional y primordialmente, apunta **a la aprehensión sensorial directa por el juez** de la información que emana de los órganos de prueba.

Se satisface la exigencia de inmediación, en consecuencia, cuando entre juez y partes o entre aquél y los abogados existe la posibilidad del diálogo directo, de respuesta instantánea; cuando entre abogado y testigo o declarante, en general, se admite el intercambio de preguntas y respuestas, sin que alguien o algo se oponga; todavía, cuando en tal diálogo es posible la interrupción por el interlocutor, impidiendo la conclusión de la oración, para negar la parte ya escuchada, para exigir precisión en los términos, etc.

Se satisface idénticamente esa exigencia cuando el juez aprehende, por sus propios y exclusivos sentidos, el material informativo que fluye de la prueba, sin demora, al momento, al propio instante en que ésta se verifica, sin que nada ni nadie conduzca, labore, digiera o controle el caudal persuasivo resultante.

<sup>43</sup> Couture escribe que “el nombre de inmediación procesal se usa para referirse a la circunstancia de que el juez actúe junto a las partes, en tanto sea posible en contacto personal con ellas, prescindiendo de intermediarios tales como relatores, asesores, etc.”. *Cfr. Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edic. (póstuma), Bs. Aires, Depalma.

<sup>44</sup> *Cfr.* Santiago Garderes, “El principio de inmediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia”. *Libro de Ponencias XVII Jornadas Iberoamericanas, XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal* (en homenaje a la escuela procesalística uruguaya), octubre 2002, Fundac. Cultura Universitaria, Montevideo, p. 743.

En perfecta armonía con lo expuesto, se lee en la “Exposición de Motivos del Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial para la Provincia de Buenos Aires”, elaborado sobre un trabajo de Mario Augusto Morello, Rolando Azari, Isidoro Eisner y Mario Kaminker, que “...(lo que se debe implantar) es **la inmediación**, entendida como presencia del juez en vinculación permanente con las partes profesionales y auxiliares de la justicia y el material de conocimiento sometido a su juzgamiento...”.<sup>45</sup>

#### D. Los tiempos actuales, la ciencia y el proceso

Existe conciencia en torno a calificar a los últimos cien años como el período en que se ha producido la mayor innovación en el conocimiento humano, desde que la Historia existe y, todavía podría acotarse la expresión, para afirmar que los últimos 25 años del siglo XX han generado tal caudal de información y conocimiento que, aunque resulte dudoso afirmar que se ha dado nacimiento a una nueva era, que Z. Brzezinsky denominara “tecnotrónica”, Alvin Toffler “de la tercera ola” o Nassblit, simplemente “de la información”, es lo cierto que los indicadores son abrumadores, haciendo realidad el juicio de Toynbee, en orden a que “la Historia se está acelerando de tal modo, que nos sorprende constantemente merced a extraordinarios avances modernos”.<sup>46</sup>

En lo que nos interesa, pues, es preciso reconocer con Ortells,<sup>47</sup> que la progresiva mayor complejidad de los componentes de la realidad social que el Derecho está llamado a regular, así como el continuo perfeccionamiento de los métodos de esos compo-

<sup>45</sup> Cit. por Óscar J. Martínez, en “Las Nuevas Herramientas Procesales y Tecnológicas y la Superación de la Dicotomía entre Oralidad y Escritura”. Ponencia a las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Costa Rica, octubre de 2000, vol. I de ponencias, p. 406.

<sup>46</sup> Cfr. Horacio R. Granero, *El Derecho y la alta tecnología. El impacto de las nuevas tecnologías en el Derecho*, Instituto de Informática Jurídica, Univ. del Salvador.

<sup>47</sup> Cfr. Manuel Ortells R., “Incidencia de las Nuevas Tecnologías en el Proceso Jurisdiccional”. Relato general por Iberoamérica. *Libro de Ponencias XVII Jornadas Iberoamericanas, XI Jornadas Uruguayas de Derecho Procesal* (En homenaje a la escuela procesalística uruguaya), octubre 2002, Fundac. Cultura Universitaria, Montevideo, p. 608.

nentes, constituyen ciertamente una buena muestra de la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso. Las nuevas tecnologías son las que se ha dado en llamar “tecnologías de la sociedad de la información”. Es decir, las tecnologías de archivo, tratamiento y transmisión de imágenes, sonidos y datos entre los equipos técnicos adecuados, las nuevas tecnologías ligadas a la electrónica, la informática, las telecomunicaciones y sus aplicaciones.

La revolución a que asistimos, en materia de telecomunicaciones e informática, se ha dicho,<sup>48</sup> conlleva en el plano cultural una reformulación de los criterios que pautan las nociones de eficacia y eficiencia, lo que, aplicado al proceso, lleva a considerar obsoleto, y por ende ineficiente, al modelo procesal actual, lo que se explica en palabras del célebre procesalista argentino Augusto M. Morello, señalando que *“una de las causas de la ineficiencia de la justicia acaso sea la continuidad de sistemas o métodos de trabajo que prescinden de los aportes de disciplinas técnicas o científicas, sin duda afines, que son determinantes de la modernidad. Si se tiene en vista que la finalidad del servicio de justicia debe ser la máxima efectividad posible en la solución de conflictos (en tiempo, costo y calidad), ha de repensarse la forma de construir el proceso, de organizar la oficina judicial y el estudio jurídico”*.<sup>49</sup>

Como ha resuelto la Corte Suprema argentina, *“...la aceleración de los cambios históricos, el avance científico y tecnológico y el aumento de las necesidades espirituales y materiales a las que se adiciona la revolución de las comunicaciones, requieren del ámbito jurisdiccional una perspectiva dinámica, en correspondencia con los sistemas de comunicación, el crecimiento exponencial de la tecnología y su gravitación sobre la mentalidad, las actitudes y los comportamientos individuales y sociales”*.<sup>50</sup>

La indiscutida irrupción de las tecnologías en la vida de nuestros tiempos se retrata con fidelidad en los términos del Mensaje con que el Presidente de la República enviara al Parlamento

<sup>48</sup> Cfr. Santiago Garderes, ob. cit., “El principio de intermediación y las nuevas tecnologías aplicadas al proceso, con especial referencia a la videoconferencia”, p. 741.

<sup>49</sup> Cfr. *La Eficacia del Proceso*, Ed. Hammurabi, Bs. Aires, 2001, p. 31.

<sup>50</sup> “Vago, Jorge A. vs. Ediciones de la Urraca S.A.”, 19.II.1991, cit. por A.M. Morello, *Lo Hecho. 1940-1996*, Lib. Edit. Platense SRL, 1996, p. 488.

el Proyecto de Ley que más tarde comenzara a regir como Ley N° 19.799 sobre Firma Electrónica, ocasión en que expresó:

“Apenas transcurrido poco más de un siglo de la última revolución industrial, el mundo y nuestro país asisten a una nueva revolución tecnológica, cuyo impacto probablemente superará al que en su momento trajo consigo la popularización de la imprenta y del libro. Ya no se trata sólo de la revolución de las computadoras, sino de la revolución de internet, una red mundial que abre extraordinarias posibilidades para el progreso, el bienestar y la igualdad de oportunidades para todos los chilenos. Esta revolución tecnológica resulta de la convergencia de diversos fenómenos, entre los que destacan la digitalización de la información y el conocimiento, la difusión mundial de internet como red abierta de comunicaciones y transacciones, la informatización de empresas y procesos... Para impulsar el pleno aprovechamiento de la revolución tecnológica en curso, el gobierno ha establecido una estrategia orientada por... grandes propósitos... acelerar el aprendizaje nacional en el uso y dominio de las nuevas tecnologías de información y comunicación... la informatización y uso creciente de redes electrónicas por parte del Estado adecuando su gestión y organización...”.

#### *E. Los Códigos de Procedimiento Penales chilenos y la tecnología*

El Código de Ballesteros, redactado, a estas alturas hace ya más de 111 años y vigente aún –julio de 2003– en las regiones de mayor densidad poblacional del territorio nacional, ha venido siendo actualizado a lo largo de su prolongadísima existencia, y quizás una de las reformas más trascendentes, de cara a aligerar el férreo sistema inquisitivo que contempla, la introdujo la Ley N° 18.857, del año 1989; pues bien, tales modificaciones –adoptadas durante las postrimerías del período del Gobierno Militar– fueron estudiadas y redactadas por una Comisión Conjunta en la que participaron miembros de las diversas Comisiones Legislativas, grupos que asesoraban a los integrantes de la Junta Militar de Gobierno.

La ley referida introdujo el art. 113 bis, y en las Actas de la Comisión Conjunta se lee que “...el art. 113 bis abre el actual régi-

*men probatorio a nuevas formas de probar, algunas de las cuales se indican en el mismo precepto, quedando las innominadas comprendidas en la locución ‘cualquier medio apto para producir fe’, y se explica que la norma se propone, ‘...aportar a la tarea jurisdiccional elementos que puedan contribuir eficazmente a la agilización de la misma...’.*

Esta fórmula amplia y abierta, capaz de asumir los avances tecnológicos, la propusimos –en nuestra condición de asesor técnico del Ejecutivo– en la discusión del Proyecto de Código Procesal en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, y aparece recogida en el art. 323, que bajo el epígrafe “Medios de prueba no regulados expresamente”, dispone que...

*“Podrán admitirse como pruebas, películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de producción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe...”.*

La cuestión no puede sorprender, si se tiene en consideración que ya el art. 226 declara que *“...cuando el procedimiento tuviere por objeto la investigación de un hecho punible que mereciere pena de crimen, el juez de garantía podrá ordenar, a petición del ministerio público, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos...”*.

Y, confirmando el criterio general del legislador procesal penal, frente a las vías y medios de reproducción de imágenes, sonidos y demás circunstancias, el art. 227, a propósito del tema “registro de las actuaciones del ministerio público” sostiene que *“...el ministerio público deberá dejar constancia de las actuaciones que realizare tan pronto tuvieren lugar, utilizando al efecto cualquier medio que permitiere garantizar la fidelidad e integridad de la información...”*.

Nadie podrá dejar de advertir la perfecta coherencia del legislador que, en el tema, exhibe un criterio claramente identificable, en el sentido de dejar sentada la posibilidad de uso de medios –que no precisa– diferentes a los tradicionales, en manifiesta disposición de abrirse a los avances científicos y tecnológicos que se avecinan.

Para el tema en debate, las reglas contenidas en los arts. 226 y 323 son de enorme significación: en efecto, ellos admiten la posibilidad de utilizarse **medios de prueba** desconocidos y dife-

rentes a los tradicionales, con la sola condición de que sean aptos para producir fe, vale decir, que aseguren la fidelidad e integridad de la información.

Pues bien, si los jueces pueden formar su convicción sentenciadora en medios aportados por la tecnología futura, esto es, medios que no están expresamente considerados en las normas procesales actuales y diferentes a los tradicionales, con cuánta mayor razón no estarán dichos jueces autorizados **para incorporar medios de prueba tradicionales**, por vías tecnológicamente más modernas...

El viejo brocardo interpretativo que señala que quien puede lo más, puede lo menos, así lo asegura.

#### F. *La videoconferencia*

La videoconferencia es un sistema que permite mantener una comunicación simultánea entre dos o más puntos habilitados y conectados a las redes de transmisión de datos o, más simplemente, "...un servicio que enlaza dos o más lugares a través de transmisiones en directo de video y audio..."<sup>51</sup> y que se caracteriza por ser:

a) *Integral*, ya que **permite el envío de imagen** (personas, video, multimedia, etc.), sonido (voz de alta calidad, música, etc.) y datos (ficheros automáticos, bases de datos, etc.);

b) *Interactiva*, pues **permite una comunicación bidireccional en todo momento**;

c) *Sincrónica*, es decir, **en tiempo real**, pues se transmite en vivo y en directo, desde un punto a otro o entre varios puntos a la vez.

#### G. *Algunas referencias a la videoconferencia en el Derecho Comparado*

Desde luego, es preciso reconocer que la cuestión viene irrumpiendo en forma avasalladora; no por nada en España se ha ce-

<sup>51</sup> Cfr. Rodríguez, Matías, y Baston, Carlos, *Marco jurídico y formas de gestión en telecomunicaciones*. Montevideo, Fondo C.U. 1991, p. 102, cit. por Garderes, ob. cit., p. 744.



lebrado, en mayo de 2001, y ante la Audiencia de Sevilla, el primer juicio penal con declaración de testigos que estaban en otra ciudad (Palma) por videoconferencia.<sup>52</sup>

En Italia, su uso está regulado en la Ley N° 11, de 7 de enero de 1998, sobre *“partecipazione al procedimento penale a distanza”*.

Se exige allí que, en el plano técnico, la norma asegure la contextual efectiva y recíproca visibilidad y audibilidad de las personas presentes en ambos lugares y equipara a la sala de audiencia el lugar donde se encuentra la persona conectada mediante videoconferencia.

En Estados Unidos, entre otros estados, aparece en Virginia Occidental, autorizado por las “Reglas de práctica y procedimientos para los tribunales de familia”.<sup>53</sup>

La información disponible en internet también da cuenta de la utilización de videoconferencia con fines procesales (interrogatorio de testigos y peritos) en Canadá,<sup>54</sup> y hay numerosas otras referencias, siendo quizás una de las más importantes la que se formula al “Convenio relativo a asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea”, que permite el interrogatorio de peritos y testigos entre los países.<sup>55</sup>

Adicionalmente se conoce del Proyecto que específicamente modificará la Ley de Enjuiciamiento Criminal española agregando un art. 731 bis, que reza: *“El tribunal de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal, como imputado, testigo, perito o en otra condición, resulte gravosa o perjudicial podrá acordar que su actuación se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y sonido de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del art. 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

<sup>52</sup> Cfr. <http://www.acertia.com./noticias.com/juicio.html>

<sup>53</sup> *Rules of Practice and Procedure for Family Court*, vigente del 27.09.2000.

<sup>54</sup> Cfr. [http://www.ourts.gov.bc.ca/SC/Annual\\_97/VIDEOCONFERENCING%20COMITEE.htm](http://www.ourts.gov.bc.ca/SC/Annual_97/VIDEOCONFERENCING%20COMITEE.htm)

<sup>55</sup> Cfr. por todo Gaderes, ob. cit., pp. 746 y ss.

H. *La situación chilena y la necesidad de un criterio hermenéutico apropiado*

La respuesta a la interrogante en torno a la procedencia de la prueba pericial producida en juicio oral, a través del sistema de videoconferencia supone, primordialmente y ante la falta de un explícito texto legal nacional que autorice o proscriba dicha posibilidad, una cuestión de interpretación de la ley y, en especial, de la ley procesal penal. No se discute que la ley no es un hecho histórico que pueda entenderse fuera del intérprete y de la vida social, cultural, científica, política, económica, esto es, fuera del entorno territorial, temporal y cultural en que se aplicará, desde que, como afirmara felizmente Wach, ella constituye una voluntad que tiene eficacia permanente; es una fuerza constantemente viva, razón por la cual, como se ha enseñado,<sup>56</sup> para conocerla no basta pues referirse a las necesidades y a las relaciones sociales de la época en que fue dictada; la ley no se interpreta como una obra literaria o como un documento histórico cualquiera; precisa, por el contrario, que se la refiera a las nuevas necesidades o relaciones sociales que se han agregado o superpuesto a las anteriores... cuando el contenido ha escapado de la forma, que es la norma jurídica, es necesario substituirlo con el nuevo contenido social que en la realidad de la vida ha desplazado al anterior, si se quiere que la norma continúe siendo lo que debe ser, es decir, una fuerza constante viva.<sup>57</sup>

Este modo de entender la tarea hermenéutica, usualmente conocida como interpretación progresiva (*lex plus voluit quam dixit*), conocida y aplicada de siempre, cobra una insospechada relevancia en nuestros tiempos, en función de la avasalladora irrupción tecnológica en todos los ámbitos de la vida que venimos comentando, incluyendo, por supuesto, el de las relaciones procesales.

Lo expresado, ha de complementarse con las ideas frecuentemente esbozadas bajo la denominación de “interpretación teleológica”, entendiendo por tal la búsqueda de la voluntad

---

<sup>56</sup> Cfr. Alfredo Rocco, *La Sentencia Civil. La interpretación de las leyes procesales*, Cárdenas edit., 1ª reimp., México, 1993, p. 278.

<sup>57</sup> Ídem.

concreta de la ley, superado ya el antiguo mito de la voluntad del legislador, habida cuenta que la ley, una vez promulgada, se aparta de los condicionamientos sociales y subjetivos que la han determinado.<sup>58</sup>

En tal sentido, Prieto Castro afirmaba que “las normas procesales han de conceptuarse, en el fondo, como reglas de oportunidad y conveniencia cuya finalidad última, desde el punto de vista de la función que el Estado quiere realizar, está fuera de ellas mismas. **Esta función es la de impartir la justicia del modo que sea más expedito posible, sin perjuicio de las garantías necesarias, con el menor esfuerzo individual, el mayor ahorro, tanto para el Estado como para los particulares...**”.<sup>59</sup> (Énfasis agregado).

Con todo, parece que —una vez más— la mejor respuesta la encontramos en Couture, quien, en sus conocidos *Estudios* afirma que “el fenómeno de la interpretación no tiende a desentrañar el pensar del legislador, sino la medida de eficacia actual de la norma, **el derecho prorroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro...**”.<sup>60</sup>

Establecido que la videoconferencia conlleva una revolución conceptual que necesariamente alcanza a las ideas que definen el principio de intermediación procesal y los conceptos de comunicación, diálogo, presencia, proximidad, intermediarios, y en este marco el análisis debe partir de la finalidad o ratio del principio normativo, teniendo presente su carácter instrumental; el contacto personal y directo de los jueces con las partes y la prueba constituye, en este sentido, el medio o instrumento para el mejor conocimiento de los hechos debatidos. Bajo esta premisa debemos prescindir del marco conceptual tradicional, en el que el contacto personal y directo supone una determinada proximidad física y reformular los conceptos enunciados desde una renovada perspectiva (esto es, no en función de paradigmas que la realidad demuestra superados), a fin de establecer si la co-

<sup>58</sup> Cfr. Manuel Serra D., *Estudios de Derecho Procesal*, Edic. Ariel, Barcelona, 1969, p. 18.

<sup>59</sup> Cfr. L. Prieto Castro, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1964, t. I, p. 34, *cit.* por M. Serra, *ob. cit.*, p. 18.

<sup>60</sup> *Estudios de Derecho Procesal*, t. III, p. 25.

municación por videoconferencia permite o no el instantáneo conocimiento de los hechos por los jueces del tribunal.<sup>61</sup>

La necesidad de revisar los conceptos enunciados sobre los que se asienta la definición de intermediación procesal parte de la siguiente consideración técnica: la comunicación por videoconferencia entre dos o más personas situadas en lugares distintos permite su recíproca y simultánea visibilidad y audibilidad, **sin limitación en función de la distancia que separa esos lugares, ni restricciones sensoriales** (a excepción del tacto y el gusto, que, en la materia, carecen de trascendencia) y los sujetos pueden verse y oírse y, por ende, entenderse, recíproca y simultáneamente, de allí que, como enfatiza Garderes,<sup>62</sup> "...el juez o el abogado que interroga al testigo o perito conectado por videoconferencia **recibe al instante sus repuestas, al tiempo que percibe sus gestos**, lo que posibilita una comunicación amplia y sin menoscabo del derecho de defensa", por lo que, como afirmaba Carnelutti, cada uno participa en el diálogo, tanto escuchando como hablando.<sup>63</sup>

### I. *El nuevo sistema de juzgamiento penal*

Es manifiesto que el régimen de enjuiciamiento consagrado en el nuevo Código Procesal Penal enfatiza, como garantía máxima que se puede conferir al acusado, la realización de un juicio oral y público para determinar su responsabilidad penal (art. 1º). Éste es el modelo que el legislador ha utilizado para cumplir el encargo que, en el art. 19 N° 3 de la Carta Política, le formulara el constituyente, en orden a consagrar un procedimiento justo y racional y es, además, el juicio previo a que alude el mismo precepto constitucional.

De la oralidad demandada al procedimiento extraemos la necesidad de la intermediación, resaltada otra vez con motivo de la regulación del juicio oral, según en su momento se dejó constancia, y, en consecuencia, para contestar a la interrogante en torno a si la declaración de un perito efectuada a través de una

<sup>61</sup> Garderes, ob. cit., p. 749.

<sup>62</sup> Ídem.

<sup>63</sup> Cfr. F. Carnelutti, *Derecho Procesal Civil y Penal*, t. I, Derecho y Proceso, EJEBA Bs. Aires, 1971, pp. 173 y ss.

videoconferencia ha importado vulnerar la norma constitucional que impone el juzgar con arreglo a un procedimiento justo y racional, es preciso establecer cuáles son los derechos que un procedimiento que cumpla con tales apelativos consagraría al defensor y/o reconocería para el acusado.

La tarea puede verificarse dando por aceptado que el estatuto procedimental que el Código Procesal Penal establece para el interrogatorio de los peritos se ajusta a la norma constitucional, razón por la cual la cuestión queda resuelta si se llegara a la conclusión de que este estatuto se observó escrupulosamente o, lo que es lo mismo, bastará, para saber que no se produjo infracción o ilícito constitucional alguno con la aceptación y ponderación de la declaración por videoconferencia, el contestar **afirmativamente** a las interrogantes que siguen:

a) ¿La perito que declaró en la causa, a través de videoconferencia –en adelante “la perito”– fue aquella mencionada en el auto de apertura del juicio oral, como experta que quedaba autorizada a presentar el Ministerio Público y fue individualizada como tal? (art. 329 inc. 2º).

b) Antes de prestar su declaración, ¿la perito juró o prometió decir la verdad? (art. 329 inc. 2º).

c) Antes de prestar tal juramento, ¿la perito estuvo imposibilitada de saber lo que ocurría en la audiencia o lo que declaraban otros peritos o testigos?

d) La declaración de la perito ¿tuvo lugar en el día y hora en que se verificaba el juicio oral de que se trata?

e) La declaración ¿la efectuó la perito misma, personalmente y hablando, esto es, exponiendo verbalmente sus dichos, sin que ninguna otra persona ocupara su lugar? (art. 329 inc. 1º).

f) Mientras la perito declaraba ¿los jueces del Tribunal de Juicio Oral llamados a dictar la sentencia, estaban en sus lugares de la sala de audiencia en que el tribunal funcionó, sin recibir otras pruebas, interrogar otros testigos o peritos o realizar otras actividades propias de su ministerio y, por el contrario, **miraban a la perito y escuchaban su testimonio?** (art. 284).<sup>64</sup>

<sup>64</sup> La respuesta afirmativa a esta pregunta importará reconocer que la regla del art. 340 inc. 2º del C. Procesal Penal, que impone a los jueces del juicio oral

g) ¿Tuvieron ocasión los jueces que dictaron la sentencia de **oír** la declaración de la perito **instantáneamente** con su pronunciamiento y de **verla en el mismo momento** en que pronunciaba los términos de tal declaración?

h) Si la perito hubiere interrumpido su declaración, hubiere pedido ayuda para continuarla o hubiere leído el testimonio, ¿lo habrían **visto**, en el acto, los jueces que dictaron la sentencia?

i) Tan pronto concluyó la declaración de la perito, ¿hubo posibilidad de repreguntarla y/o contrainterrogarla por el fiscal, por el abogado de la querellante si lo hubiere habido y por el abogado defensor? (art. 329 inc. 3º C. Penal; 8.2., letra f) del Pacto de S. José de C. Rica, y 14.2 letra e) del Pacto Internacional de D. C. y P.).

j) En esa misma ocasión ¿tuvieron los jueces del tribunal la posibilidad de solicitarle que aclarara sus dichos? (art. 329 inc. 4º).

Este ejercicio intelectual permite comprobar, sin la menor duda, que la circunstancia de haberse verificado la prueba pericial mediante una videoconferencia que permitió la simultánea e instantánea interacción, visual y auditiva, entre perito, abogados, jueces e intervinientes, no sólo no ha vulnerado ningún derecho constitucional o consagrado en los tratados que el Estado debiera proteger, sino que ha permitido que el sistema procedimental cumpliera con su deber de suministrar conocimiento cabal a quienes están en el proceso, administrando con eficacia los recursos de la persecución penal pública,<sup>65</sup> de cara a una mejor y más cumplida impartición de la justicia.

---

formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio, ha quedado cabalmente cumplida, lo que significará que el recurso carece de todo fundamento.

---

<sup>65</sup> Cfr. acerca de la importancia de este principio de eficaz administración, al efecto, mi “Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *El Proceso en...*, cit., pp. 567 y ss.

### J. *Prueba anticipada y prueba en videoconferencia*

Cabe además agregar que la redacción del recurso de nulidad deducido, en cuanto no es capaz de precisar, efectivamente, de qué modo se le habría ocasionado un perjuicio con la actividad probatoria que impugna, debe conducir a su rechazo, en especial si se repara en que el recurrente no es capaz de explicar la razón por la cual una declaración pericial prestada en la forma analizada y que permite la interacción entre jueces y declarante sería inconstitucional y no lo sería la misma prueba pericial rendida como prueba anticipada en la audiencia de preparación del juicio oral, conforme a lo dispuesto en el art. 280 del Código.

Esta prueba anticipada, que se presta **ante un tribunal diferente**, no confiere obviamente a los juzgadores posibilidad alguna de **ver** a la declarante cuando presta su testimonio ni, muchísimo menos, la opción de pedirle aclaración de sus dichos.

La indiscutida circunstancia de no haberse formulado jamás reproche alguno de inconstitucionalidad en contra de esta modalidad probatoria contribuye a enfatizar la falta de fundamentos del recurso que se comenta.

### K. *Conclusiones*

a) El recurso exhibe manifiestas deficiencias de formalización que deben conducir a su rechazo.

b) La interpretación cabal del art. 340 inc. 2º apunta a exigir a los jueces que basen su sentencia en la prueba producida en el juicio, esto es, en aquella prueba que puedan ver y oír por sus propios sentidos.

c) Lo anterior no obsta a que, por diversas circunstancias, se autorice a esos jueces a formar su convicción en prueba que no se rindió ante ellos, sino en lugar y tiempo diferentes al de realización del juicio oral, como acontece con la prueba anticipada y con la lectura de declaraciones previstas en las letras c) y d) del art. 331.

d) Si el Código –e incluso su antecesor, aun vigente– autoriza que los jueces establezcan la responsabilidad penal de una

persona por “videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen y del sonido e incluso por cualquier medio apto para producir fe” que no constituya uno de los medios de prueba tradicionales, no puede sino aceptarse que la traslación al juicio de un medio de prueba de indiscutida raigambre tradicional, como una declaración pericial, también puede verificarse a través de “un sistema de reproducción de la imagen y del sonido que es apto para producir fe”.

e) Una videoconferencia que, según quedó establecido, constituye una modalidad de comunicación **integral, interactiva y sincrónica**, se ajusta a la exigencia del art. 340 inc. 2º del Código Procesal Penal.

f) La interpretación de las normas legales que exigen estos tiempos, plenos de innovaciones técnicas, es aquella que, en palabras de Couture, asegura que el derecho prorroga indefinidamente su vigencia hacia el futuro.

g) Admitir y ponderar una prueba pericial producida a través de videoconferencia no infringe garantía constitucional alguna y no importa incurrir en la causal de anulación prevista en el art. 373 letra a) del Código Procesal Penal.



### 3. PRUEBA ILÍCITA (Estado actual de la cuestión)

“En vista del muro de silencio con el que se han encontrado en los supuestos miembros de Al Qaeda encarcelados, los investigadores estadounidenses del FBI están considerando recurrir a técnicas de interrogación más duras, incluida la tortura, informó *The Washington Post*. Las opciones que se consideran incluyen “drogas de la verdad”, tácticas de presión y la extradición de los sospechosos hacia países cuyos servicios de seguridad usan la ‘mano dura’. Bajo la ley estadounidense, las confesiones logradas mediante la utilización de presión física o tortura son inadmisibles”. (*El Mercurio*, 22 de octubre de 2001.)

Que el Derecho sólo se explica y justifica en función del bienestar y la dignidad del hombre, del ser humano, parece ser una pacífica afirmación: el tema es que el juicio ha de predicarse de todas las instituciones y modalidades jurídicas y, además, respecto de todos los seres humanos.

De otra parte hemos asumido en nuestra común cultura cristiana occidental la exigencia de dotarnos de un régimen de gobierno que se ajuste a lo que genéricamente denominamos un Estado democrático de Derecho, expresión que comprende un estatuto político institucional caracterizado por un recíproco control de los órganos que ejercen el poder, control que adicionalmente se verifica comprobando la concordancia del actuar con la normativa jurídica predeterminada.

La sumisión de las funciones estatales al derecho y el carácter instrumental que éste presenta, de cara a la persona humana, resultan así los más acusados caracteres del sistema de convivencia de las sociedades democráticas de nuestros días.

Bajo este esquema, puede anticiparse una común y preliminar conclusión: en nuestro tiempo, los Estados que comparten la filosofía política que se califica de democrática, tienen en el hombre su razón de ser y en los valores que le acompañan, el norte que dirige su actuar.

La afirmación puede sintetizarse determinando, como lo suelen formular Cartas, Constituciones, tratados y pensadores, que el bien común es la justificación del proceder estatal o, a la inversa, que sólo se explican la existencia y funcionamiento estatales en cuanto apuntan a ese bien común.

Expuesta la idea de un modo simple, se reduce a reconocer que si el Estado se explica por el hombre y si quienes ejercen el poder han de sujetarse a recíprocos controles, bajo un marco preestablecido, el resultado es que la conducta estatal se desarrolla bajo un marcado régimen de límites y controles.

El juicio es común y amplio, en términos de alcanzar a todo comportamiento estatal y, en lo que nos interesa, desde luego, a aquel persecutorio y represivo de delitos que, en general, conforma el proceso penal a través de la investigación, juzgamiento y sanción de tales atentados.

Así, puede sintetizarse lo que exponemos en la afirmación de que el Estado democrático de Derecho es el Estado que se autoimpone límites en su actuar o que lo que identifica a este Estado es la observancia de tales límites.

Resultan, de este modo, elementos que identifican al moderno sistema estatal los parámetros que condicionan el desarrollo de sus funciones y el fin último a que tales funciones deben aspirar, fin que, naturalmente, ha de empapar de sus características a los medios a que se recurre para alcanzarlo.

Comienza a perfilarse así lo que podremos denominar un estatuto ético regulador del ejercicio estatal. Como la conducta persigue el bien común, sólo es permitido recurrir a medios éticamente aceptables, teniendo además en cuenta que el sistema legal no puede aprovecharse de pruebas de cargo obtenidas a partir de una violación al mismo sistema legal.<sup>66</sup> La perenne cuestión de fines y medios reaparece a propósito de este tema y condiciona las respuestas.

Establecidas estas ideas preliminares, corresponde recordar que la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos representa una tarea insoslayable de los Estados y que, por siglos, la historia del proceso penal, instrumento a través del cual se lleva a cabo esta función estatal, ha oscilado entre lo que con cierta simpleza de análisis hemos denominado garantismo y eficacia, encrucijada que enfrenta la búsqueda de la verdad como mecanismo de defensa social, y la observancia, atención y cuidado de los derechos y garantías individuales.

---

<sup>66</sup> Cfr. Héctor Superti, “¿El fin justifica los medios?”, en *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Edit. Juris, Rosario, 1998, p. 285.

El trazado del campo de actuación de la actividad investigadora y persecutoria lo conforma la observancia que el Estado resuelva efectuar de los derechos de las personas para autolimitarse en sus funciones: ¿hasta dónde está dispuesto a llegar el Estado? Esta constituye la pregunta a resolver en estos tópicos, y en tal afán, de antiguo, viene enfocándose la cuestión desde la perspectiva probatoria, imponiendo límites a esta actividad, a través de la reglas de exclusión de pruebas.

Naturalmente que la cuestión debe confrontarse con otros intereses sociales relevantes y que el derecho no puede abandonar, todo lo cual da margen a dos posturas antagónicas y enfrentadas entre sí: para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quita a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponde al infractor; para la segunda, en cambio, el derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.<sup>67</sup>

Si la finalidad del proceso no es aplicar la pena al reo de cualquier modo, enseña Ada Pellegrini Grinover, la verdad debe ser obtenida de acuerdo con una forma moral inatacable.<sup>68</sup>

Una mirada al Derecho Comparado conduce inevitablemente al ámbito del constitucionalismo y jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos de América,<sup>69</sup> para establecer que, en función de los términos de la Cuarta Enmienda de la Constitución, se garantiza a los habitantes de ese país el derecho a sentirse o estar seguros de que no serán objeto de búsquedas o medidas no razonables, en relación a sus personas, hogares, papeles y efectos.

<sup>67</sup> Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, "Restricciones a la Prueba en la Constitución brasileña", en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, N<sup>os</sup> 21-22, 1997, p. 129.

<sup>68</sup> Cfr. "As provas ilícitas na Constituição" en *O Processo em Evolução*, Edit. Forense Universitária, Río de Janeiro, 1996, p. 46.

<sup>69</sup> Lo que no impide reconocer que los fallos de tribunales supremos latinoamericanos han recogido la misma concepción, como acontece con la Corte Suprema argentina, que en fallos de 27 de noviembre de 1984 y de 11 de diciembre de 1990, ha recogido el principio de la exclusión de la prueba ilícita, conducta que en el Brasil ya es una constante.

Suele señalarse que es sólo en 1914,<sup>70</sup> cuando la Suprema Corte de los Estados Unidos, por primera vez, resolvió que si no se excluía o proscribía de los juicios la prueba obtenida por la policía en forma inconstitucional, los términos de la Cuarta Enmienda constituirían meras palabras sin contenido, pero ya en 1949 la Corte, en palabras del conocido juez Felix Frankfurter, sostendría que la seguridad de la propia privacidad, frente a la intrusión policial arbitraria, es básica en una sociedad libre,<sup>71</sup> dando el sentido que alcanzaría en lo sucesivo la evolución jurisprudencial que conforma las reglas de exclusión; se trata, como se sostiene, de detener las incursiones policiales que vulneran el derecho a la privacidad, por la vía de no aceptar en juicio las evidencias obtenidas en infracción a las normas constitucionales que amparan los derechos de los sujetos.

En el ámbito jurisprudencial, forense y académico norteamericano,<sup>72</sup> la aceptación o rechazo de esta teoría de la prueba ilícita se construye sobre la base de aceptar o disipar las siguientes interrogantes:

- a) La teoría protege a las personas equivocadas, materia a que aludiré en relación a los inocentes;
- b) La teoría otorga una imagen distorsionada del sistema judicial a la opinión pública, y
- c) La teoría tiene un efecto desproporcionado, cuestión que persigue minimizar la eventual infracción policial, ante el atentado social que constituye el delito.

Todo lo cual lleva a reducir a tres las cuestiones que se debaten de cara a enfocar debidamente la materia:

- a) ¿Consigue la regla de exclusión de evidencia detener el proceder invasivo no autorizado?
- b) Si la regla consigue su propósito, los beneficios que se reportan ¿justifican el costo que importa?
- c) ¿Existe una vía más adecuada que la regla de exclusión para proteger los derechos constitucionales de la acción policial?

---

<sup>70</sup> Weeks vs. United States, *cit.* por Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, Edit. Matthew Bender, N. York, 1995, p. 235.

<sup>71</sup> Wolf vs. Colorado. Ídem.

<sup>72</sup> El *leading case* es Mapp vs. Ohio, 367, US 670.

A la primera cuestión se responde, con cierto grado de realista pesimismo, que la policía está, en general, más preocupada de acatar las decisiones de sus superiores que las reglas que consagren los jueces, de allí que la cuestión debería pasar más por capacitación y por formar conciencia policial de la necesidad de preservar las garantías.

El segundo punto, reforzado por la idea implícita de que la opinión pública reprueba el que personas responsables de delitos no reciban castigos por lo que se advierte como tecnicismos jurídicos, al paso que se agrega que a los inocentes estas reglas de exclusión no les favorecen, se replica en cambio, que a la larga las reglas de exclusión tienen mínima incidencia efectiva, así, en 1979, en el mismo Estados Unidos, un estudio demostró que sólo un 0,4% de los casos que no llegaron a enjuiciamiento federal se explicaban en problemas de violación de la citada Cuarta Enmienda. Y otros demuestran que la falta de condena o de procesamiento de sujetos que alegaron infracción de derechos constitucionales para excluir la evidencia incriminadora, osciló entre el 0,6 y 2,35% de los casos, cifras de tan escasa magnitud, como para desvirtuar la idea que se ampare la impunidad delictual por la rigurosa aplicación de las normas excluyentes.

No se puede todavía dejar de considerar que si efectivamente existe un precio en imagen que pagar, el mismo debería ser de cargo del Ejecutivo, cuyos agentes policiales son los que en esencia obligan a los jueces a rechazar sus excesos.

De todas formas, tampoco puede ignorarse que la vigencia de las reglas, en cuanto limitan el atropello policial a normas que amparan la privacidad, termina beneficiando, sin duda, a las personas inocentes que, aunque nada necesitan esconder, tienen el derecho a que también su propia intimidad resulte protegida.

En nuestros países, afiliados al derecho continental europeo, las normas que censuran la prueba ilícita tienen desde luego tanto jerarquía constitucional como acontece con el art. 5º LVI de la Constitución del Brasil, que dispone que: "São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos", como legal, según aparece en tanta disposición que proscribire los medios de prueba prohibidos por la ley, enmarcándose así un estatuto rector del comportamiento no sólo policial, sino, fundamentalmente, judicial.

### A. Una distinción esclarecedora

No cabe duda de que en este campo estamos en presencia de prueba que el sistema positivo prohíbe o proscribe; se trata, entonces, de un amplísimo género que admitirá diversas especies, de las cuales posiblemente las más importantes son las que identifican a la prueba ilegal y a la prueba ilícita.<sup>73</sup>

Es común encontrar una relevante distinción en estas materias: se diferencia lo que se denomina “prueba ilegítima” de lo que se denomina “prueba ilícita”, distingo que descansa en la naturaleza de la norma que la producción de la prueba infringe. Así, es prueba ilegal aquella cuya obtención importó violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento, de naturaleza procesal o material. No obstante, si la prohibición arranca de una ley procesal, la prueba será ilegítima o ilegítimamente obtenida; cuando, por el contrario, la prohibición era de naturaleza material (constitucional o penal, como una norma que impone el respeto a la privacidad de cada cual), la prueba habrá sido ilícitamente obtenida, el acto productivo de la prueba constituirá un proceder ilícito, lo que permite calificarla directamente de ilícita.<sup>74</sup>

Ya es posible anticipar, entonces, que efectivamente la “anti-juridicidad” de la prueba puede resultar de haberse vulnerado una prohibición expresa de la ley (no podrá interrogarse al imputado sin la presencia de su defensor); puede ser el resultado de ajustarse el comportamiento probatorio a una descripción legal (es ilegal tomar declaración al imputado bajo juramento); o puede ser la consecuencia que se extrae de la violación de principios generales del derecho, sea constitucional, penal o procesal penal (por ej.: del que impone el respeto a la dignidad de la persona imputada).

Las diferencias cobran importancia de cara a determinar las consecuencias de esta actividad contraria al derecho; en tal pers-

---

<sup>73</sup> Hay quienes ubican dentro de la prueba prohibida la prueba expresamente prohibida, aquella cuya prohibición se deduce del sistema, la prueba irritual y la prueba ilícita.

Cfr. Bernadette Minvielle, *La prueba ilícita y el debido Proceso Penal*, edic. J. Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988.

<sup>74</sup> Cfr. Ada Pellegrini y otros, *As nulidades no processo penal*, Malheiros Edi., Sao Paulo, 1992, p. 108.

pectiva es posible anticipar que la prueba obtenida con infracción a normas procesales, vale decir, contrariando la lógica y finalidad del proceso, provocará no sólo la nulidad del acto procesal probatorio, sino, además, la ineficacia de la decisión que en él se funda.

La prueba producto de incurrirse en prohibición material, esto es, de no haberse acatado reglas que miran a la protección de los derechos que el ordenamiento reconoce a las personas, provocará un acto materialmente contrario al derecho, normalmente, un delito o un ilícito semejante.<sup>75</sup>

Con mayor sencillez, se ha sostenido que la prueba ilícita puede derivar del procedimiento para obtenerla, puede serlo en sí misma o puede resultar de la violación de una norma legal y en todos los casos debe ser rechazada,<sup>76</sup> regla que una moderna doctrina italiana<sup>77</sup> limita proclamando que la única razón para excluir una prueba del proceso penal debe ser procesal, esto es, que por una norma de procedimiento probatorio resulte rechazada, porque es ilegal en sí y no porque haya sido obtenida por medios ilícitos.

Finalmente, en este punto, viene bien recordar que la tendencia jurisprudencial contemporánea enfatiza el aspecto de la buena fe policial, como elemento amparador de las prácticas que conducen a la prueba ilícita; así, se entiende que si para un policía de razonable buena formación profesional (“reasonable well trained officer”) no hay ilegalidad en el proceder, la prueba podrá ser admitida. Es una modalidad del principio de la buena fe utilizado en este terreno jurídico.

De acá resulta también la discutible aplicación del principio del caso fortuito o, meramente, del involuntario desconocimiento de los derechos: ¿es admisible la prueba obtenida con infracción de derechos o garantías, si dicho atropello no ha sido deliberado, sino casual o fortuito? El ejemplo tradicional pone de relieve la situación del policía que, creyéndose amparado por una orden judicial debidamente extendida, allana y registra el domicilio particular del imputado, encontrando evidencia incriminadora.

<sup>75</sup> Cfr. Ada Pellegrini y otros, *ibídem*.

<sup>76</sup> Devis Echandía, *Teoría general de las pruebas judiciales*, B. Aires, 1970, t. 1, p. 542, *cit.* por Vescovi, “Las Pruebas Ilícitas”, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, N°s 21-22, 1997, p. 120.

<sup>77</sup> Cfr. F. Cordeo, *Tre studi sulle prove penale*, Milano, 1963, *cit.* por Vescovi, *ob. cit.*

Si la teoría de la prueba ilícita tiene como uno de sus principales fundamentos la necesidad de reprimir el comportamiento policial abusivo y vulnerador de los derechos de las personas, no es difícil argumentar que no mediando intención de infringir tales garantías, no debería proscribirse la evidencia de contrario; en cambio, se afirmará que la teoría no es sino una consecuencia del establecimiento en el mundo del derecho contemporáneo de un principio de respeto a los derechos de las personas, derechos que deben ser preservados contra atentados fortuitos o deliberados y que no hay forma más eficaz para proveer a la observancia de los mismos que privar de eficacia a todo comportamiento que los atropelle, sea intencional o casualmente.

Si en torno a este punto pareciera que se advierten tendencias que apuntan a encontrar tópicos de acuerdo, habrá que reconocer que, nuevamente, aparecen las diferencias cuando nos ocupamos de lo que se ha dado en llamar la prueba derivada o la evidencia secundaria, literariamente conocida como la fruta del árbol venenoso o del árbol envenenado.

La referencia se formula a la prueba cuya obtención se verificó merced a una previa actividad probatoria ilegal o ilícita, como acontece cuando en una libreta, encontrada a través del registro no autorizado de la casa del imputado, la policía encuentra el nombre y dirección de un testigo hasta entonces desconocido.

También en el proceso penal, escribe Roxin en la edición última de su *Derecho Procesal Penal*, refiriéndose a la teoría de los frutos que vengo comentando, se debe admitir un efecto extensivo, pues de otro modo las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente, pero agrega de inmediato que “la cuestión es muy discutida...” y tras exponer algunos casos particulares, concluye que “...se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración... cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas muy probablemente sin la violación de las reglas del procedimiento...”.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, Bs. Aires, 2000, p. 205.



### B. *Límites específicos del efecto contaminante*

Si, como se anticipó, la teoría misma de la prueba ilícita no tiene general aceptación, en vista de la necesidad de investigar y sancionar adecuadamente los delitos, no puede sorprender que la jurisprudencia, apoyada en cierto sector doctrinal, haya pergeñado modalidades encaminadas a limitar, ya no su directa aplicación, sino aquella que comprende a la denominada prueba derivada.

Con esta finalidad se han identificado criterios o circunstancias cuya concurrencia en la situación concreta entregada a la ponderación judicial permitiría dar credibilidad a la prueba derivada, desconociendo los efectos del veneno que inicialmente la contaminaba. Entre otros, tales criterios son los que siguen:

#### a) *Criterio de la fuente independiente*

No se aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando la evidencia se obtiene a través de una vía diversa a aquella que adolece de la ilegalidad contaminante. Es la idea que da nombre a la limitación, porque se ha conseguido la prueba por medio de una fuente independiente –por ende, diversa– de la actividad que, por contrariar el ordenamiento, envenena todo lo que es su necesaria consecuencia. La falta de vinculación excusa el reproche. Se trata, como bien se advierte, de una situación de tal claridad que difícilmente pueda rigurosamente encasillarse entre los criterios limitantes de la doctrina de los frutos del árbol venenoso, toda vez que, lo que ocurre es que el fruto de que se trata –la prueba– NO proviene del árbol, como lo anticipa su origen independiente.

#### b) *Criterio del descubrimiento inevitable*

Bajo esta denominación, la jurisprudencia norteamericana entiende que no cabe la exclusión de la prueba si, a pesar de haberse encontrado la evidencia por obra de un proceder ilegal, la misma hubiera sido descubierta inevitablemente por una conducta policial respetuosa con los derechos fundamentales e independiente de la lesión.

Se pone como ejemplo clásico el caso *Nix vs. Williams*, 467 U.S. 431 (1984): en él, la policía, vulnerando los términos de la

Sexta Enmienda (de la Constitución) que consagra el derecho a la asistencia de un abogado de todo imputado requerido por la policía, obtuvo del sujeto el reconocimiento del lugar en que había enterrado o escondido un cadáver.

La Corte, con la disidencia de dos jueces, estimó que puesto que un grupo de búsqueda que venía trabajando a algunas millas del sector habría encontrado el cuerpo, en breve tiempo y en similares condiciones, procedía dar valor a la actividad probatoria ilegalmente producida, desde que la ilegalidad cometida en la obtención previa de la prueba no impediría su posterior redescubrimiento.

Los jueces disidentes, en cambio, estimaron que para que esta alternativa fuera válida, los fiscales debieron haber podido demostrar que el encuentro sería inevitable bajo estándares de muy alta y convincente evidencia, porque, sostuvieron, aunque ésta se reputa una modalidad de la doctrina de la fuente independiente, en rigor constituye una hipotética y no una efectiva fuente independiente.

*c) El principio de la conexión atenuada*

Discurre esta idea sobre la posibilidad de admitirse prueba, a pesar de haberse producido la lesión de un derecho fundamental sobre la base de resultar –como se sostuvo en un viejo fallo–<sup>79</sup> tan atenuada la conexión entre la ilegalidad y la evidencia cuestionada como para disipar el daño, lo que conduce a su aceptación.

En el caso *Wong Sun vs. United States*, la Corte sostuvo que lo que corresponde determinar es si la prueba se debe a actividad suficientemente diferenciable de la primera infracción, cuestión que, ella diría más tarde, deben resolverse caso a caso, sin que se puedan establecer reglas generales.

– Factores de atenuación<sup>80</sup>

Como el tema de la conexión aparece enormemente amplio, nuevamente la jurisprudencia elaboró criterios o aspectos que la determinan, algunos de los cuales son los que siguen:

---

<sup>79</sup> *Nardone vs. United States*, 308 U.S. 338 (1939).

<sup>80</sup> Sigo, en esta parte, a Dressler, *Understanding...*, cit. pp. 261 y ss.

c.1.) *La proximidad temporal*

Se entiende que en tanto más tiempo haya transcurrido entre la época en que ocurrió la vulneración de derechos y la obtención de la prueba cuestionada, más probable resulta que la Corte se muestre proclive a aceptarla o, a la inversa, en tanto más cercana sea la ilegalidad primitiva a la obtención de la prueba en discusión, más posible resultará que la Corte la rechace por contaminada. Como se advierte, esta noción resulta difícil de asumir, porque no se divisa cuál pudiere ser el motivo que confiriera al simple paso del tiempo un efecto tan relevante como para excusar la inconstitucionalidad o ilegalidad inferida, en particular si se repara en que habitualmente la inicial lesión del derecho fundamental es seguida de posteriores conculcaciones de otros derechos fundamentales y que la obtención de la fuente de prueba puede ser consecuencia inmediata de una de esas lesiones posteriores.

c.2.) *El largo de la cadena causal*

La idea puede sintetizarse afirmando que en tanto más larga sea la cadena causal de acontecimientos que median entre la ilicitud primitiva y el suministro o aparición de la prueba discutida, tanto más probable es que la Corte la admita.

c.3.) *La concurrencia de un acto voluntario*

Mediando un acto de voluntad del afectado, se purga, en principio y no siempre, la ilicitud del comportamiento policial ilegal: en el caso Wong Sun, el imputado, arrestado ilegalmente, fue dejado en libertad y, más tarde, volvió voluntariamente a la unidad policial y consignó una declaración escrita, lo que, en concepto de la Corte fue suficiente para desvanecer la ilegalidad del proceder policial primitivo.

El criterio, empero, aparece extremadamente riesgoso para la efectiva protección de los derechos de las personas: la “voluntariedad” del acto por medio del cual un sujeto se atribuye responsabilidad en un hecho delictual o entrega antecedentes que demuestran su responsabilidad será siempre sospechosa o, miradas las cosas desde un ángulo diverso, es extremadamente riesgoso para las libertades públicas e individuales que la policía tenga la idea que puede obtener “voluntariamente” de un sujeto antecedentes incriminadores. La fértil imaginación represiva

encontrará sofisticados medios para que el comportamiento esperado del sujeto aparezca voluntario.

Es por este peligro inminente que los sistemas procesales penales de nuestra común vertiente cristiano-occidental en lo filosófico, y europeo-continental en lo jurídico, han proscrito la confesión como medio idóneo de prueba, evitando, de este modo, la tentación al aparato estatal para conseguir confesiones espontáneas o voluntarias.

#### c.4.) *La flagrancia de la ilegalidad*

Se afirma que en tanto más obvia, flagrante y manifiesta la ilegalidad inicial, más probable resulta que la prueba derivada esté más envenenada o, metafóricamente hablando, a mayor flagrancia, más veneno introducido a la prueba derivada.

#### – La prueba ilícita y su suerte procesal

Establecido que los sistemas jurídicos democráticos no pueden proclamar su adhesión a procedimientos que vulneran los derechos individuales, no ha podido sorprender que promediando la segunda mitad del siglo XX, época en que tratados, pactos y convenciones llevaron a las Constituciones Políticas a proclamar con fuerza la sumisión del Estado a los derechos de cada hombre singular, se haya rechazado toda valoración a prueba que se haya obtenido atropellando tales derechos.<sup>81</sup>

La misma época, empero, ha sido testigo de modalidades delictivas o no conocidas o llevadas a intensidades no imaginadas, por el desarrollo de la ciencia y la difusión del conocimiento: tráfico de estupefacientes, lavado de dinero y brutal como sofisticado terrorismo, han terminado por convencernos que ciertas modalidades procedimentales que alguna vez parecieron desterradas para siempre, como jueces o testigos sin rostros, inimaginablemente reaparecieron, amparados por sistemas estatales que se demostraron incapaces de otorgar a sus jueces y funcionarios, fiscales o testigos, seguridades mínimas.

<sup>81</sup> En algunos países la situación no ha sido tan evidente. Así en Alemania se ha fallado que la extracción de sangre ordenada por una persona incompetente, por ej. un simple policía, es valorable porque al parágrafo 81a se agota en preservar al imputado de restricciones a la libertad y de peligros para la salud, provocados por injerencias imprudentes o inadecuadas. *Cfr.* Roxin, ob. cit., p. 201.

Deben agregarse aun los efectos de todo tipo que en la organización social, judicial y policial genera el manejo de cuantiosísimas sumas de dinero por delincuentes de nuestros días. Así, concluimos encontrando una estructura estatal cada vez más indefensa al tiempo que observamos como grandes sectores ciudadanos hacen de la seguridad pública y de la lucha contra la delincuencia organizada verdaderas consignas de convivencia social.

Como si lo anterior no fuera suficiente, los mundialmente conocidos sucesos del 11 de septiembre de 2003, en Nueva York y Washington, concluyeron, según parece, por marcar el fin de una época algo candorosa y caracterizada, entre otras facetas, por la rotunda declaración del Tribunal Supremo Federal alemán estableciendo que la investigación de la verdad no es un valor absoluto del proceso penal.<sup>82</sup>

Con todo, es preciso reconocer que ya de antes venía abriéndose camino, con inspiración alemana, el denominado *Verhältnismässigkeitprinzip*, o principio de proporcionalidad, que autoriza la admisión y valoración de la prueba ilícita obtenida para resolver la cuestión que provoca el enfrentamiento de valores fundamentales en un momento determinado, principio recogido con alguna inquietud, como apunta Vescovi, para quien causa alarma esta nueva jurisprudencia norteamericana, de una Corte Suprema de Justicia más conservadora que ha retrocedido en torno al tema de la prueba ilícita...<sup>83</sup>

Este principio supone verificar si la violación se explica por una efectiva necesidad, suficiente para hacer excusable el comportamiento infractor, o si, por el contrario, la prueba pudo obtenerse de un modo diverso y no infractor. La idea de la aceptación de la prueba ilícita, bajo determinadas circunstancias, se hizo evidente cuando se planteó el problema de si podía invocarse, en favor del reo, aquella que se hubiere obtenido con violación de sus propios derechos constitucionales o los de terceros; aceptada esta admisibilidad y ulterior valoración, quedó superada la negativa sin excepción y de allí a la introducción del principio de proporcionalidad, enfatizando la existencia de otros valores tan respetables como los del imputado, no hubo sino un breve paso.

<sup>82</sup> Cfr. J. L. Gómez Colomer, *El Proceso Penal Alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 134.

<sup>83</sup> *Las Pruebas...*, cit., p. 125.

#### 4. TODAVÍA A PROPÓSITO DE LA PRUEBA ILÍCITA <sup>84</sup>

La reciente vigencia en el país del conjunto de cuerpos legales que constituyen la denominada “Reforma Procesal Penal” ha traído al mundo jurídico chileno notables consecuencias: no sólo hemos reemplazado, con gran provecho para la estructura y funcionamiento del Estado, una legislación por otra, sino hemos volcado la atención sobre aspectos de las relaciones entre las personas y la organización estatal, usualmente preteridos en nuestra historia institucional.

Todavía más, la necesidad de contar con operadores capacitados para desempeñarse en el nuevo régimen procesal penal, junto con imponer el establecer adecuados centros de instrucción, ha abierto al mundo jurídico nacional ámbitos de conocimiento y debate ignorados hasta ahora.

Este libro es ejemplo cabal de lo que afirmo: no sólo incursiona en un tema inexplicablemente dejado de lado en el debate jurisprudencial, legal y doctrinario nacional, sino que es fruto del talento, el interés y el esfuerzo de una joven juez de garantía, María Francisca Zapata García, quien, con esta obra –que marca el inicio de su producción– se sitúa en lugar de avanzada en la reflexión sobre el régimen procesal penal en Chile.

Un espíritu de fina observación y la acuciante realidad que pone de manifiesto el desempeño de un cargo de tanta significación como el suyo, han llevado a María Francisca Zapata a plasmar en el libro no sólo los desarrollos tradicionales que la dogmática procesal penal contemporánea ha venido generando, sino también sus experiencias personales, volcadas en opiniones marcadas de esperanzador compromiso personal.

El tema de la prueba ilícita, si fundamentalmente legal, se sitúa en un ámbito de valores y nos plantea interrogantes u opciones que nos llevan a personales definiciones y en torno a las cuales anticipo que, claramente, no soy neutral y sobre el cual vengo largamente trabajando, sea estimulando el trabajo de mis alumnos en la materia, sea difundiendo la trascendencia de la

---

<sup>84</sup> Prólogo al libro de María Francisca Zapata García, *La Prueba Ilícita*, editado por Lexis-Nexis, Santiago, 2004.

discusión sobre el punto, ejemplo cabal de lo cual lo constituye el curso que, comprendiendo estos tópicos y por invitación del correspondiente Supremo Tribunal, en el marco de un programa del Banco Mundial, dictara a los jueces de la Provincia argentina de Corrientes en octubre de 2001.

La autora, entonces, me honra con la petición de prologar su obra pero, al propio tiempo, me confiere una valiosa ocasión para volver sobre el tema, bajo el estímulo que representa el análisis de su completo examen e inteligentes aproximaciones y opiniones.

Al tratar de estas materias, llega la hora de preguntarse, en primer término, por los fundamentos del ordenamiento procesal penal que nos rige, cuestión que, más allá de toda duda, sigue enfrentándonos al tema de los valores y nos impone recordar que a través de épocas diversas, Goldschmidt, Roxin, Binder, nos vienen insistiendo en que el proceso penal constituye el sismógrafo de los caracteres libertarios o autoritarios de una sociedad.

De allí que, con mayor énfasis que en lo referente a otros contornos del derecho, en el que nos ocupa cobra vigencia el tema de los fundamentos normativos, que hemos identificado como el de los valores que subyacen tras la legislación. Séame, por ahora, permitido reiterar que, concluido el siglo 20 y cuando el 21 es una realidad, no puede existir otro sustrato axiológico para una legislación procesal penal que la necesidad de ensalzar y respetar los derechos humanos.

Adicionalmente, empero, la estructura procesal penal debe configurarse teniendo en cuenta el ordenamiento institucional del sistema; en otras palabras, sin desatender a los requerimientos de un Estado democrático de Derecho. Esta perspectiva reconduce el proceso penal al interior del Derecho Político y, en especial, del Derecho Constitucional.

El proceso penal constituye un fenómeno jurídico que se plasma en la norma –objeto natural de la reflexión y del análisis del jurista, del abogado, del juez–, pero se agota en la aplicación efectiva. El deber del hombre de derecho de nuestro tiempo, en consecuencia, viene condicionado por la constante axiológica que emana de la realidad, para generar, a partir de ella, el marco jurídico que corresponde, haciendo práctica la teoría tridimensional del derecho que Reale nos propusiera desde

el Brasil, al comprobar que, efectivamente, es de la integración del hecho en valor de donde surge la norma.

En su cometido analítico y práctico, el operador del sistema procesal penal no puede transar ni ser imparcial; con su noción referida a los valores y propósitos en juego, aunque el juez sea imparcial para el caso concreto, no puede ni debe ser jamás neutral ante los principios.

En nuestros días, el debate tiende encontrar soluciones uniformes. Por doquier, al influjo del desarrollo incontenible de los Derechos Humanos, se batien en retirada sistemas procesales penales que avasallaron la dignidad del ser humano, para adoptarse formas respetuosas de tal dignidad y de los derechos esenciales de las personas.

La afirmación se comprueba reparando ya no sólo en las regulaciones legales de los países, sino advirtiendo el afán generalizado de elevar estas reglas a los estratos más altos de la jerarquía normativa. Así, los pactos y tratados internacionales darán el ejemplo de regulaciones respetuosas de los derechos de las personas, para permitir que las Constituciones sigan su camino, introduciendo principios semejantes que terminarán constituyendo las guías de los Códigos o leyes procesales penales.

La cuestión comienza con las proclamaciones generales; ésas que anticipan que todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos y que la soberanía, esto es, el poder estatal, reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza del hombre.

Un proceso penal es un elemento de la vida política de un país. Es más, pocos derechos vienen tan empapados de concepciones políticas como el Derecho Procesal Penal, cuestión que no debe asombrar ni menos escandalizar. Es que el proceso penal decide cómo se regularán las relaciones del Estado y los hombres, del Estado y los ciudadanos, cuando aquél pone en juego el terrorífico poder de que se le ha revestido, ése que, por siglos, ha sido capaz de determinar, incluso, si la persona puede seguir viviendo o no; si la persona debe seguir en libertad o, como no se cansa de predicar Binder, si debe ser o no encerrada en una jaula; si, en fin, la persona tiene o no la posibilidad de continuar ejerciendo los derechos que las Cartas Políticas pro-



meten, desde libertad ambulatoria, a posibilidad de expresarse y actuar libremente.

Cuando el Estado pone en juego, en funcionamiento, su poder persecutorio y sancionatorio, se desata un cúmulo de actividades que deja al sujeto, al individuo, en una muy precaria situación de oposición. Es cierto que la actividad estatal es, normalmente, de reacción, vale decir, se produce cuando el atentado social que constituye el delito ya ha tenido lugar, lo que confiere al sujeto un nivel de ventaja, pero es tanta y tan fuerte la actividad estatal que no hay, normalmente –y es adecuado que así ocurra– posibilidad alguna de equilibrio.

Llevadas las cosas al ámbito jurisdiccional, e incluso antes, el ordenamiento se esfuerza en provocar, hasta donde sea posible, niveles de igualdad. De allí que, en general, se declare que toda persona tiene derecho a ser tratada como inocente en tanto no se establezca su responsabilidad por sentencia firme, lo que, para algunos, constituye la denominada presunción de inocencia, aunque, personalmente, me inclino por estimar que se trata de un principio antes que de una presunción; en efecto, como presunción, puede fácilmente desvanecerse por una simple presunción en contrario; como principio, en cambio, constituye un basamento ideológico sobre el que descansa el ordenamiento procesal penal, inmodificable o inderogable por una nueva ley o norma jurídica.

El tema de la inocencia, empero, tiene sólo sentido en función de una imputación penal; en otras palabras, la generalidad de las personas que circulan por las calles no son inocentes, son libres, porque éste es el estado normal. Sólo en cuanto el sujeto enfrenta el riesgo de la imputación penal, tiene sentido atribuirle como principio básico el de inocencia.

Que el Derecho sólo se explica y justifica en función del bienestar y la dignidad del hombre, del ser humano, parece ser una pacífica afirmación: el tema es que el juicio ha de predicarse y practicarse en relación a todas las instituciones y modalidades jurídicas, pero, además, respecto de todos los seres humanos, incluyendo los sometidos a persecución o enjuiciamiento penal, para hacer realidad la afirmación en orden a que *“la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus*

*derechos iguales e inalienables...*” contenida en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Es propia de nuestra común cultura occidental la exigencia de dotarnos de un régimen de gobierno que se ajuste a lo que, genéricamente, denominamos un Estado democrático de Derecho, expresión que comprende un estatuto político institucional caracterizado por un recíproco control de los órganos que ejercen el poder, control que, adicionalmente, se verifica comprobando la concordancia del actuar con la normativa jurídica predeterminada.

La sumisión de las funciones estatales al Derecho y el carácter instrumental que éste presenta, de cara a la persona humana, resultan así los más acusados caracteres del sistema de convivencia de las sociedades democráticas de nuestros días.

Bajo este esquema, puede anticiparse una conclusión preliminar: en nuestro tiempo, los Estados que comparten la filosofía política que se califica de democrática tienen en el hombre su razón de ser y en los valores que le acompañan, el norte que dirige su actuar.

La afirmación puede sintetizarse determinando, como lo suelen formular Cartas, Constituciones, tratados y pensadores –en particular, con el respaldo de la doctrina tomista–, que el bien común es la justificación del proceder estatal o, a la inversa, que sólo se explican la existencia y funcionamiento estatales en cuanto apuntan a ese bien común.

Expuesta la idea de un modo simple, se reduce a reconocer que si el Estado se explica por el hombre y si quienes ejercen el poder han de sujetarse a recíprocos controles, bajo un marco preestablecido, el resultado es que la conducta estatal se desarrolla sometida a un marcado régimen de límites y controles. El juicio es común y amplio, en términos de alcanzar a todo comportamiento estatal y, en lo que nos interesa, desde luego, a aquel persecutorio y represivo de delitos que, en general, conforma el proceso penal a través de la investigación, juzgamiento y sanción de tales atentados.

Puede sintetizarse lo que exponemos en la afirmación de que el Estado democrático de Derecho es el Estado que se autoimpone límites en su actuar, o que lo que identifica a este Estado es la observancia de tales límites.

De este modo se perfila lo que podemos denominar un estatuto ético regulador del ejercicio estatal. Como toda conducta estatal persigue el bien común, sólo es permitido al Estado recurrir a medios éticamente aceptables, teniendo además en cuenta que el sistema legal no puede aprovecharse de pruebas de cargo obtenidas a partir de una violación al mismo sistema legal.<sup>85</sup> La perenne cuestión de fines y medios reaparece a propósito de este tema y condiciona las respuestas.

El trazado del campo de actuación de la actividad investigadora y persecutoria lo conforma la observancia que el Estado resuelva efectuar de los derechos de las personas para autolimitarse en sus funciones: ¿hasta dónde está dispuesto a llegar el Estado? Esta constituye la pregunta a resolver en estos tópicos y en tal afán, de antiguo, viene enfocándose la cuestión desde la perspectiva probatoria, imponiendo límites a esta actividad, a través de las reglas de exclusión de pruebas.

Ilustrando un torso jurisprudencial armónico, María Francisca Zapata trae a la vista sentencias de tribunales de contornos geográficos muy diversos, pero que se hermanan en la línea matriz de la proscripción de estos atentados probatorios cometidos con la prueba ilícita, correspondiendo anotar que, en España, la fundamentación constitucional de la exclusión de la denominada prueba ilícita se encuentra en el valor supremo que la Constitución concede a los derechos fundamentales, por lo que no sorprende que el Tribunal Constitucional haya declarado que “aunque esa prohibición no se halle proclamada expresamente en precepto constitucional alguno, deriva de la posición preferente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento... y así lo venimos proclamando desde... 1984 en doctrina constantemente mantenida...”.<sup>86</sup>

Naturalmente que la cuestión debe confrontarse con otros intereses sociales relevantes y que el derecho no puede abandonar, al grado que, asumiendo la paradoja que impone la realidad de nuestros tiempos, ese mismo Tribunal Constitucional ha

---

<sup>85</sup> Cfr. Héctor Superti, “¿El fin justifica los medios?”, en *Derecho Procesal Penal. Temas Conflictivos*, Edit. Juris, Rosario, 1998, p. 285.

<sup>86</sup> Cfr. José A. Díaz C. y otro, *La Garantía Constitucional de la Inadmisión de la Prueba Ilícitamente Obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 27.

fallado que “los derechos fundamentales no se pueden erigir en un obstáculo infranqueable frente a la búsqueda de la verdad material que no puede ser obtenida de otro modo”,<sup>87</sup> todo lo cual da margen a dos posturas antagónicas y enfrentadas entre sí: para la primera, debe prevalecer en cualquier caso el interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad, de modo que la ilicitud de la obtención no le quite a la prueba el valor que presenta como elemento útil para formar el convencimiento del juez; la prueba es admisible, sin perjuicio del castigo que corresponde al infractor. Para la segunda, en cambio, el Derecho no puede prestigiar una conducta antijurídica, ni consentir que de ella derive un provecho para quien no haya respetado el precepto legal; por consiguiente, el órgano judicial no reconocerá eficacia a la prueba ilegítimamente obtenida.<sup>88</sup>

Me parece provechoso destacar que la cuestión irrumpe, incluso, en los ámbitos de la óptica del proceso civil, afirmación que se comprueba reparando que la reciente Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 287.1.) dispone que “cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato... la cuestión también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal...”, redacción que merece el reproche de no contemplar la inadmisión de la prueba, cuestión que, en opinión de Ortells, no puede excluirse, atendida la posibilidad otorgada al tribunal para apreciar esta ilegalidad de oficio.<sup>89</sup>

La mirada de Derecho Comparado que el libro nos ofrece conduce, inevitablemente, al ámbito del constitucionalismo y jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos de América,<sup>90</sup>

---

<sup>87</sup> Cit. por José Carlos Barbosa Moreira, “Restricciones a la Prueba en la Constitución Brasileña”, en *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, vol. II, N<sup>os</sup> 21-22, 1997, p. 138.

<sup>88</sup> Cfr. id. p. 129.

<sup>89</sup> Manuel Ortells R., *Derecho Procesal Civil*, Aranzadi edit., Elcano (Navarra), 2000, p. 372.

<sup>90</sup> Lo que no impide reconocer que los fallos de Tribunales Supremos latinoamericanos han recogido la misma concepción, como acontece con la Corte Suprema argentina, que en fallos de 27 de noviembre de 1984 y de 11 de diciembre de 1990, ha recogido el principio de la exclusión de la prueba ilícita, conducta que en el Brasil ya es una constante.

para recordar los términos de la Cuarta Enmienda de la Constitución, conforme a la cual se garantiza a los habitantes de ese país el derecho a sentirse o a estar seguros de que no serán objeto de búsquedas o medidas no razonables, en relación a sus personas, hogares, papeles y efectos.

Suele señalarse que es sólo en 1914,<sup>91</sup> que la Suprema Corte de los Estados Unidos, por primera vez, resolvió que si no se excluía o proscribía de los juicios la prueba obtenida por la policía en forma inconstitucional, los términos de la Cuarta Enmienda constituirían meras palabras sin contenido, declaración espléndidamente apoyada –casi medio siglo más tarde, concretamente, en 1949– cuando la Corte, en palabras del conocido juez Felix Frankfurter sostendría que la seguridad de la propia privacidad frente a la intrusión policial arbitraria es básica en una sociedad libre,<sup>92</sup> dando el sentido que alcanzaría en lo sucesivo la evolución jurisprudencial que conforma la regla de exclusión; se trata, como se sostiene, de detener las incursiones policiales que vulneran el derecho a la privacidad, por la vía de no aceptar en juicio las evidencias obtenidas en infracción a las normas constitucionales que amparan los derechos de las personas.

En nuestros países, afiliados al derecho continental europeo, las normas que censuran la prueba ilícita tienen desde luego tanta jerarquía constitucional, como acontece con el art. 5º LVI de la Constitución del Brasil, que dispone que “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, como legal, según aparece en tanta disposición que proscribire los medios de prueba prohibidos por la ley, enmarcándose así un estatuto rector del comportamiento no sólo policial, sino, fundamentalmente, judicial. Elocuente ejemplo de esta modalidad son los modernos Códigos de Proceso Penal ecuatoriano, de enero de 2000, con reciente entrada en vigencia tras una vacancia legal de 18 meses, y chileno, que, como sabemos, ha comenzado a regir gradualmente en el país desde el 16 de diciembre del mismo año 2000. En el primero (art. 80, Ineficacia probatoria) se

<sup>91</sup> Weeks vs. United States, cit. por Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, Edit. Matthew Bender, N. York, 1995, p. 235.

<sup>92</sup> Wolf vs. Colorado. Ídem.

establece, simplemente, que *“toda acción preprocesal o procesal que vulnere garantías constitucionales carecerá de eficacia probatoria alguna. La ineficacia se extenderá a todas aquellas pruebas que, de acuerdo con las circunstancias del caso, no hubiesen podido ser obtenidas sin la violación de tales garantías”*. En el segundo, en cambio, se impone al juez que prepara el juicio oral excluir *las pruebas que proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales*” (art. 276 inc. 3º).

Es procedente citar, todavía, el régimen probatorio del Código Procesal Penal del Perú, conforme al cual *“la actividad probatoria en el procedimiento penal está regulada por la Constitución, los tratados aprobados y ratificados por el Perú y la ley expedida conforme a ellos...”* (art. 190).

De manera fluida, María Francisca Zapata nos conduce al ámbito de lo que se ha dado en llamar la “prueba derivada” o la evidencia secundaria, literariamente conocida como la fruta del árbol venenoso o del árbol envenenado, conforme a la denominación que la Corte Suprema de los Estados Unidos utilizara, por vez primera, en el caso *Nardone vs. United States*, en 1939.

También en el proceso penal —escribe Roxin refiriéndose a esta teoría de los frutos— se debe admitir un efecto extensivo, pues de otro modo las prohibiciones probatorias pueden ser eludidas muy fácilmente, pero agrega de inmediato que *“la cuestión es muy discutida...”*, y tras exponer algunos casos particulares, concluye que... *“se debe insistir en que la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración... cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones, ellas también hubieran sido obtenidas muy probablemente sin la violación de las reglas del procedimiento...”*<sup>93</sup>

En la doctrina latinoamericana, Cafferata Nores, citado por la autora, se muestra enérgicamente contrario a la admisibilidad de la prueba derivada, sobre la base de que permitir que la justicia, a pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una

<sup>93</sup> Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, Bs. Aires, 2000, p. 205.

infracción constitucional, sería abiertamente contrario a la normativa constitucional... y equivaldría a admitir que el orden jurídico pueda mantenerse a costa de su propia vulneración, lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva de su esencia.<sup>94</sup>

En idéntica línea, y con mucha fuerza, el Tribunal Constitucional español ha proclamado “la prohibición de valoración de cualquier elemento probatorio que pretenda deducirse del contenido de conversaciones intervenidas, no solo del resultado mismo de la intervención, **sino de cualquier otra prueba derivada...**”.

Y es que no tiene sentido consentir que se burle una prohibición por caminos indirectos, criterio que ha llevado al Tribunal Supremo español a asumir una enérgica defensa del efecto expansivo del art. 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en función de la “necesidad de proporcionar el máximo de protección a los derechos y libertades fundamentales...”.<sup>95</sup>

Establecido que los sistemas jurídicos democráticos no pueden proclamar su adhesión a procedimientos que vulneran los derechos individuales,<sup>96</sup> no ha podido sorprender que promediando la segunda mitad del siglo XX, época en que tratados, pactos y convenciones llevaron a las Constituciones Políticas a proclamar, con fuerza, la sumisión del Estado a los derechos de cada hombre singular, se haya rechazado toda valoración a prueba que se haya obtenido atropellando tales derechos.<sup>97</sup>

La conclusión, aunque pacífica o, todavía, genéricamente aceptada, es a todas luces insatisfactoria; es cierto que el juez o tribunal podrán negarse a conferir valor al mérito persuasivo que emane de la prueba o, mejor, ellos se negarán a fundar su decisión en el mérito incriminador de la prueba tachada, pero tal actitud la adoptarán seres humanos que, como tales, no podrán, en el fondo, ser ajenos al conocimiento que se les

---

<sup>94</sup> Cfr. “Los frutos del árbol envenenado”, *Rev. Doctrina Penal* N° 35, Bs. Aires, 1986.

<sup>95</sup> STS 2 de julio de 1997 FD 2º, cit. por Díaz Cabiale, *La Garantía...*, cit., p. 71.

<sup>96</sup> Véase, al efecto en este mismo libro, 2.2. Prueba Ilícita (estado actual de la cuestión), estudio al que pertenecen algunos de los párrafos siguientes.

<sup>97</sup> Véase nota 81.

ha suministrado por esa vía inadecuada y, en definitiva, lo que acontecerá es que la convicción obtenida a través de la prueba irregular, consciente o inconscientemente, la harán arrancar de otras pruebas, que consideradas por sí solas, posiblemente no habrían conseguido formar el convencimiento judicial. Baste pensar en el dicho del testigo de cargo, cuya individualización, sin embargo, se obtuvo de manera ilegal: establecida la infracción probatoria, ¿cómo hacer olvidar a los jueces lo que escucharon?

Aparece así que la simple falta de valoración no constituye una respuesta adecuada al ilícito cometido en perjuicio del imputado, lo que impone buscar otras formas sancionatorias, como aconteciera con el Código chileno.

Con gran frecuencia se escucha que la respuesta viene por calificar de nulas estas pruebas malhabidas, pero, en mi concepto, se trata de una reacción voluntarista: la nulidad procesal apunta, básicamente, a grados de ineficacia por inobservancia de formas procesales. Si el testigo fue individualizado en la forma y oportunidad debidas; si se cumplió con las formalidades habilitantes para su declaración; si el acto mismo de la deposición testimonial se ajustó a los ritos; si se otorgó el derecho a contrainterrogar, etc., no creo legal la posibilidad de anular la actividad desarrollada por el testigo, porque las circunstancias de reproche no constituyen motivos de invalidación. Por decirlo claramente, la prueba se ha producido en un modo formalmente válido, pero arrancando originariamente de una infracción legal o constitucional, no puede merecer la consideración tribalicia.

De allí que la reacción del ordenamiento ante la situación no puede ser otra que evitar la aprehensión sensorial por los jueces de la prueba y su consiguiente valoración; en estas circunstancias, estimo que la declaración de inadmisibilidad, como resultado de un debate anterior a la producción de la prueba, esto es, en su etapa de proposición, es la única respuesta que, efectivamente, alcanza la finalidad perseguida.

Los procedimientos penales contemporáneos consultan una etapa intermedia (el *Zwischenverfahren* del derecho alemán o la audiencia de preparación del juicio oral del Código nacional) o preparatoria del juicio que tiene como finalidad, entre otras,



determinar el caudal probatorio que se verificará en el juicio oral, ocasión adecuada para sostener la discusión de admisibilidad que propongo, lo que excluye la posibilidad de que sean los mismos jueces llamados a asignar mérito probatorio a las evidencias, los que puedan establecer si ella representa o no prueba ilícita.

Si el debate sobre la licitud de la prueba tuviera lugar, preliminarmente, ante tales jueces o después de que ella se produjera, no restaría sino declarar que dichos jueces han quedado inhabilitados para continuar con el juzgamiento,<sup>98</sup> idea que en el fondo sirve de apoyo a la norma del Código de Procedimiento Penal francés (art. 173), que dispone que los actos anulados son retirados del expediente.

Vinculada directamente la ilicitud de la prueba con la inobservancia de garantías o derechos fundamentales, habremos de reconocer que no todos estos derechos tienen idéntico estatuto protector, lo que importa afirmar que existen derechos que no pueden ser afectados bajo ninguna circunstancia (v. gr., derecho a la vida; a la integridad física y psíquica) y otros que pueden serlo con sujeción a determinados condicionamientos (derecho a la intimidad, a la inviolabilidad del hogar, al secreto de las comunicaciones, etc.), que en la práctica se traducen en una resolución judicial motivada.

La cuestión vuelve a quedar radicada en el ámbito de los valores y su jerarquía, como se demuestra reparando que las conclusiones anteriores descansan en la certeza de que el derecho a la prueba de la inocencia debe prevalecer por sobre el interés que inspira la regla de exclusión, toda vez que al Estado no podría interesarle la condena de un inocente, entre otras consideraciones, porque ello implicaría la impunidad del verdadero culpable

Tampoco debe sorprender esta suerte de “desigualdad” institucional que se produce en favor del imputado, en el sentido que, en su beneficio, es admisible la prueba ilícita, y no lo es en su perjuicio, porque se trata de una constante de la regulación

---

<sup>98</sup> Es también la opinión de José M. Asencio, *Prueba prohibida y prueba preconstruida*, Edit. Trivium, Madrid, 1989, p. 86.

procesal penal, que consagra la igualdad de armas en función de equiparar el peso del Estado con el del particular, pero que no vacila en coadyuvar a la obtención de tal equilibrio, generando mecanismos de exclusiva utilidad del imputado, como acontece, por ejemplo, con el derecho al recurso al tribunal superior que los pactos internacionales otorgan sólo al condenado y no al acusador; con el derecho a la última palabra, que se establece sólo en favor del acusado en los juicios orales o, por último, con la acción de revisión de la sentencia ejecutoriada penal dictada con fraude, contrariando la cosa juzgada o sancionando a quien en definitiva es inocente.

Lo cierto es que, despuntando el siglo, somos testigos de un manifiesto proceso de opinión –muy lamentable, en mi concepto– encaminado a relativizar la dureza del principio de exclusión de prueba obtenida con vulneración de garantías y derechos constitucionales, para concluir que, bajo determinados supuestos, el ordenamiento permita su valoración.

El debate que ha comenzado en el mundo tras el 11 de septiembre de 2001, persigue determinar, directamente, la confrontación de los valores antagónicos, para resolver en qué favor ha de dirimirse la controversia –oportunidad en que el principio de proporcionalidad cobrará insospechada vigencia– no sin que sus postuladores tengan que resolver, previamente, entre otras limitantes, la vigorosa cuestión que suscita el enfrentar normas como la que dispone que **“...ninguna declaración que se demuestre que ha sido hecha como resultado de tortura puede ser invocada como prueba en ningún procedimiento...”**, conforme dispone el art. 15 de la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Este libro, entregándonos una espléndida visión del problema, no sólo pone en evidencia las arduas cuestiones que suscita la infertilidad del intelecto humano, que, como consignaba San Agustín, no obstante reconocer que todo proceso es en sí un castigo, no ha podido evitar el procesar para saber si debe castigar, sino nos enfrenta a la necesidad de determinar el modo como cada cual estima deben regularse, en un Estado democrático de Derecho, las relaciones entre el sistema persecutorio estatal y los ciudadanos.

## 5. TESTIMONIO POLICIAL DE OÍDAS: ¿EFICACIA VS. GARANTISMO?

El Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta ha dictado sentencia, en la causa R.T. N° 152-2.003, el 23 de febrero de este año, por la que ha condenado a Eduardo Antonio Villalobos Barría, como autor del delito de violación cometido en perjuicio de A.C.V., a la pena de 5 años y un día de presidio mayor en su grado mínimo y accesorias pertinentes, junto al pago de las costas de la causa.

En contra de esta decisión, se ha alzado la defensa del condenado, recurriendo de nulidad basada, en lo que interesa, en la concurrencia, en su concepto, de la causal prevista en el art. 373 letra a) del Código Procesal Penal,<sup>99</sup> vale decir, el que “en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes”.

Explicando la forma en que se habría verificado la infracción que la causal contempla, expone que ello habría acontecido al permitirse la declaración de dos funcionarios policiales que, en la investigación, habrían interrogado a la víctima y al propio condenado, sin la presencia del abogado defensor de este último, lo que importaría que *los sentenciadores dieron valor probatorio a la declaración de los funcionarios policiales que se refirieron a una supuesta confesión que efectuó el acusado en sede policial en el cual (sic) reconocía el delito y la partición (sic) culpable que él habría tenido en el mismo.*

Agrega el recurso que los funcionarios policiales declararon que tanto la víctima como el acusado les habrían reconocido que éste habría incurrido en una modalidad delictual que, al declarar en el juicio oral, la propia víctima habría desconocido. Sostiene el recurso –de un modo extraordinariamente confuso– que *“si existe duda acerca de la ‘transparencia’ (sic) de la prueba producida, si no existe certeza acerca que se cumplió con todas las garantías necesarias para la producción de esta prueba (ella) debe ser considerada*

<sup>99</sup> La referencia futura a artículos sin indicación de Código o Ley, debe entenderse efectuada siempre al Código Procesal Penal.

*como aquellas obtenidas con inobservancia derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia propia del proceso, introduce así una desigualdad entre las partes e impide considerar pertinente un instrumento probatorio así obtenido, por tanto, siempre está vedada su admisión y valoración como elemento de prueba, estas pruebas devendrán en ineficaces para formar el convencimiento del juez...”*

Se invoca el art. 8 N° 2 letra g) del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho de toda persona a no ser obligada a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable. Adicionalmente, se afirma que se habría infringido la garantía consistente en el derecho a guardar silencio, contemplada en el art. 93 letra g) del Código Procesal Penal, porque *“su supuesta declaración igualmente fue incorporada a través del testimonio de dos funcionarios policiales que depusieron respecto de la confesión que habrían obtenido de aquél en sede policial”*.

En torno al punto, el recurso sostiene que, interrogado uno de los funcionarios policiales, declaró que se le habría indicado al imputado su calidad de tal, y el otro, que se le informó que estaban investigando determinados hechos, reconoce que ambos funcionarios señalan que “voluntariamente el imputado accedió a acompañarlos al cuartel de investigaciones” y concluye que el imputado no fue asesorado por un abogado defensor.

Se agrega, finalmente, que aunque la defensa habría solicitado la exclusión de cualquier alusión que (los agentes policiales) pudieran hacer a una supuesta “confesión del imputado” y que no fuera considerado como elemento de convicción lo reseñado por los agentes policiales, el tribunal no habría dado lugar a lo solicitado.

En la sentencia,<sup>100</sup> se lee que “...en cuanto a la pretensión de la defensa de restarle valor probatorio a las declaraciones de los funcionarios policiales ante los cuales declaró el acusado, por dudar de la credibilidad de las mismas ésta debe ser rechazada, el defensor en la audiencia **no formuló respecto de las mismas ningún reparo fundado en su legalidad...**”.<sup>101</sup>

<sup>100</sup> Considerando 15 inciso penúltimo, oración final.

<sup>101</sup> Énfasis agregado.

## 5.1. ANÁLISIS

A. *Deficiencias procedimentales*

Según ha quedado de manifiesto en la sentencia, conforme a la transcripción precedente, el defensor del imputado no objetó durante la audiencia la validez de las declaraciones policiales que hoy sirven de fundamento al recurso de nulidad: tal omisión impide, desde diferentes puntos de vista, que la impugnación pueda prosperar.

En efecto:

a) De conformidad a lo prevenido en el art. 377 del Código Procesal Penal, si la infracción que se invocare como motivo del recurso de nulidad se refiere a una ley que regule el procedimiento –admisibilidad de una prueba–, el recurso sólo podrá prosperar cuando quien lo entablare hubiere reclamado, oportunamente, del vicio o defecto: en la especie, existen dos lecturas posibles y ambas, son contrarias a la procedencia del recurso. De una parte, la cuestión propuesta podría importar una impugnación al auto de apertura del juicio oral, que, sin embargo, como sabemos, sólo puede atacarse por el ministerio público y teniendo como única causal de procedencia la exclusión de pruebas tachadas de ilícitas. No obstante, del inciso final del art. 277 del Código aparece que a los restantes intervinientes les queda reconocida la posibilidad de impugnar de nulidad la sentencia del juicio oral,<sup>102</sup> cuando ella se haya fundado en prueba que, admitida en el auto de apertura, su producción en dicho juicio no debió empero admitirse.<sup>103</sup>

En consecuencia, el recurso debió fundarse en la improcedencia de autorizarse las declaraciones de los funcionarios policiales, propuestas por la fiscalía en su escrito de acusación y la

---

<sup>102</sup> Es lo que he denominado “la impugnación tardía” del auto de apertura del juicio oral. *Cfr.* mi “Del debate sobre la licitud de la prueba y su exclusión por parte del Tribunal de Juicio oral...” (informe en derecho), en *Boletín del Ministerio Público* N° 14 (marzo de 2003), p. 156.

<sup>103</sup> Lo dispuesto en este inciso, establece el art. 277 inciso último, *in fine*, se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

negativa del juez de garantía a excluir tales testimonios habría constituido la debida preparación del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva del juicio oral.

En el recurso, sin embargo, debieron haberse expuesto detallada y claramente estas circunstancias, cuestión que no sólo no tuvo lugar, sino respecto de la cual ya no es posible efectuar enmienda alguna, a la luz del claro tenor de lo señalado en el art. 379 inciso segundo.

La primera circunstancia formal que obsta a que el recurso pueda prosperar, en consecuencia, consiste en la falta de adecuada exposición de sus antecedentes fundantes y de la omisión de la debida preparación del mismo que, ora pudo constituir el reclamo y objeción pertinente, en la audiencia de preparación del juicio oral, como lo impone el art. 272, ora la impugnación ya no a la producción misma de la prueba, para lo cual había precluido el derecho, pero, en cambio, a la formulación de las interrogantes a los agentes policiales o, por último, a la circunstancia de dejarse constancia de sus respuestas a las mismas interrogantes, todo fundado en lo que, a juicio del defensor, constituían ilegalidades formales del proceder.

b) En segundo término, siempre sobre la base de la esclarecedora constancia del fallo, referida a la falta de reclamación del defensor, no puede ignorarse que lo que se persigue a través del recurso entablado es la declaración de nulidad procesal –una de cuyas vías de obtención es, obviamente, el recurso de nulidad–, por lo que son aplicables en la especie las reglas generales comunes a toda pretensión nulitiva, de entre las cuales destaco, por su pertinencia al tema, el del saneamiento de la nulidad.

El art. 164 del Código Procesal Penal establece que las nulidades se sanean si el interviniente en el procedimiento, perjudicado, no impetrare su declaración oportunamente –lo que constituye una convalidación omisiva– o si aceptare expresa o tácitamente los efectos del acto (lo que representa una aquiescencia que impide el ulterior reclamo de nulidad).<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> La aquiescencia, como impedimento para que prospere una nulidad procesal posterior del sujeto, constituye una aplicación procesal del principio de los actos propios, que, como se sabe, impide *venire cum factum proprium*. Sobre el punto,

B. *Deficiencias sustantivas*

Se plantea en el recurso una materia que ya ha venido siendo discutida en los estrados de los tribunales de la reforma procesal penal, sin que aún se haya construido un pensamiento jurisprudencial sólido y que agote la discusión: es el tema de las declaraciones policiales acerca de lo expuesto por el imputado o, más brevemente, el de los policías como testigos de oídas de los imputados.

Me parece conveniente un análisis pormenorizado de la cuestión, para ir despejando incógnitas y acercándonos, gradualmente, a la respuesta final:

El punto de partida radica en la garantía conferida a las personas, por todos los sistemas que se organizan como Estados de Derecho, de no ser obligadas a declarar en contra de sí mismas, esto es, de no autoincriminarse.<sup>105</sup> Se trata de aplicar la noción fundamental del proceso penal, en orden a que el imputado no constituye un órgano de prueba ni el Estado acusador debe contar con su colaboración para que prospere la pretensión punitiva. El sentido de la presunción de inocencia no es más que imponer sobre el acusador todo el peso de la imputación, liberando al acusado de toda responsabilidad por su falta de colaboración en la tarea de establecer los hechos. El punto de partida

---

véase, brevemente, mi “Un caso curioso: del error del juez y de las partes en el juicio sumario (informe en derecho)”, en *Comentarios Procesales*, Edeval, Valparaíso, 1994, p. 75.

---

<sup>105</sup> La idea viene recogida en el antiguo brocardo *nemo tenetur se ipsum accusare*, o simplemente “*nemo tenetur...*”, que se consagra en las Constituciones Políticas (la Enmienda V de la Constitución de los Estados Unidos de América dispuso que “nadie será obligado a ser un testigo contra sí mismo”; el art. 18 de la de Argentina señala que “nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”, redacciones todas que ponen de relieve lo que he llamado la total falta de simpatía del constituyente chileno por el imputado penal, en cuyo favor se consagra que no puede ser obligado a declarar *bajo juramento* sobre hecho propio, dejando la impresión que se preserva el sentido moral-religioso del conflicto que podría plantear el tema del juramento, antes que la garantía misma) y en las convenciones y pactos internacionales. Esta garantía constituye, en el fondo, una expresión del derecho de defensa (Cfr. A. Binder, *Introducción al Derecho Procesal Penal*, 2ª edic. actualizada y ampliada, Ad Hoc, Bs. Aires, julio, 2000, p. 181).

correcto conforme al principio del *fair trial*, escribe Roxin, consiste en afirmar que nadie debe colaborar por sí mismo en la tarea de probar su culpabilidad y acota que el derecho a guardar silencio del imputado tiene incluso rango constitucional, como emanación del principio del Estado de Derecho.<sup>106</sup>

Obviamente no constituye la presente la sede para tratar de la génesis de este principio: resumidamente, empero, puede destacarse la labor del Iluminismo, que, en su defensa de los derechos de las personas y en su combate a la tortura, puso de relieve que, bajo la consideración de la confesión, como reina de las pruebas, se vino alentando, por siglos, la tortura como vía para obtenerla y sólo restándose a dicha confesión la primacía de convicción, se dejaría de buscarla por todos los medios, incluyendo los violentos. De allí a consagrar la prohibición de obligar a las personas a declarar no hubo sino un breve paso.

La garantía no se establece, sin embargo, sin el complemento que representa el deber del persecutor oficial o enjuiciador de comunicar al acusado la existencia de este derecho: la información de los propios derechos, proporcionada por el funcionario público, constituye un elemento clave en la protección de las personas frente al Estado.<sup>107</sup>

De este modo, se cierra un verdadero círculo protector, que no sólo impone al empleado estatal la prohibición de tortura para obtener confesión, sino, además, le exige que informe al acusado que tiene el derecho de guardar silencio, esto es, de no colaborar con la actividad que busca incriminarlo.<sup>108</sup>

---

<sup>106</sup> Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto, Bs. Aires, 2000, p. 108.

<sup>107</sup> De allí que resulte tan censurable que, apenas en 1989, con motivo de la última reforma importante al Código de Procedimiento Penal, el legislador —una Comisión Conjunta Asesora de la existente Junta Militar de Gobierno— no trepidara en dejar la siguiente constancia en el informe previo a la aprobación de la modificación legal: “...no se ha estimado conveniente establecer normas como las que existen en algunos Códigos europeos o americanos, en el sentido de que no declarar es un derecho y menos que él deba ser puesto previamente en conocimiento del inculpado. En Chile, erigir estos principios en un emblema sería candoroso y contribuiría a debilitar los brazos de la justicia...”.

<sup>108</sup> En la literatura procesal penal moderna el principio tiene un solo nombre: “Miranda”, en recuerdo del ahora, *leading case* “Miranda vs. Arizona”, un fallo de la famosa Corte que presidía el Chief Justice Burger en los Estados Unidos de



La garantía, en consecuencia, consiste en asegurar a las personas no sólo su derecho a guardar silencio, sino, correlativamente, la certeza que bajo circunstancia alguna podrán ser obligadas –forzadas– a prestar declaración.

El ordenamiento procesal de la reforma recoge expresamente la idea; así, el art. 93 establece en su letra g) que, en especial, el imputado tendrá “...*derecho a guardar silencio...*”, norma que se complementa con el art. 194, que, bajo el epígrafe “Declaración voluntaria del imputado”, establece que si el imputado “...*se allanare a prestar declaración ante el fiscal... (éste) le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuyere, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, en la medida conocida...*”, agregando la norma, para enfatizar la libre decisión del imputado a declarar, que “...*en todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al ministerio público su completa identidad...*”, redacción perfectamente acorde con la idea de que efectivamente podrá el imputado negarse declarar sobre otros temas.

Lo anterior, por supuesto, al margen, vale decir, sin olvidar las reglas semejantes que aportan al derecho interno, los tratados internacionales, aplicables por mandato del conocido inciso 2º del art. 5º de la Constitución vigente.

a) *¿Tiene valor probatorio incriminador, bajo el nuevo Código Procesal Penal, la declaración del imputado?*<sup>109</sup>

Contestando esta simple interrogante, creo necesario dejar en claro una regla básica: la proscripción normativa dice relación

---

América, que en 1966, resolviendo frente a lo que se estimaban excesos policiales, determinó que la policía tenía el deber de comunicar a las personas, en términos claros e inequívocos, antes de interrogarlas, acerca de su derecho a guardar silencio, con la prevención de que todo lo que diga podrá y será usado en su contra en el tribunal; del derecho a consultar un abogado y a que éste asista al interrogatorio y, finalmente, a expresarle que si carece de abogado, el Estado le proporcionará uno.

Cfr. 384 U.S 436.385 U.S 890 (1966).

---

<sup>109</sup> El legislador del nuevo Código, acorde con los tiempos y la tendencia dominante en la dogmática procesal penal, eliminó la expresión “confesión” para aludir a las declaraciones del imputado. No está de más recordar que confesión en materia penal, simplemente, “es la declaración del imputado por medio de la

con la imposición o forzamiento de la declaración al imputado. Nada obsta, empero, a conferir valor persuasivo a las declaraciones que éste se allana espontáneamente a prestar. Son elocuentes en este sentido, en primer término, el inciso final del art. 340, que dispone que “...no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración...”, regla que reconoce de manera implícita e incuestionable la fuerza probatoria de la declaración del imputado, a sola condición que se agregue a otros elementos de convicción.

Idéntico sentido –reconocimiento de valor a la declaración– resulta del art. 93 letra g) citado, que tras establecer el derecho al silencio, acota que también se confiere el derecho a no declarar bajo juramento, si se consiente en hacerlo.

Todavía más, el mencionado art. 194 discurre sobre la base de la declaración que el imputado se allanare a prestar ante el fiscal, al tiempo que el art. 326 no solamente reconoce el derecho del acusado a prestar declaración en el juicio oral, sino reitera que en cualquier estado del mismo este acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos; al paso que el art. 331 permite, en excepcionales circunstancias, dar lectura a declaraciones de imputados y, finalmente, el art. 338, *in fine*, establece que se otorgará al acusado la palabra al clausurarse el debate.

Las normas referidas, en consecuencia, regulando el ejercicio del derecho a declarar del acusado o imputado, discurren sobre la base de que tal declaración constituye un elemento que coadyuvará a formar la convicción de los jueces o, lo que es lo mismo, que dicha declaración tiene fuerza probatoria en el juicio penal.

b) *¿Puede rendirse testimonio de oídas acerca de lo que el imputado de un hecho delictual declara después de verificado ese hecho?*

Las limitaciones a las declaraciones de los imputados están establecidas en favor de su dignidad e integridad psíquica y física. Siglos de excesos, violencias y abusos han llevado a la cultura jurídica contemporánea a establecer severas reglas de protección

---

cual narra o reconoce haber participado en unos hechos que la ley penal describe como punibles” (Cfr. Jairo Parra, *Tratado de la Prueba Judicial. La Confesión*, t. II, 3ª edic., Edic. Libr. del Profesional, Santafé de Bogotá, 1994, p. 27).

a las personas acusadas de haber cometido delito: de allí la prohibición no sujeta a excepción que se impone al Estado de no poder forzar, física ni moralmente, a los imputados para obtener su declaración.

Pero todo sabemos que en el proceso penal se persigue establecer y sancionar la comisión de los delitos, porque se trata de atentados que afectan a la convivencia bajo la cual los grupos sociales aspiran a vivir y desarrollarse: se trata de actos intolerables que se reprimen por esta vía, de suerte que si no se permite al Estado violentar a las personas en el esclarecimiento de los hechos criminosos, tampoco se le permite dejar de investigarlos y sancionarlos.

De allí que, si cometido el hecho, la persona que lo ha ejecutado, huye del lugar reconociendo su autoría o, simplemente, es sorprendida tras la comisión y a viva voz declara ser el ejecutorio material, no existe razón alguna para restar eficacia probatoria al dicho de quienes comparezcan al juicio narrando lo que escucharon gritar o, simplemente, contar de viva voz al imputado o acusado.

En esta conclusión no parece haber controversia: si así aconteciera, vale la pena reconocer que la asignación de fuerza persuasiva al dicho de los que escucharon del acusado el reconocimiento de su autoría arranca de la plena certeza de no haber mediado, por parte de los narrantes, presión, fuerza, violencia o comportamiento alguno que provocando temor en el acusado le hubiere llevado a efectuar el reconocimiento.

Establecida la premisa anterior, puede entonces adelantarse una conclusión preliminar: **no existe reparo esencial para conferir valor probatorio al testimonio de oídas referido a los dichos por los que el acusado reconoce su participación en el hecho penado por la ley.**

En términos positivos, lo anterior importa que al amparo de la libertad conferida al tribunal para ponderar la prueba, actividad en la que no reconoce más limitantes que las que representan el no contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados,<sup>110</sup>

---

<sup>110</sup> Este estatuto de valoración consagrado en el art. 297 constituye lo que en general se denomina de "sana crítica", expresión deliberadamente omitida en el

éste valorará los dichos en idénticas condiciones bajo las cuales ponderará las restantes piezas de convicción.

Con todo, de seguirse el criterio del recurrente de nulidad, a la conclusión precedente podría oponerse que ella contraría el derecho que se confiere al acusado de guardar silencio, lo que impone al tribunal decidir si privilegiar este derecho o acatar el poder deber que le impone el inciso 2º del art. 340, con arreglo al cual debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral.

Todavía más: alguien podría pretender que la cuestión debe dilucidarse antes del juicio, porque más que de un tema de valoración se trataría de un problema de admisibilidad de prueba, cuestión de competencia privativa y excluyente del juez de garantía,<sup>111</sup> lo que impone hacerse cargo de la objeción.

- c) *¿Constituye el testimonio de oídas que versa sobre los dichos del acusado que ha resuelto guardar silencio posterior una prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales?*

Como se sabe, si la respuesta es afirmativa, por mandato de los arts. 272, 276 inciso 3º y 277 letra e), competía al juez de garantía, tras el debate de la audiencia respectiva, excluir esta prueba al dictar el auto de apertura del juicio oral.

Establecido que efectivamente se hubiere pedido por la defensa la exclusión de los testimonios, me parece inconcuso que en la hipótesis de trabajo –personas dispuestas a declarar sobre el reconocimiento de su autoría en el delito, que escucharon al imputado, después de ocurrido el suceso– no se divisa cómo se podría afirmar que la prueba se obtuvo infringiendo garantías fundamentales, toda vez que se trataría de testigos enteramente fortuitos cuyos sentidos, sin proponérselo, percibieron los dichos de una persona que se declaraba autor de un hecho al parecer delictuoso.

---

texto legal, por la convicción que asistía a los redactores en orden a que más valía describir lo que esta modalidad representa antes que meramente nombrarla, lo que conllevaba el riesgo de interpretaciones completamente disímiles.

---

<sup>111</sup> En este sentido, véanse las razones aducidas y las conclusiones que, en el sentido del texto, expongo en mi “Del debate sobre la licitud...”, *cit.*

Como las garantías constitucionales, y las consagradas en tratados internacionales, apuntan a proscribir el que una persona sea “obligada” a declarar en su propia contra, esto es, forzada a autoincriminarse, tal estatuto cautelar no puede resultar violado en el caso propuesto, en el que los dichos se han emitido espontáneamente, en ocasiones como disculpa frente a lo ocurrido, en otras, simplemente, como un reconocimiento de propia responsabilidad, lo que lleva la cuestión al análisis desde el criterio de la disponibilidad de los derechos en el proceso penal.

d) *¿Es renunciable el derecho a guardar silencio?*

Esta constituye una de las cuestiones capitales en relación a la controversia materia de este informe: se recordó, antes, que los “*Miranda rights*” del Derecho de los Estados Unidos de América suponen, primerísimamente, el de guardar silencio, pero con la admonición de que todo lo que el sujeto diga podrá y será usado en su contra ante el tribunal... y que el art. 93 letra g), tras consagrar el derecho del imputado a guardar silencio, reconoce que si éste **consintiere** en declarar, no se le podrá imponer el hacerlo bajo juramento, regla coherente con lo dispuesto en el art. 194, que regula la “**declaración voluntaria del imputado**” discurrendo sobre los casos en que éste **se allana** a prestar declaración ante el fiscal.

La solución legal tiene plena explicación: de muy antiguo se ha reconocido el mecanismo de alivio psicológico que representa para el autor de un delito, en ocasiones abrumado por el remordimiento, reconocer su comisión.

En síntesis, si el imputado, por expreso mandato de normas legales y constitucionales, tiene el derecho a renunciar al silencio que en su favor se consagra, no habrá vulneración de garantía alguna, en la proposición y producción de prueba testimonial de oídas, en cuanto por ella se exponga al tribunal lo que el imputado espontánea y voluntariamente se allanó o se apresuró a declarar.

Si el sujeto puede renunciar y en los hechos renuncia a guardar silencio, y por las motivaciones que sean, reconoce el hecho y su participación en él, no contraría garantía fundamental alguna la resolución que autoriza la producción de prueba testimonial encaminada a reconstruir los dichos de ese imputado.

e) *La renuncia a guardar silencio frente a los funcionarios públicos perseguidores*

– *Antes y durante la aprehensión*

Me parece que ninguna argumentación adicional a las ya expuestas debe formularse cuando se trata de analizar la situación de los funcionarios públicos perseguidores, que en el desarrollo de sus funciones escuchan al imputado reconocer su responsabilidad en el hecho criminoso; imagino, para aclarar cabalmente el ejemplo, la situación de agentes de la policía llamados por vecinos de una casa en la que se han escuchado disparos y que al ingresar al lugar encuentran a un sujeto junto a un cadáver que, no más verles, levanta las manos diciendo: “...lo maté, yo lo maté”.

“Pareciera –escribe Superti– que cuando un sospechoso con sus manifestaciones suministra a la policía elementos para que ésta investigue, no se está en presencia de la prohibición que tiene de recibirle declaración y, por ende, ello es válido, aunque a partir de esos datos se llegue a prueba incriminante para él, salvo que el interesado pruebe que actuó coaccionado”.<sup>112</sup>

Estimo que, en este caso, tampoco existe vulneración de garantías y los agentes incumplirían gravemente sus responsabilidades si no reconocieran, en la instancia respectiva, lo que escucharon decir al sujeto.<sup>113</sup>

– *Después de la aprehensión*

Aprehendido por la policía, el sujeto ha perdido no sólo su libertad ambulatoria, sino se encuentra en situación de dependencia y de inseguridad reales: por esta manifiesta limitación a sus posibilidades de decidir con plena libertad, es que la ley y

<sup>112</sup> Cfr. Héctor Superti, *Derecho Procesal Penal (Temas conflictivos)*, Edit. Juris, Rosario, 2000, p. 256.

<sup>113</sup> Por el necesario rigor en el modo de exponer las ideas, agregó que, en mi concepto, no resulta admisible, en cambio, que para ser usados como testigos en el juicio posterior, agentes policiales asistan al interrogatorio al que el fiscal someta al imputado, tanto porque ello sí constituye un elemento intimidante, con las dramáticas consecuencias que la jurisprudencia chilena conoce, como el crimen de La Calchona, en que jóvenes campesinos fueron condenados y mantenidos privados de libertad por cinco años, en virtud de declaraciones prestadas en el Juzgado del Crimen, bajo la vigilancia de funcionarios policiales, cuanto porque asistir a los interrogatorios no es función policial y, por ende, no hay incumplimiento alguno de deberes si el agente reconoce ignorar lo que el imputado declaró ante el fiscal.

muy variada jurisprudencia coinciden en estimar que sólo tiene valor la declaración del sujeto que ha sido advertido de sus derechos, particularmente del que tiene a guardar silencio.

La ley nacional quiso innovar en la materia, en relación a lo que era tradicional en nuestros hábitos penales y dispuso que la policía no podrá interrogar autónomamente al sujeto, esto es, sin orden del fiscal y que si el imputado quisiere voluntariamente declarar, deberá hacerlo en presencia de su abogado, y no encontrándose presente el defensor, se tomarán las medidas para que la declaración tenga lugar ante el fiscal o se realice ante los agentes policiales con autorización y bajo la responsabilidad de dicho fiscal (art. 91).

Todo el sistema de la norma, sin embargo, discurre sobre el supuesto básico de las detenciones, esto es, que se haya dado cumplimiento al deber policial de informar de los derechos al sujeto, como lo exige el art. 135.

Coincido en que la falta de cumplimiento de ese deber policial priva, en principio, de eficacia a la declaración del sujeto y lo propio acontecerá cuando, aun advertido de sus derechos, se le interroga autónomamente por la policía, sin la presencia del defensor y sin orden del fiscal ni bajo la responsabilidad de éste.

- f) *De los efectos de la falta de observancia de las exigencias y circunstancias previstas en el art. 91: la diferencia entre prueba ilegal y prueba ilícita*

Estimo que la declaración voluntariamente prestada ante la policía sin advertencia de derechos y sin defensor, pero libre de apremios, amenazas o coacciones, **no constituye una prueba ilícita, sino, simplemente, una prueba ilegal**, esto es, una prueba cuya obtención vulnera una norma procesal —aquella que vela por el interés de la lógica y la finalidad del proceso—, a diferencia de la primera, que es la consecuencia de la violación de una norma sustancial, es decir, una que establece los derechos fundamentales que el ordenamiento reconoce al individuo.<sup>114</sup>

<sup>114</sup> Cfr. en este sentido, Bernadette Minvielle, *La Prueba Ilícita y el Debido Proceso Penal*, Ediciones Jurídicas, M. Fernández, Montevideo, 1988, p. 118, y la abundante bibliografía cit. en nota 4.

En la moderna doctrina de las libertades públicas –escribe **Ada Pellegrini Grinover**– ningún derecho constitucionalmente asegurado es considerado absoluto. Cada derecho, cada libertad, ha de ser armonizado e interpretado en conjunto con otros derechos y con otras libertades. También el derecho a prueba, constitucionalmente asegurado, tiene sus limitaciones.

La Constitución, explica aludiendo a la brasilera de 1988, adoptó la terminología de la doctrina que distinguía entre la prueba llamada ilegítima de la prueba ilícita u obtenida por medios ilícitos. La prueba ilegítima es aquella cuya recepción infringe normas de derecho procesal... y la sanción para el desacatamiento del modelo se encuentra en la propia ley procesal.

Por prueba ilícita o por prueba ilícitamente obtenida, concluye, debe entenderse la prueba recogida infringiéndose normas o principios de derecho material (de derecho constitucional, o también de derecho penal, civil, administrativo, pero sobre todo derecho constitucional, porque en la raíz de la problemática de las pruebas ilícitas está siempre un problema de intimidad, de libertad, de dignidad humana).<sup>115</sup>

Se ha podido establecer, largamente, que es posible un quebranto, incluso constitucional, no lesivo de un derecho fundamental, y esto porque fundamentalidad y constitucionalidad, todavía más, legalidad, agreguemos, no son dos parámetros co-extensos.<sup>116</sup> La infracción legal, en resumen, no implica necesariamente vulnerar los derechos o garantías fundamentales, por lo que, en los meros términos expuestos, el recurso de nulidad no puede prosperar.

La garantía constitucional, internacional y legal, efectiva, la constituye la prohibición absoluta y sin excepción alguna que se impone al sistema estatal **de no forzar la voluntad de una persona para obtener su declaración**; nadie puede ser moral ni físicamente obligado a declarar ni, todavía menos, en su propia contra.

<sup>115</sup> Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *O Processo em Evolução*, Edit. Forense Universitaria, Sao Paulo, 1996, pp. 42-43 (la traducción me pertenece).

<sup>116</sup> Cfr. José A. Díaz Cabiale y Ricardo Marín Morales, *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida*, Civitas, Madrid, 2001, p. 204.



La declaración autoincriminatoria prestada en un cuartel policial, sin concurrencia del defensor ni del fiscal, es natural y originariamente sospechosa,<sup>117</sup> pero es posible que, como acontece en la especie, concurran circunstancias que terminen desvaneciendo el justificado temor a las presiones o coacciones indebidas:

- En primer término la incuestionada concurrencia voluntaria del condenado por el cual se recurre, al cuartel policial;
- En segundo, la igualmente reconocida espontaneidad y voluntariedad de su declaración,<sup>118</sup> acotándose que firmó una acta escrita testimoniando su voluntaria concurrencia al cuartel policial;
- En tercero, aunque debe encabezar la lista, desde otro punto de vista, la ausencia indiscutida de toda coacción o violencia física o moral ejercida sobre el sujeto.
- En esta misma línea, la completa falta de engaño por los agentes o la buena fe de su actuar.

Una breve recapitulación de los hechos, a partir de los términos de la sentencia, revela i) **que el imputado NO estaba detenido** cuando formuló su declaración (a tal grado que el agente Jean Contreras afirma que “luego de fijar fotográficamente el tatuaje... lo fueron a dejar (al imputado) a su domicilio, previa citación a la Fiscalía...” (fojas 11 *in fine* del fallo); ii) que se **le leyeron sus derechos** (lo declara así el agente Monsalve Garcés, contestando una repregunta del fiscal (ffs. 9 inciso penúltimo del fallo) y Contreras, quien afirma que “previa lectura de sus de-

<sup>117</sup> Con todo, no puede dejar de anotarse que el hecho no constituye un motivo absoluto de nulidad de los previstos en el art. 374, esto es, de aquellas circunstancias que autorizan la anulación del juicio y de la sentencia aunque no se acredite perjuicio alguno.

<sup>118</sup> El tema no nos es privativo, analizando la situación argentina, Carrió informa que “la Policía frecuentemente toma declaraciones a las personas detenidas, declaraciones que reciben el nombre de “espontáneas”. Ahora bien, continúa, en los primeros casos en que la validez constitucional de estas declaraciones policiales fue cuestionada, nuestros tribunales tomaron en general una posición sui generis: Así si bien en su mayoría afirmaron la validez de estas espontáneas, sin ahondar mayormente en su verdadera espontaneidad, a tales declaraciones les fue acordado un status inferior al de la confesión judicial...”. Cfr. Alejandro D. Carrió, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Bs. Aires, 1991, 2ª edición corregida y aumentada, 1ª reimpresión, p. 124.

rechos (al inculpado)..., etc.” (fjs. 11); iii) **que se le comunicó su condición de imputado** (declaraciones de ambos agentes), y **que se le informó que se investigaba la violación de la víctima** (id.).

Si estas circunstancias acompañaron a la declaración –disipados los temores en torno a que ella hubiere sido el producto de un indebido forzamiento–, no parece posible sostener que se ha obtenido vulnerando garantías fundamentales y, en tal evento, no aparece razón para impedir que su contenido sea reproducido por quienes la escucharon o que el testimonio de éstos no se admita por el juez de garantía o, finalmente, que no se valore el testimonio que la transcribe.

Actualmente, en algunos casos, explica Roxin, el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH) admite todavía la valoración (de la declaración del imputado) a pesar de la falta de información: cuando se comprueba que el imputado tuvo conocimiento de su derecho a guardar silencio o cuando el acusado que cuenta con la asistencia de un defensor ha consentido expresamente la valoración en el juicio oral o no se opuso a ella hasta el momento mencionado en el parágrafo 257...<sup>119</sup>

g) *La teoría de los frutos del árbol envenenado y la disponibilidad de los derechos*

Es sabido que la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América ha marcado rumbos en las interpretaciones constitucionales con influencia en los procesos penales: ha sostenido ese Tribunal<sup>120</sup> que la evidencia obtenida por una ilegalidad policial es admisible si la conexión entre dicha ilegalidad y la evidencia cuestionada ha terminado siendo tan atenuada como para superar el vicio inicial; entre los factores de atenuación, empero, se incluye lo que se ha denominado un acto de libre voluntad, acto que por su propia naturaleza concluiría por eliminar el vicio primitivo. Así, en *Wong Sun vs. United States*<sup>121</sup> el sujeto fue dejado en libertad tras un arresto verificado ilegalmente. Más tarde volvió por su propia voluntad a la esta-

---

<sup>119</sup> Roxin, ob. cit., p. 195.

<sup>120</sup> Caso *Nardone vs. United States*. 308 US 338 (1939).

<sup>121</sup> 371 US 471 (1963).

ción policial y entregó una declaración escrita de los hechos. La Corte estimó que la naturaleza voluntaria de la conducta purgó su declaración del vicio primitivo,<sup>122</sup> conclusión que, por las características de la situación que motiva el recurso en estudio –declaración voluntaria del imputado a los agentes policiales– debería también alcanzarse en este caso.

h) *La conducta ilegal y la buena fe*

La jurisprudencia de la misma Suprema Corte<sup>123</sup> ha acuñado, todavía, una fórmula adicional que puede sintetizarse en la idea de que deberá excluirse la prueba si, en concepto de un “agente policial razonablemente bien entrenado”, ella contraría las leyes vigentes; de donde se permite la producción de prueba de origen dudoso o francamente ilegal, cuando, a la inversa, tal ilegalidad del proceder no habría sido evidente para un agente policial que satisficiera ese standard de preparación: la cuestión me parece perfectamente aplicable como criterio en el caso *sub lite*, desde que el reproche que se formula a la actuación policial, tomar la declaración en las condiciones de autos, me parece excusable desde el punto de vista de agentes procediendo de buena fe (*good faith exception*).

i) *Testimonio de oídas o testimonio directo: el tema de la prueba ilícita y la fuente independiente*

Una lectura diferente de los hechos y circunstancias involucrados en la materia *sub judice* puede formularse poniéndose en discusión la calificación de “testimonio de oídas” que se otorga, en general, al dicho del que alude a lo que escuchó decir. La cuestión supone acotar, exactamente, la materia eventualmente objeto de ponderación probatoria por el tribunal; en esta línea, no parece difícil aceptar que lo que deberá ser ponderado por los juzgadores es la declaración que los agentes policiales efectúan de hechos o circunstancias que dicen haber percibido por

---

<sup>122</sup> Cfr. Joshua Dressler, *Understanding Criminal Procedure*, Matthew Bender, reedición, 1995, N. York, p. 261.

<sup>123</sup> Se trata de la doctrina conocida como la “Excepción de Buena Fe León”. Cfr. United States vs. Leon, 468 US 897... 486 US 1250 (1984).

sus propios sentidos: a saber, la declaración del imputado, con prescindencia de los términos de esta última.

Si, entonces, éste constituye el *thema probandum*, la controversia en torno a si el modo o fuente de incorporación del mismo al juicio vale o no vale, nos vuelve a situar en el tema de la prueba genéricamente llamada ilícita, pero que, en la especie, es técnicamente ilegal. Esta comprobación tiene trascendencia de cara a determinar si puede o no aplicarse en la especie la denominada “fuente independiente”, como paliativo a la eventual ilicitud del medio en discusión.

La regla nulificante o excluyente (de la prueba) –escribe Luciano García– tiene su límite en el método de la supresión mental hipotética. Si, por ejemplo, los datos de ubicación de la cosa sustraída provienen de otra fuente distinta de prueba, regular y lícita, es decir, que suprimido el acto irregular, igual se llega a la prueba regular, por otra vía, entonces el acto posterior no será viciado y podrá ser utilizado en el proceso aun en contra o en disfavor del titular de la garantía. Esto es lo que Carrió denomina “fuente independiente” –cauce de investigación distinto–, tomándolo del precedente “Silverstone Lumbre” de la Corte estadounidense (*independent source*).<sup>124</sup> En el mismo sentido escriben Díaz y Martín, afirmando que “...no se aplica la doctrina de los frutos del árbol envenenado cuando los hechos pueden alcanzarse mediante una fuente independiente...”.<sup>125</sup>

En mi opinión, si en el caso que nos ocupa se elimina mentalmente el dicho de los agentes, el hecho delictual y la participación del acusado quedan probados, más allá de toda duda razonable, a través de los testimonios de Manuel Araos, de la precisa imputación de la víctima y de la identificación a través del reconocimiento del tatuaje en el muslo; de las huellas de las lesiones en las muñecas de la mujer; de la información ginecológica prestada por el médico legista y de los dichos de la psicóloga que la examinó, todos los cuales coinciden, sin dudas, en la ocu-

---

<sup>124</sup> Cfr. 3 Derecho Penal. Jorge Amilcar Luciano García, *El recurso de casación y el control de la garantía constitucional del juicio previo como debido proceso legal*, Edit. Juris, Rosario, noviembre de 1994, p. 31.

<sup>125</sup> Cfr. *La garantía constitucional de la inadmisión...*, cit., p. 83. También Dressler, *Understanding...*, cit., p. 257.

rrencia del hecho y en la veracidad de los dichos de la ofendida, sin que, en cambio, se proporcionaran antecedentes para establecer que el sujeto no estuvo en el lugar antes de los hechos y con motivo de los mismos, o su desvinculación con ellos.

Este ejercicio intelectual de eliminación, sugerido por la dogmática procesal penal, hace aplicable en la especie –para el evento de arribarse a la más desfavorable conclusión, que el testimonio de los agentes constituiría una prueba ilícita o sería el producto de pruebas mal habidas– la doctrina de la fuente independiente, con arreglo a la cual la prueba podrá invocarse.

## 5.2. CONCLUSIONES

a) Es posible que terceros atestigüen en juicio lo que escucharon decir al imputado, sin que ello represente infracción legal o constitucional alguna. Si se trata de agentes estatales, para calificar la situación es necesario atender a la eventual amenaza a la libertad del sujeto declarante que resulte de las circunstancias específicas que rodearon la declaración.

b) Esta afirmación corrobora que es, por su parte, perfectamente legítimo el que terceros, particulares o agentes estatales expongan lo que espontáneamente declaró el imputado y que ellos escucharon, simplemente por tener capacidad auditiva, en razón de que, en semejantes circunstancias, no habría riesgo alguno para la libertad del sujeto ni éste se pudo haber sentido coaccionado de ninguna manera para declarar en una u otra forma.

c) La circunstancia de que una persona no se encuentre privada de libertad por la policía hace difícil –aunque no imposible– estimar que la declaración que ante ella se haya formulado sea el fruto de presiones indebidas.

d) La policía debe cumplir estrictamente las normas procesales que le prohíben tomar declaraciones a las personas sin la presencia del defensor o del fiscal o sin la autorización de éste ni la asunción de responsabilidad.

e) No es legalmente posible que, convocados o por decisión propia, agentes policiales se constituyan en los despachos de los fiscales del Ministerio Público para escuchar las declaraciones

del imputado y poder reproducirlas en juicio: tal presencia constituye una manifiesta coacción y representa una presión que atenta contra la libertad del imputado para formular sus dichos.

f) Estimo que el recurso de nulidad deducido en contra de la sentencia de 23 de febrero de este año, dictada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, en la causa seguida en contra de Eduardo Antonio Villalobos Barría, en cuanto se funda en la causal prevista en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal y se basa en que se habría vulnerado el derecho del acusado a guardar silencio, por haberse valorado las declaraciones efectuadas por agentes policiales, que expusieron al tribunal lo que el sujeto les narró a ellos, debe ser desestimado.

g) El rechazo tiene fundamento en las deficiencias formales de la impugnación, traducidas en la falta de preparación y en la aquiescencia del defensor al vicio que invoca como sustento de su recurso.

h) Es una garantía fundamental de toda persona, constitucional e internacionalmente consagrada, el no ser forzado física ni psíquicamente para prestar declaración, garantía que protegen normas procesales como las que impiden a la policía tomar declaración a los imputados, sin la presencia de su abogado defensor o del fiscal o sin la autorización de éste ni bajo su responsabilidad.

i) La infracción a la prohibición constitucional e internacional torna a la prueba en ilícita; la infracción a las normas procesales que la cautelan hace simplemente ilegal la prueba y, por ende, la sujeta a los parámetros de la nulidad procesal con sus modalidades de convalidación, exigencia de perjuicio y semejantes.

j) En la especie corresponde rechazar el recurso de nulidad considerando que la analizada no se ha tratado de una prueba ilícita, porque no existe inobservancia de garantías fundamentales, sino, en la mejor de las hipótesis para la defensa, una prueba ilegal, que no tiene la jerarquía anuladora de la anterior.

k) Todavía más, habiendo mediado buena fe de los agentes policiales y siendo posible establecer los hechos por una fuente independiente, la desestimación de la prueba, si se la estimare ilegal, resultaría improcedente y no existiría inconveniente para que se la ponderara por el tribunal.

## 6. COMPETENCIAS PROBATORIAS Y DEBERES DEL TRIBUNAL DE JUICIO ORAL (¿Debate sobre pruebas en este juicio?)

El presente estudio persigue hacerse cargo de los problemas suscitados en los juicios orales cuando en ellos se promueve discusión referida a la procedencia de la prueba cuya producción ha dispuesto el auto de apertura dictado por el juez de garantía.

Adicionalmente, se analiza el deber que tiene tal tribunal de dejar constancia, en su fallo, acerca de las cuestiones relevantes que, para la sustanciación de la causa, dictó durante el desarrollo del juicio.

Las materias se abordan contestándose a las interrogantes que siguen:

1º ¿Es posible, o no, que el Tribunal de Juicio Oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el Tribunal de Juicio Oral?

2º ¿Puede el Tribunal de Juicio Oral dejar de consignar en su sentencia decisiones relevantes para la resolución del asunto principal, adoptadas en la audiencia?

### 6.1. CONSULTA PRIMERA

*¿Es posible, o no, que el Tribunal de Juicio Oral no acepte algunas de las pruebas admitidas en el auto de apertura del juicio oral y puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud en el Tribunal de Juicio Oral?*

#### A. Prueba y audiencia de preparación del juicio oral

La adecuada respuesta a la interrogante impone, necesariamente, establecer que en el sistema del Código Procesal Penal la proposición de la prueba que se desea rendir en el juicio oral debe verificarse por los intervinientes en los actos de postulación o, como los denomina el antiguo Código de Procedimiento Penal, en los escritos fundamentales del plenario (art. 71 N° 1), vale

decir, el fiscal del ministerio público, en su acusación (art. 259 letra f); el querellante, en su adhesión a la acusación del anterior o en la propia (art. 261 letra c) y, por último, el acusado, por escrito, hasta la víspera, o, verbalmente, al inicio de la audiencia de preparación (art. 263 letra c).

Por esta vía, se abre camino una de las principales finalidades de la audiencia de preparación del juicio oral, a saber, la probatoria, que, como sabemos, conlleva el debate acerca de la procedencia de la prueba (art. 272 “Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes” y art. 276 “Exclusión de pruebas para el juicio oral”), la opción de celebrar contratos o acuerdos encaminados a restar a determinados hechos su carácter controvertido (art. 275 “Convenciones probatorias”) y la excepcional posibilidad de la producción de la denominada “prueba anticipada” (art. 280).

Lo cierto es que si conforme a lo señalado por el art. 272, durante la audiencia de preparación del juicio oral, cada parte puede formular *“las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del art. 276”*, esta norma faculta al juez de garantía para excluir, esto es, para resolver que NO se rendirán en el juicio oral:

- Las pruebas manifiestamente impertinentes (art. 276 inc. 1º);

- Las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios (art. 276 inc. 1º);

- Las que provinieren de actuaciones o diligencias declaradas nulas (art. 276 inc. 3º), y

- Las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales (art. 276 inc. 3º).

Todavía, el juez de garantía podrá disponer que el interviniente que corresponda reduzca el número de testigos y documentos ofrecidos, si estimare que su aceptación, en los términos propuestos, produciría efectos puramente dilatorios en el proceso (art. 276 inc. 2º).

En consecuencia, conforme a lo que dispone la ley, compete al juez de garantía determinar en el auto de apertura del juicio oral la prueba que los intervinientes podrán producir o rendir en el juicio oral; aquella que, a pesar de haberla ofreci-



do oportunamente, NO podrán rendir en tal juicio y, por último, aquella que, por excesiva o perseguir fines dilatorios, se limitará en su producción.

a) *¿Cómo expresa su decisión respecto de estos puntos el juez de garantía?*

La decisión del juez de garantía se contendrá en una resolución que, según se conoce, toma el nombre legal de “auto de apertura del juicio oral” (art. 277), que dictará al término de la audiencia y en el que –entre otras menciones– consignará “las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral de acuerdo a lo previsto en el artículo anterior” (art. 277 letra e).

A riesgo de aparecer afirmando una obviedad, deseo insistir en que la decisión del juez se contiene, conforme al citado art. 277, *en una resolución judicial*, con todo lo que ello representa en cuanto a características y a consecuencias jurídicas.

b) *Impugnación del auto de apertura del juicio oral*

El mismo art. 277 concluye señalando que “el auto de apertura del juicio oral **sólo será susceptible del recurso de apelación**,<sup>126</sup> cuando lo interpusiere el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo precedente. Este recurso será concedido en ambos efectos. Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas generales”.

c) *Historia fidedigna del establecimiento del art. 277*

– En el Proyecto presentado por el Poder Ejecutivo se sostenía, en el entonces art. 358, que el auto de apertura del juicio oral indicaría “las pruebas que deberán rendirse en la audiencia oral” (letra d) y luego se agregaba:

“Para los efectos de lo dispuesto en la letra d), el juez de control de la instrucción admitirá las pruebas ofrecidas por las par-

<sup>126</sup> Énfasis agregado.

tes, salvo aquellas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales, las manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios y todas aquellas que hubieren sido solicitadas con fines puramente dilatorios”.

El artículo concluía con la siguiente oración final:

“El auto de apertura del juicio oral no será susceptible de recurso alguno”.

– Informando lo que en su texto resultó ser el art. 341, y que se aprobó con la misma redacción del Proyecto, la Comisión de Constitución Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados expone que “...el art. 341 indica el contenido del auto de apertura del juicio oral, que el juez de control debe dictar al término de la audiencia, el que no es susceptible de recurso alguno...”.<sup>127</sup>

– En el Senado, en cambio, la materia se trató con mayor profundidad y se resolvió innovar, porque, como afirmó la Comisión correspondiente de esa rama del Parlamento:

“Causó preocupación en la Comisión la norma contenida en el inciso segundo, que permite al juez rechazar pruebas sin que esta resolución pueda ser apelable, lo que podría significar dejar a una de las partes en la indefensión antes de empezar el juicio, especialmente en lo que dice relación con la prueba ilícita y aquellas que pueden estimarse dilatorias, **porque van a quedar entregadas al criterio del juez de garantía sin revisión posterior...**”.

“...Entendió [la Comisión] que el propósito obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral y, precisamente, se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos, así como que un sistema de recursos demasiado amplio podría significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima...”.

---

<sup>127</sup> Comisión de Constitución, Legislación y Justicia. *Historia de la Ley N° 1 Nuevo Código Procesal Penal* (Boletín 1630-07), Primer Trámite Constitucional, tomo II, Public. oficial, Redacc. de sesiones, p. 338.

“...Por ello, acordó establecer un recurso a favor sólo del fiscal para apelar ante la Corte de Apelaciones contra el rechazo de pruebas que provengan de diligencias declaradas nulas o hayan sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar. El recurso se concede en ambos efectos. Lo anterior no obsta a que las partes deduzcan por esta causa el recurso de nulidad contra la sentencia definitiva dictada en el juicio oral, si ello procediere de acuerdo a las reglas generales...”.

Conclusivamente, entonces, corresponde convenir en que dictar el auto de apertura del juicio oral constituye una materia de competencia exclusiva y excluyente del juez de garantía respectivo.

### B. *Tribunales de juicio oral y jueces de garantía*

De cara a su organización, dependencia y funcionamiento, los tribunales chilenos pueden ser clasificados, con respaldo en la ley, en tribunales ordinarios y especiales. Corroborándolo, el inciso 2º del art. 5º del Código Orgánico de Tribunales –tras las modificaciones introducidas por las Leyes N°s 19.665 y 19.708– reza así:

“Integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia,<sup>128</sup> la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones, los Presidentes y Ministros de Cortes, los tribunales de juicio oral en lo penal, los juzgados de letras y los juzgados de garantía”.

A los tribunales especiales, en cambio, se refiere el inciso 3º de la misma norma.

El sistema de la estructura judicial prevista para la aplicación del nuevo Código Procesal Penal introduce modalidades de funcionamiento judicial hasta ahora completamente desconocidas

<sup>128</sup> La condición de “tribunales ordinarios”, usualmente empleada en la legislación, carece, sin embargo, de definición: me ha parecido siempre que la de Mario Casarino V. es la que mejor se ajusta a la realidad de los hechos. Casarino afirma que “...tribunales ordinarios son aquellos que se encuentran establecidos en el Código Orgánico de Tribunales y que llevan consigo la idea de subordinación del inferior con respecto al superior”. *Cfr. Manual de Derecho Procesal*, t. I, Editorial Jurídica de Chile, Sgo., 1970, p. 82.

en el Derecho nacional: basta pensar en la alteración radical de las prácticas de organización que significa el entregar, en instancia única, el conocimiento de los asuntos penales a tribunales colegiados.

Este cambio tiene enorme trascendencia, pero –corresponde destacar, desde luego– quizás la dificultad mayor que su aceptación ha enfrentado ha emanado de la propia cultura judicial: es que, como sabemos, de siempre en Chile la colegialidad tribunalicia se ha asociado a mayor jerarquía en la organización jurisdiccional, al amparo de ser colegiados las Cortes de Apelaciones, las Cortes Marciales, las antiguas Cortes del Trabajo y, ni qué decir, la Corte Suprema.

Ayuda, en ese sentido, la circunstancia de que el art. 48 N° 2 letra c) de la Constitución Política de la República disponga que la Cámara de Diputados puede acusar a los magistrados de los “*tribunales superiores de justicia*” y que el art. 49 N° 3 de la misma Carta disponga que es atribución exclusiva del Senado “conocer de las contiendas de competencia que se susciten entre autoridades políticas o administrativas y los *tribunales superiores de justicia*”, toda vez que ambas referencias están efectuadas a tribunales colegiados, esto es, a las mismas Cortes mencionadas en el párrafo que antecede.

Fácilmente, entonces, se explica ese mecanismo psicológico que asocia la colegiatura judicial con la condición de “tribunal superior” y no puede entonces sorprender que, existiendo un solo tribunal colegiado que no forme parte de los superiores, la convicción generalizada no repare en esta situación de excepción.

La cuestión, que parece superflua (se trata del estatus que le confieren los propios miembros del Poder Judicial a los tribunales colegiados, incluyendo a quienes forman parte de los tribunales de juicio oral en lo penal), tiene, de tarde en tarde, trascendencia que excede del ámbito de lo anecdótico o meramente subjetivo. Desde luego, repárese en el manifiesto el mayor interés que se observó entre los jueces del sistema antiguo y de los funcionarios judiciales en general para postular a los cargos de estos tribunales colegiados, por sobre el que existió para postularse de juez de garantía.

Es que nadie que conozca el funcionamiento interno del sistema deja de advertir que entre los jueces de estos tribunales

de juicio oral existe una indisimulada y plausible satisfacción por formar parte de estos tribunales colegiados, a los que ellos –y el propio entorno judicial– confieren una jerarquía determinada, que, en lo que interesa, es a lo menos superior a la de los jueces de garantía.

La pregunta que surge es si, efectivamente, los jueces de los tribunales de juicio oral tienen una ubicación de mayor jerarquía en el escalafón judicial, cuestión que se contesta negativamente a la luz de lo previsto en el art. 267 del Código Orgánico de Tribunales, que, como se sabe, indica que en la Tercera Categoría del Escalafón Primario figuran “...los jueces de tribunales de juicio oral en lo penal de ciudad asiento de Corte de Apelaciones, los jueces letrados de juzgados de ciudad asiento de Corte de Apelaciones, jueces de juzgados de garantía de ciudad asiento de Corte de Apelaciones, etc.”; en la Cuarta Categoría, los jueces de una y otra condición que lo sean de ciudad asiento de capital de provincia, y en la Quinta Categoría, a los de comuna o agrupación de comunas.

Así las cosas, la primera conclusión a que cabe arribar es que ni los tribunales de juicio oral en lo penal ni quienes en ellos sirven como jueces son superiores jerárquicos de los jueces de garantía.

### *C. De la modificación de las resoluciones judiciales*

Las resoluciones judiciales pueden modificarse como consecuencia de haber sido impugnadas o como resultado de la espontánea iniciativa del tribunal que la pronunció y, todavía, en el primer caso, la actividad impugnadora pudo verificarse ante el mismo juez o tribunal que la dictara o ante otro y, en consecuencia, la modificación será obra de uno u otro tribunal.

En el ámbito de lo administrativo, se reconoce a los órganos lo que se puede denominar **un poder o facultad de retracto**, que permite a la autoridad, de oficio o a petición de parte, volver sobre sus propios actos, y un **poder jerárquico revocatorio**, que es el que le permite modificar los actos o decisiones de quienes sean sus subordinados jerárquicos.

Así resulta del art. 9º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que dispone que:

*“Los actos administrativos serán impugnables mediante los recursos que establezca la ley. Se podrá siempre interponer el de reposición ante el mismo órgano del que hubiere emanado el acto respectivo y, cuando proceda, el recurso jerárquico ante el superior correspondiente...”*.

La cuestión es semejante en materias jurisdiccionales, terreno en el que, conforme a una antigua doctrina española, se distingue entre remedios y recursos<sup>129</sup> o recursos horizontales y verticales, para determinar así si la impugnación tiene lugar ante el tribunal que dictó la resolución (remedio o recurso horizontal, p. ej.: reposición) o, por el contrario, como es la regla general, ante el superior jerárquico (remedio o recurso vertical, según corresponda, p. ej.: apelación).

De allí que el art. 110 del mismo Código Orgánico de Tribunales disponga que “...una vez fijada con arreglo a la ley la competencia de un juez inferior para conocer en primera instancia de un determinado asunto, queda igualmente fijada la del tribunal superior que debe conocer del mismo asunto en segunda instancia”.

#### D. *La impugnación de resoluciones en el Código Procesal Penal*

Para determinar la vía y características de las impugnaciones de que pueden ser objeto las resoluciones judiciales que se pronuncien al amparo de las normas de este Código, es preciso distinguir su origen. Así, uno será, en principio, el régimen de impugnación de las resoluciones dictadas por el juez de garantía, y otro, el de las que emitan los tribunales de juicio oral en lo penal.

Con el afán de circunscribir este análisis exclusivamente a la materia que es objeto de la consulta, recuerdo que el recurso de **reposición**, regulado en los arts. 362 y 363, puede deducirse

<sup>129</sup> Ésta es quizás –apunta Hitters– una de las clasificaciones más utilizadas por los procesalistas y, tal vez, la que mayor confusión ha creado en la materia... Cfr. Juan Carlos Hitters, *Técnica de los recursos ordinarios*, Lib. Edit. Platense SRL (1ª reimp.), 1988, La Plata, p. 50.

en contra de sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados, tanto por los jueces de garantía, como por los tribunales de juicio oral en lo penal.

La **apelación**, por su parte, es, en general, un recurso que sólo procede en contra de resoluciones del juez de garantía, como se desprende del art. 364, que declara que son “inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo penal”.

Finalmente, el recurso de **nulidad** es un camino para impugnar sentencias definitivas, lo que, en el caso del juez de garantía, se reduce al procedimiento simplificado, conforme a lo señalado en el art. 399 del Código Procesal Penal.

En primera síntesis, entonces, puede afirmarse que las resoluciones de los jueces de garantía se impugnan por recursos y, concretamente, por reposición, apelación y, excepcionalmente, nulidad. De éstos, conoce el mismo tribunal (reposición), la Corte de Apelaciones respectiva (apelación y nulidad) y, excepcionalmente, conforme al art. 376, la Corte Suprema (nulidad).

#### *E. La competencia del Tribunal de Juicio Oral en lo penal*

Nunca resulta excesivo volver a destacar el régimen de estricta legalidad a la que se sujeta el tema de la competencia de los tribunales, legalidad reforzada por lo prevenido en los arts. 6º y 7º de la Constitución Política de la República y, en especial, por el art. 108 del Código Orgánico de Tribunales, conforme al cual la competencia es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones, norma que, según se ha comentado desde antiguo, en versión que se atribuye a Urrutia Salas, se comprende y aplica mejor cuando sus términos se invierten, para destacar que la competencia representa las atribuciones conferidas a los tribunales para conocer de determinados negocios que la ley les encomienda.

Como sea, por la indiscutida militancia de este terreno –atribuciones de los tribunales de justicia– en el campo del Derecho Público, es fácil concluir que no pueden estos órganos públicos asumir otras atribuciones que aquellas que expresamente se les han conferido por ley.

Así, tratándose de tribunales de juicio oral en lo penal, el art. 18 del Código Orgánico de Tribunales les confía la siguiente competencia:

- a) conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito;
- b) resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral, y
- c) conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende.

De este simple enunciado, puede desprenderse una inequívoca conclusión: el ordenamiento procesal penal no consagra recurso alguno que pudiere permitir a los jueces de Tribunal de Juicio Oral conocer de la impugnación de resoluciones dictadas por cualquier otro tribunal, en general, ni de la impugnación de las decisiones de los jueces de garantía, en particular.

#### *F. Atribuciones disciplinarias del Tribunal de Juicio Oral en lo penal*

Como todo tribunal, el de juicio oral en lo penal tiene las atribuciones disciplinarias que le reconoce el art. 3º del Código Orgánico de Tribunales, ejerciendo las cuales, conforme al art. 532 del mismo Código, le corresponde, inmediatamente, mantener la disciplina judicial en toda la extensión del territorio sujeto a su autoridad, haciendo observar las leyes relativas a la administración de justicia y los deberes de los empleados de secretaría y demás personas que ejercen funciones concernientes a ella. Y –en consecuencia– deberá(n) vigilar la conducta ministerial de todas las personas que ejercen funciones concernientes a la administración de justicia y que se hallan sujetas a su autoridad... (art. 532 incs. 1º y 2º COT).

Por lo que se anticipara, es manifiesto que los jueces de garantía NO se encuentran sometidos a la autoridad de los tribunales de juicio oral en lo penal, que no son sus superiores jerárquicos, razonamiento que lleva además a confirmar que éstos tampoco pueden, por vía disciplinaria,<sup>130</sup> modificar las decisiones de los jueces de garantía.

<sup>130</sup> La posibilidad que un tribunal o cualquier otro órgano modifique por vía disciplinaria la decisión jurisdiccional de otro tribunal parece inaceptable. Lo es



G. *¿Es impugnabile el auto de apertura del juicio oral?*

Bajo esta interrogante, me pregunto si alguna de las varias menciones del auto de apertura del juicio oral —o todas ellas, o su pronunciamiento mismo— pueden ser objeto de impugnación, recurso u otras de las muchas vías por las que se atacan las resoluciones judiciales.<sup>131</sup>

Como se anticipó, la respuesta la confiere el mismo texto legal, circunscribiendo la posibilidad de impugnación a dos alternativas temporales:

- a) Una inmediata y
- b) Otra tardía.

Lo que he denominado la posibilidad de impugnación “inmediata” está representada por la expresa posibilidad que se confiere, en el Código Procesal Penal, al Ministerio Público, para apelar de la decisión del juez de garantía que haya rechazado una prueba que pretendía producir en el juicio oral, bajo el fundamento de provenir de actuaciones o diligencias declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales, esto es, de tratarse de una prueba ilícita.

Por no corresponder al tema consultado, no abundo en las razones de esta importante limitación impugnativa, que, por lo demás, ya se avizoran en el debate de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que se transcribió.<sup>132</sup> Por ahora, empero, la destaco, en cuanto representa una modalidad poco común en el ordenamiento procedimental nacional. Sólo un interviniente —en los términos del Código— un litigante, diríamos de modo más genérico, tiene reconocida la aptitud legal para alzarse en contra de la decisión del juez de

---

en toda la experiencia comparada: en Chile, sabemos, hemos degenerado el recurso de queja, con tanta fuerza, que hasta la Constitución Política estima normal que estas modificaciones acontezcan (véase al efecto, el lamentable inciso 2º del art. 79), pero, a lo menos, sólo en relación a los **tribunales superiores de justicia**.

---

<sup>131</sup> Cfr. al efecto mi “Teoría General de la Impugnación”, en *Comentarios Procesales*, Edeval, Valpo., 1992.

<sup>132</sup> Vid. *supra* nota 127.

garantía, que, en consecuencia, deviene en firme o ejecutoriada a falta de tal impugnación, cuestión extremadamente relevante para el análisis posterior...

Materia distinta es que el legislador, teniendo presente la posibilidad de error o, simplemente, de criterios jurídicos diferentes, permita una modalidad impugnadora posterior (la que denominé “tardía”), no del auto de apertura del juicio oral mismo, sino de los efectos que, del criterio contenido en dicho auto, se hayan producido en la sentencia dictada en el juicio oral.

Este es el sentido del inciso final del art. 277, conforme al cual “...lo dispuesto en este inciso [*que el auto sólo es apelable por el fiscal*] se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales...”, de donde resulta que los restantes intervinientes podrán impetrar la nulidad de la sentencia que en el juicio se dicte cuando, conforme a lo ocurrido en el auto de apertura del juicio oral, estimen que la sentencia agravante que se haya pronunciado es fruto de un vicio del auto, que constituye alguna de las causales de procedencia de la nulidad, consagradas en los arts. 373 y 374 del Código.<sup>133</sup>

En síntesis: si no hay oportuna apelación del fiscal en contra del auto de apertura del juicio oral, basada, exclusivamente, en el rechazo que, a pretexto de ser ilícita una prueba, hubiere efectuado el juez de garantía, esta sentencia interlocutoria de la segunda clase (“resuelve sobre un trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de la sentencia definitiva”) que es, inequívocamente, el auto, ya no podrá ser impugnada, porque el transcurso del plazo habrá hecho precluir tal posibilidad.

---

<sup>133</sup> Se disipa, así, el temor que se expusiera en el Congreso en torno a que un litigante pudiese quedar en la indefensión: si verificado el juicio y pronunciada la sentencia, aparece que las omisiones del auto tuvieron efectiva incidencia en el contenido del fallo, podrá pedirse la correspondiente nulidad, lo que corresponde a la filosofía que inspira el denominado “efecto diferido” del recurso de apelación y que se recoge en el art. 698 N° 7 del Código de P. Civil.

H. *De las consecuencias de constituir “el auto” de apertura del juicio oral, una sentencia interlocutoria*

Si resulta pacífico convenir en que, **en cuanto resuelve acerca de la procedencia para el juicio oral de las pruebas presentadas**, el denominado “auto” de apertura del juicio oral constituye, conforme a la clasificación del art. 158 del Código de Procedimiento Civil, una sentencia interlocutoria, deberá también aceptarse que produce los efectos de estas resoluciones y, en particular, como lo prescribe el art. 175 del mismo Código, el efecto de la cosa juzgada.<sup>134</sup>

Corresponderá, entonces, atribuir a la decisión de apertura las características de irrevocabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada, para destacar que lo resuelto en el auto, salva sea la excepción de la apelación del fiscal, ya comentada, y la ulterior consideración para un recurso de nulidad, es irrevocable e inimpugnable.

Ciertamente, estos atributos apuntan en el mismo sentido en el que se viene razonando, vale decir, en la imposibilidad que por decisión del Tribunal de Juicio Oral, posterior, se pueda modificar lo decidido en el auto.

I. *¿Cosa juzgada o preclusión?*

Preclusión y cosa juzgada comparten, en general, el sentido de cierre, de término de etapa, de fin de debate. No es casual que la palabra preclusión reconozca como lejano antecedente etimológico la voz latina *praecclusio -nis* que importaba, en cuanto utilizada como forma verbal –se dice– “cerrar en la cara”, por la fórmula *prae* (delante de) y *claudo -ere* (cerrar).<sup>135</sup>

La preclusión es una institución del ámbito del proceso que apunta a la idea de clausura de etapas, esto es, a la imposibili-

<sup>134</sup> Prescindo, para la simpleza del planteamiento, de la conocida distinción de Enrico Tulio Liebman, en el sentido que la cosa juzgada es un atributo o cualidad de los efectos de las sentencias y que en nuestro país asumiera entusiastamente Francisco Hoyos H. *Cfr. Temas Fundamentales de Derecho Procesal*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1987.

<sup>135</sup> *Cfr. Couture, Vocabulario Jurídico*, Depalma, Bs. Aires, 1983.

dad que, cumplido un ciclo del proceso o un simple trámite, se pueda volver atrás, para recomenzar lo ya verificado. Es la lógica que destaca que los actos del procedimiento constituyen, al propio tiempo, antecedente del acto que sigue y consecuencia del acto que antecede, dentro del denominado orden consecutivo legal.

En esta misma idea, debe recordarse la conocida fórmula chiovendiana en cuanto a que la cosa juzgada constituye “la suma o máxima preclusión”.

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto –es decir, la imposibilidad de volver atrás– por impedirlo la condición de *res iudicata* del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que, por sobre este instituto, que es más que todo una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable.

### **Atribuciones del Tribunal de Juicio Oral en relación a la prueba**

La lectura sistemática del Código ayuda a precisar estas materias y, en consecuencia, debe establecerse, en primer lugar, que el Tribunal de Juicio Oral carece de iniciativa probatoria, es decir, no puede disponer que se practiquen actuaciones probatorias no propuestas por los intervinientes, antes, durante ni después del juicio. Queda desvirtuada, de este modo, la posibilidad de decretarse por el tribunal las llamadas “medidas para mejor resolver”.

Excepcionalmente, permite la ley al tribunal un atisbo de activismo probatorio: el art. 337 1º autoriza, cuando lo considere necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, a “constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias...”.

En los restantes casos, sus atribuciones se reducen a disponer que se cumplan las formalidades procedimentales previstas para la producción de la prueba y se observen las prohibiciones establecidas (arts. 328, 329 inc. 2º; 334 inc. 1º, etc.) y a resolver

acerca de reducidas solicitudes de producción de prueba, como son las de la prueba no ofrecida oportunamente, por desconocimiento de su existencia, y la de la llamada “prueba sobre prueba”, vale decir, aquella que el interviniente propusiere para acreditar la veracidad, autenticidad o integridad de otras pruebas y cuya necesidad no se hubiere previsto.

Enfocada la cuestión desde una perspectiva diferente, puede afirmarse que el Tribunal de Juicio Oral NO tiene atribuciones para emitir pronunciamientos –positivos o negativos– en relación a las cuestiones probatorias dilucidadas precedentemente por el juez de garantía.

Como resultado de provocarse esta consecuencia, que es la imposibilidad de modificar lo resuelto –es decir, la imposibilidad de volver atrás–, por impedirlo la condición de *res iudicata* del auto de apertura, se producen claros efectos de preclusión, pero, en el fondo, lo que ocurre es que por sobre este instituto, que es más que todo una modalidad procedimental para dar curso a la actividad, lo que opera en la especie es la cosa juzgada de que viene revestido el auto firme de apertura del juicio oral, que por reunir estas condiciones, reitero, deviene en inimpugnable, por lo que la última parte de esta consulta previa, a saber, “...si puede revivirse el debate acerca de su procedencia o licitud [*de la prueba aceptada en el auto de apertura*] en el Tribunal de Juicio Oral...”, se torna simple: de la imposibilidad jurídica de adoptarse una decisión que cambie lo ya decidido en materia de aceptación y licitud de la prueba, se desprende idéntica imposibilidad jurídica y lógica de revivirse el debate sobre dichos tópicos.

**La duda que la consulta que se me formulara propone puede comenzar a disiparse:**

1) El Código Procesal Penal, que debe su denominación, entre otras razones, a la necesidad de reconocer que no todas las normas que él contiene son procedimentales, establece materias de competencia de los jueces de garantía y otras de competencia de los tribunales de juicio oral, en términos excluyentes.

2) Privativamente, compete al juez de garantía pronunciar el auto de apertura del juicio oral y no existe otro tribunal, en el ordenamiento jurídico nacional, que pueda asumir tal función.

3) Pronunciar el auto representa decidir, en la misma forma privativa, las cuestiones controvertidas en la audiencia de preparación del juicio oral y formular las declaraciones que la ley encomienda al juez de garantía en esta etapa del procedimiento.

4) Las decisiones y declaraciones del juez de garantía se consignan en una resolución judicial, que como la mayoría, puede ser impugnada por recursos; en el caso concreto, el auto de apertura del juicio oral sólo puede ser objeto de una apelación del fiscal del Ministerio Público, en caso que, en su concepto, se hubiere rechazado sin fundamento suficiente una prueba que él ofreciera, a pretexto de provenir de diligencias o actuaciones declaradas nulas o de haber sido obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales.

5) Puesto que la cuestión de que se trata –admisibilidad o inadmisibilidad, licitud o ilicitud de la prueba ofrecida– fue discutida en un debate verificado en la audiencia de preparación del juicio oral, al que se puso término mediante la sentencia interlocutoria comentada (auto de apertura del juicio oral), que, como se expuso, es irrevocable e inimpugnable, no resulta posible reabrir tal discusión, desde que la imposibilidad lógica y jurídica de resolverlo de una manera diferente a la que ya se conoce torna anticipadamente estéril la discusión.

6) El Tribunal de Juicio Oral carece de facultades legales para modificar lo resuelto por el juez de garantía en el auto de apertura del juicio oral, en lo que se refiere al ámbito probatorio como a las restantes cuestiones que en el mismo se contienen, tanto porque carece de competencia para entrar al conocimiento de la materia, cuanto porque no es superior jerárquico de ese juez, calidad que le permitiría, eventualmente, ora ejercer potestad disciplinaria, ora conocer de recursos que se interpusieran en contra de sus resoluciones.

7) Si el auto de apertura del juicio oral no es apelado, en las limitadas condiciones previstas en la ley, deviene en firme o ejecutoriado y, por tal condición, como todas las sentencias interlocutorias, se torna en inmodificable, también para el Tribunal de Juicio Oral, al recibir la protección de la cosa juzgada, y ni podrá dejarse de recibir, en el juicio oral, la prueba que en

el auto se autorizó, ni podrá rechazarse aquella que en tal auto no se hubiere denegado.

8) La historia fidedigna del establecimiento del actual art. 277 del Código Procesal Penal demuestra, adicionalmente, que el legislador siempre supo y aceptó que lo resuelto en el auto por el juez de garantía no sería susceptible de revisión posterior alguna, salvo el caso excepcional que la misma norma contiene.

En consecuencia, un Tribunal de Juicio Oral que abre debate sobre el rechazo de prueba ya aceptada por el juez de garantía, o sobre su licitud, previamente admitida por dicho juez, o finalmente sobre cualquiera otra mención del auto, no sólo actúa fuera de su competencia, en términos jurídicamente inaceptables, sino, además, vulnera la autoridad de cosa juzgada de que está revestido el mismo auto, por su condición de firme o ejecutoriado.<sup>136</sup>

## 6.2. CONSULTA SEGUNDA

*¿Puede el Tribunal de Juicio Oral dejar de consignar en su sentencia, decisiones relevantes para la resolución del asunto principal adoptadas en la audiencia?*

El art. 342 del Código Procesal Penal enumera las menciones que debe contener la sentencia definitiva que se pronuncia en el juicio oral, y entre ellas no incluye ninguna que aluda a decisiones adoptadas durante la audiencia, cuestión que, en principio, se explica por la dinámica del juicio. En efecto, si durante el desarrollo de la audiencia se suscita una cuestión incidental, precisamente porque el juicio, en principio, no se suspende, ella será objeto de una resolución inmediata, según lo ordena el art. 290, norma que aclara, además, que “las decisiones que

<sup>136</sup> Con la misma fuerza con que se preservan las atribuciones, facultades y competencia del juez de garantía, corresponde defender las del Tribunal de Juicio Oral, para apreciar, esto es, ponderar la prueba que ante él se produzca, materia que, todos comprenden, es completamente diferente a la de rechazar prueba admitida o admitir prueba rechazada.

recayeren sobre estos incidentes no serán susceptibles de recurso alguno...”.

Así las cosas, a la consulta se podrá responder, en primera instancia, de forma negativa, materia que, sin embargo, admite una explicación adicional: en efecto, una cuestión es que la controversia incidental promovida se resuelva de inmediato, porque lo usual será que de la decisión que se adopte dependa la forma en que habrá de continuar el juicio (v. gr.: si se puede o no dar lectura a un documento; si se admite o no una interrogación; etc.) y otra, completamente diferente, es si algunas de las decisiones adoptadas pueden (y/o deben) ser mencionadas en la sentencia definitiva.

Sobre este particular, la situación me parece de claridad meridiana: el Código Procesal Penal, tanto por su modernidad, que le impone recoger las actuales exigencias dogmáticas y las experiencias comparadas más relevantes, como por su finalidad de garantía ciudadana, ha hecho realidad normativa una situación que en nuestro Derecho Constitucional y Procesal aparecía disminuida: me refiero al deber de los jueces de motivar las sentencias.

El Código consagra el deber legal de los jueces de fundar sus fallos en norma específica en tal sentido, innovando así en la materia, toda vez que, como se sabe, hasta la fecha tal imperativo sólo se establecía por el camino de incorporar a la fundamentación de las sentencias entre sus requisitos. Hoy, en cambio, el art. 36 dispone que “será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare... La fundamentación expresará, sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basen las decisiones tomadas...”, y se agrega, para poner fin a malas pero repetidas prácticas, que “...la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá, en caso alguno, la fundamentación...”.

Este nuevo régimen procesal enfatiza a tal punto su afán de la jerarquización de la motivación de las sentencias, que el art. 297, refiriéndose al proceso ponderador de la prueba, pero en norma que sin dudas es aplicable a toda motivación, afirma que “...(la) fundamentación deberá permitir la reproducción del



razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia...”.

En mi concepto, “...**decisiones relevantes** para la resolución del asunto principal adoptadas en la audiencia...”, en cuanto sean efectivamente “relevantes”, no podrían dejar de consignarse en el fallo, sin infringir el deber de motivarlo debidamente.

Con todo, de cara a la posibilidad de ejercer el derecho de impugnar la sentencia definitiva, me parece que la incorporación de tales “decisiones relevantes” no resulta imprescindible.

En otros términos, desde que el recurso de nulidad procede por la circunstancia de infringirse o desconocerse derechos consagrados en la Constitución o en los tratados o en las leyes, en el pronunciamiento de la sentencia o en “la tramitación del juicio”, el que se interponga en contra de la sentencia definitiva se podrá fundar en esa decisión relevante, adoptada durante la audiencia del juicio, esto es, durante su tramitación.

No se me escapa que habrá dificultad de acreditar la omisión, puesto que no existirá referencia alguna a la “decisión relevante” en el fallo, pero, para obviar la dificultad, a la luz del art. 41 del Código y de cara a pedir –en su momento– la transcripción de la parte pertinente del registro, el fiscal deberá solicitar, al momento de pronunciarse la “decisión relevante” que, dada la importancia de la cuestión, se deje testimonio en el fallo definitivo de la forma en que la materia fue dilucidada; a mayor abundamiento, pedirá que el tribunal le proporcione copia de la misma en el soporte que se utilice y, por último, deberá tomar los resguardos prácticos necesarios para encontrar la decisión en el registro.

Resumo: a mayor “relevancia” de la decisión, en los términos de la consulta, mayor deber del tribunal de incluir –narrativa o expositivamente– la cuestión en la sentencia definitiva. No obstante, sea que la incluya o no, si por vía de la “decisión relevante” se han infringido los derechos o formalidades que se mencionan en los arts. 373 y 374 del Código Procesal Penal, será siempre procedente el recurso de nulidad en contra de la sentencia que, basada en esa errónea decisión, se haya pronunciado en el juicio oral.

## 7. ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL QUE CONOCE DEL RECURSO DE NULIDAD EN RELACIÓN A LOS HECHOS CONSIGNADOS EN LA SENTENCIA

### 7.1. LOS HECHOS

a) Por sentencia del Tribunal de Juicio Oral de Temuco se condenó a un acusado a la pena de cuatro años y un día de presidio menor en su grado máximo, accesoria de inhabilitación absoluta perpetua para derechos políticos e inhabilitación absoluta para cargos y oficios públicos mientras dure la condena y al pago de las costas del procedimiento en su condición de autor del delito de robo con fuerza en las cosas en grado de tentativa en lugar habitado.

b) La defensa del condenado interpuso un recurso de nulidad invocando las causales contempladas en la letra e) del art. 374 y, subsidiariamente, en la letra b) del art. 373, ambos del Código Procesal Penal.

c) La Corte de Apelaciones de Temuco desestimó la impugnación con fundamento en la causal contemplada en la letra e) del art. 374, pero, acogiendo la concurrencia de la motivación contenida en la letra b) del art. 373, invalidó la sentencia condenatoria del Tribunal de Juicio Oral y dictando sentencia de reemplazo, absolvió al acusado, Marcos Fernando Hernández Villa.

La cuestión a dilucidar pasa por determinar las atribuciones –en rigor, la competencia– que el Código Procesal Penal asigna a los diversos tribunales para apreciar la prueba y, en consecuencia, para determinar los hechos que serán materia del juzgamiento, toda vez que, según se explicará, la anulación del fallo arranca de la convicción de la Corte de Temuco de no encontrarse acreditadas las circunstancias fácticas que la ley penal emplea para tipificar el delito de robo con fuerza en las cosas.

#### *A. Hechos acreditados por el Tribunal de Juicio Oral*

El Tribunal de Juicio Oral ha dado por establecidos, conforme al mérito de la prueba que ante él se produjo, los siguientes hechos:

a) Que el acusado fue sorprendido y detenido a las 02.40 horas del día 22 de diciembre de 2000, en la techumbre del inmueble

de don Martin Schleeff Biava, ubicado en Balmaceda N° 1426, por el funcionario policial Marcos Fernández Villarroel (convención probatoria consignada en la motivación cuarta letra d) del fallo).

b) Que a las 02.00 del día 22 de diciembre mencionado, un individuo –el acusado– ingresó por vía no destinada al efecto al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de Temuco (considerando 6º inc. 1º).

c) Que ese individuo luego escaló por una de las paredes de la casa, hasta alcanzar su techumbre (íd.).

d) Que debido al ruido que hizo, fue detectado por los moradores y posteriormente detenido por un funcionario de Carabineros, cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble (íd.).

e) Que la altura de este techo es de once metros, medidos desde el suelo; que las murallas del inmueble son lisas y que tiene un patio interior (íd.).

f) De tales hechos acreditados, el mismo tribunal, dedujo que, en la ocasión “*sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse*, el acusado sorteó los naturales resguardos del lugar en que se encuentra la casa de Martin Schleeff Biava e *intentando introducirse a ésta por vía no destinada al efecto, pretendió sustraer especies desde su interior*” (Consid. 7º inc. 1º *in fine*).

g) Además, dedujo que “los bienes y personas que se encontraban en el inmueble ubicado en Balmaceda N° 1426... estuvieron expuestos a resultar dañados por la acción culpable y antijurídica del denunciado...” (Consid. 7º inc. 2º *in fine*).

#### B. Las afirmaciones de la Corte de Apelaciones de Temuco

Conociendo del recurso de nulidad deducido en contra del fallo del Tribunal de Juicio Oral, la Corte de Apelaciones de Temuco dirá en su sentencia de nulidad que:

a) “...*Los hechos del juicio oral, tal como lo establece la propia sentencia en la letra d) del considerando cuarto, consisten en que el día 22 de diciembre del año 2000, alrededor de 02.00 horas, el encausado Marcos Fernando Hernández Villa fue sorprendido en la techumbre de la propiedad ubicada en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad, después que sus mo-*

radores se percataron de su presencia por el ruido que hizo, lugar desde el cual lo bajó un funcionario de Carabineros que lo encontró cerca de una claraboya de vidrio de un metro cuadrado de superficie, ubicada en el plano sur del techo del inmueble, cuya altura es de once metros medidos desde el suelo, con murallas que son lisas y un patio interior” (Consid. 6º).

b) A continuación, la Corte sostiene que “...estos hechos **no son constitutivos** de delito de robo con fuerza en lugar habitado en grado de tentativa, toda vez que no se dan los elementos de la descripción típica... y, fundamentalmente, la necesaria apropiación o intento de apropiación de cosa mueble ajena contra la voluntad de su dueño, que es la conducta reprochada básicamente en los delitos como el de la especie.

c) Afirma la Corte que “el solo hecho de estar en la techumbre de la propiedad **no prueba el escalamiento**, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende (sic) que habría entrado por vía no destinada al efecto **no resulta probado de modo alguno en el juicio...**” (Consid. 8º).

d) Adicionalmente, la misma Corte agrega que “...además de **no estar acreditado el escalamiento, la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda, no es un acto que demuestre el propósito final de apropiación** y que revele, por consiguiente, el dolo directo que requiere el principio de ejecución de la tentativa...” (Consid. 11).

e) Como consecuencia de lo anterior, la Corte estima que se ha configurado la causal de nulidad contemplada en el art. 373 letra b), esto es, que el fallo recurrido “ha hecho una errónea aplicación del derecho que ha influido, desde luego, en lo dispositivo (del mismo)... toda vez que mediante dicha aplicación se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera como tal...”.

### C. La causal de nulidad invocada en función de la competencia del tribunal y la naturaleza del recurso

#### *El recurso de nulidad y la prueba*

a) Para analizar la situación producida, es indispensable, a riesgo de la obviedad, reiterar que el sistema del Código Procesal

Penal comprende, como suprema garantía de enjuiciamiento, la substanciación de un “juicio previo oral y público”.

Esta condición de piedra angular que asume el juicio, se confirma de múltiples formas y en función de diversas disposiciones. Así, es central la declaración contenida en el art. 1º de dicho Código, con arreglo al cual toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, pero, en lo que interesa –aptitud referida a la producción de prueba– las normas a recordar son los arts. 296 y 340 inc. 2º, con arreglo a los cuales, respectivamente:

- “La prueba que hubiere servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral”, y
- “El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral...”.

b) No es difícil coincidir, entonces, en una anticipada conclusión: **no existe otra instancia evaluadora, ponderadora de la prueba, que la representada por el juicio oral que se verifica ante el correspondiente Tribunal de Juicio Oral**,<sup>137</sup> potestad que, por la eliminación del recurso de apelación, se sustrajo también de la competencia de los tribunales superiores y, en el caso concreto, de la Corte de Apelaciones.

El atributo identificador del recurso de apelación, éste que el legislador del nuevo Código optó por eliminar como medio de impugnación de las sentencias del Tribunal de Juicio Oral, es que permite revisar hechos y derecho, porque, como afirma Hitters,<sup>138</sup> la apelación provoca un nuevo contralor de elementos fácticos y jurídicos, circunstancia totalmente excluida en un recurso de nulidad, como el que la Corte ha fallado, o en uno de casación en el fondo.

La idea la reafirma Marcos Libedinsky, al actualizar la obra de Fontecilla, ocasión en la que cita a Fernando de la Rúa en cuanto a que “...al tribunal de casación sólo le corresponde el control de la aplicación de la ley sustantiva por los tribunales de mérito en una misión que se limita a la revisión del juicio de derecho contenido en la sentencia y que todo lo que se refiera a la determinación del hecho y al ejercicio de

<sup>137</sup> La afirmación no olvida la norma excepcional que consagra la posibilidad de la prueba anticipada.

<sup>138</sup> Cfr. Juan C. Hitters, *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación*, Lib. Editora Platense, La Plata, 1991, p. 154.

*podere discrecionales queda fuera de su ámbito. Añade De la Rúa –en la versión de Libedinsky– que esa tarea de contralor jurídico asignada al tribunal de casación supone el respeto a los hechos fijados en la sentencia y que a este tribunal le está vedado penetrar a la reconstrucción histórica del suceso al cual la norma de derecho es aplicada... ”.*<sup>139</sup>

Este recurso de nulidad, en cambio, según ya aparece del nombre y lo confirman sus causales, principalmente defiende la regularidad formal del enjuiciamiento, por vía de alcanzar la **invalidación** de los actos –incluso de la sentencia– cuando son el resultado de un procedimiento viciado.

#### D. *El recurso de casación en el fondo recogido en el de nulidad*

Se complementa la caracterización del recurso reparando en que se ha configurado como causal del mismo el viejo error *in iudicando*,<sup>140</sup> que tendrá lugar cuando el sentenciador desatienda las normas de derecho substancial que dirimen la controversia. Así, el art. 373 letra b) del Código autoriza acoger el recurso “...cuando en el pronunciamiento de la sentencia se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido substancialmente en lo dispositivo del fallo...”, lo que, manifiestamente, representa el motivo de casación en el fondo que hoy recogen los Códigos de Procedimiento Civil y Penal en los arts. 767 en relación con el art. 772, en el primer caso, y el 546 en el segundo.

Me parece extremadamente importante reconocer, por todas las consecuencias que puedan extraerse, que la descripción de la letra b) del art. 373 corresponde fielmente al motivo de casación en el fondo, impugnación que, a partir de la vigencia de este Código, se confía a la decisión de las Cortes de Apelaciones, en la perspectiva de reformular el rol de la Corte Suprema como órgano de gobierno judicial.

<sup>139</sup> Cfr. Rafael Fontecilla R., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, 2ª edic., revisada y actualizada por Marcos Libedinsky Tschorne, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1978, p. 379. Fernando de la Rúa, *El recurso de casación en el Derecho Positivo argentino*, pp. 104 y ss.

<sup>140</sup> Sobre este error y su importancia como motivo de casación, cfr. Piero Calamandrei, “La distinción entre error *in iudicando* y error *in procedendo*”, en *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Bibliográfica OMEBA, Bs. Aires, 1961, pp. 165 a 180.

Resolvió la ley, entonces, entregar a las Cortes de Apelaciones las controversias de fondo a que dé origen la aplicación de la ley penal, entendiendo que las Cortes de Apelaciones están o deberían estar perfectamente capacitadas para dirimir las. *“Si tales conflictos tuviesen que ser resueltos siempre en último término por la Corte Suprema, se lee en el Informe del Senado, tal como ocurre en buena medida como consecuencia del recurso de casación, se liberaría a las Cortes de Apelaciones de una responsabilidad que deben asumir cabalmente y se haría recaer sobre la Corte Suprema un peso que retrasaría y dificultaría el despacho de los numerosos otros asuntos que reclaman su atención...”*<sup>141</sup>

El legislador quiso dejar testimonio fehaciente de sus motivaciones en función de este recurso de nulidad y ello explica que, refiriéndose al mismo, se lea en las Actas de la Comisión senatorial que es *“...un recurso que apunta a objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico...”*<sup>142</sup>

Establecido que la causal de nulidad invocada en la especie sólo permite que el recurso prospere si se ha cometido error de derecho... puede ya anticiparse una regla que no es sino repetición de cuanto se viene razonando: **no es permitido** a la Corte, que conoce del recurso de nulidad, *evaluar, valorar o ponderar la prueba*, toda vez que esta actividad representa un poder exclusivo y excluyente del Tribunal de Juicio Oral y la nulidad no constituye una apelación.

Literalmente, si la Corte asumiera este proceder, desconocería la suprema garantía conferida por el ordenamiento pro-

<sup>141</sup> C/; Boletín N° 1.630-07, Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 23.

<sup>142</sup> Ídem. p. 22.

cesal penal a los sujetos: el juzgamiento en juicio oral, toda vez que nadie ignora que éste exhibe como principal característica recibir la prueba, permitiendo a los jueces formarse convicción por la interactuación de todos sus sentidos.<sup>143</sup>

Sólo en afán de eliminar cualquier atisbo de duda, agrego que la “errónea aplicación del derecho” a que se refiere la letra b) del art. 373 del Código Procesal Penal, no obstante la amplitud que le confiere la referencia al “derecho” en reemplazo de la antigua alusión a “la ley”, no puede jamás alcanzar a representar un control sobre el modo como se ponderó la prueba, toda vez que el régimen del Código, con sus referencias a la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos, no representa sino el tradicional estatuto de la sana crítica, que por definición y conformación escapa a una censura desde la perspectiva tradicional de la prueba legal o tasada.

Adicionalmente debe traerse a colación la uniforme y reiteradísima jurisprudencia de la Corte Suprema que en materia penal, refiriéndose a las potestades de los jueces del fondo, esto es, los de la instancia, y a las de los jueces de casación, actuando sobre una misma norma y, al final, sobre un idéntico principio, invariablemente sostuvo:

*“Al tribunal de casación (o al tribunal de la nulidad, agregaríamos nosotros) le está vedado entrar a examinar, ponderar o aquilatar los medios probatorios mismos ya justipreciados por los jueces de la instancia en el ejercicio de sus facultades propias y soberanas y a revisar las conclusiones a que éstos hayan llegado al respecto, porque ello escapa a su control, y porque el hacerlo significaría desnaturalizar el recurso y convertirlo en una tercera instancia no consultada por la ley...”*<sup>144</sup>

<sup>143</sup> De allí que alguna vez haya afirmado que la denominación de “juicio oral” es insuficiente, porque no representa cabalmente la característica de aprehender el juez las circunstancias del *thema decidendum* con todos sus sentidos y no meramente con el oído. Cfr: Raúl Tavorlari Oliveros, “La oralidad en el Proceso Civil de América Latina de Cara al Nuevo Milenio (¿Réquiem a la Ciencia Procesal?)”, en *Relatorias y Ponencias Sobre Derecho Procesal*. Jornadas XVII Iberoamericanas de Derecho Procesal. Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, San José de C. R., octubre de 2000, tomo I, pp. 509 a 527.

<sup>144</sup> C. Suprema, 26 de abril de 1965, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 62, secc. 4ª, p. 79.



Autolimitándose, con gran valor, la misma Corte ha reconocido que “...aunque se haya repetido muchas veces, debe decirlo todavía el tribunal, que el análisis de la prueba corresponde a los jueces de la instancia... el desempeño de esta tarea, más que a la ley, queda entregado a la “sana razón” y a la conciencia de los jueces, dirigidas una y otra al establecimiento de la verdad; los procesos mentales del sentenciador escapan al dominio de la ley. Los errores que en este terreno se cometan producirán un mal fallo, pero quedan al margen del recurso de casación...”<sup>145</sup>

El legislador del Código tuvo perfectamente claro el punto y no vaciló en dejar establecido su criterio para ayudar al intérprete que dudara: refiriéndose al “recurso extraordinario” que incorporó la Cámara de Diputados en el primer trámite legislativo –para determinar si los jueces apreciaron adecuadamente la prueba– y que más tarde fuera reemplazado por el de nulidad, tras consignar que en un régimen de prueba en que al juez no se imponen otras limitaciones que las que arrancan del acatamiento a las reglas de la lógica formal, de las máximas de experiencia y los conocimientos científicos afianzados, la Comisión del Senado sostiene que “...si se apreció bien o se apreció mal la prueba, por tanto, **no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior** (énfasis agregado). Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo...”<sup>146</sup>

Así, ya puede clarificarse que en estas materias el recurso de nulidad no aporta novedades: establecido **que no se trata de una apelación**, lo que importa afirmar que ha quedado vedado el control acerca de la apreciación de la prueba o, lo que es lo mismo, que el tribunal ad quem no puede efectuar su propia valoración del material probatorio, a fin de establecer hechos diversos a los consignados en el fallo del tribunal a quo, resultará que, invocada la causal contemplada en la letra b) del art. 373, la Corte sólo está autorizada para determinar si respecto de los hechos inamoviblemente sentados por el Tribunal de Juicio Oral, se ha efectuado por éste una adecuada o correcta aplicación del derecho.

<sup>145</sup> C. Suprema, 12.8.1950, *Gaceta*, 1950, 2º sem., N° 54, p. 378.

<sup>146</sup> Boletín e Informe, *cit.*, p. 23.

Concretamente, corresponderá anular el fallo, por aplicación del motivo señalado, si probado, en concepto de la sentencia recurrida, que un sujeto con ánimo de lucrarse se apropió de cosa mueble ajena, sin la voluntad de su dueño, el sentenciador del juicio oral sostiene que tales hechos no constituyen un delito penal sancionado por la ley.

Lo que escapa totalmente a la competencia de la Corte es determinar si la cosa era o no mueble; si concurrió o no voluntad del dueño; si la cosa era o no ajena; si existió o no el ánimo de lucro.

Éstas constituyen las circunstancias fácticas sometidas al enjuiciamiento y, como se anticipó, son inamovibles para la Corte, aunque sólo sea porque el Código dispone que la convicción del tribunal que dicta sentencia sólo puede formarse con la prueba producida en el juicio oral,<sup>147</sup> juicio al que **los ministros de la corte no asistieron**, aunque esto resulte obvio.

Es que **si los jueces de la Corte cambiaran los hechos fijados por los del Tribunal de Juicio Oral, estaríamos en presencia de hechos determinados a través del mérito de actas escritas y no por la aprehensión sensorial del mérito probatorio de las pruebas producidas, lo que constituye la real garantía del juicio oral.**

E. *Las hipótesis de dictación de sentencia de reemplazo en abono a lo que se afirma y como elementos enjuiciadores del fallo de la Corte*

Es sabido que siempre en el ánimo de realzar la enorme trascendencia que se confiere en el nuevo enjuiciamiento penal al juicio oral, el principio general, consagrado en el art. 385, consiste en que acogido el recurso, esto es, anulada la sentencia, se enviarán los antecedentes al tribunal no inhabilitado que corresponda para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral (el viejo *renvoir* del derecho francés).

Me ha parecido que se esconde aquí una suerte de implícita intimidación a las Cortes a fin de disuadirlas de acoger recursos

---

<sup>147</sup> El art. 296 del Código Procesal Penal sostiene que “la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral...” y el art. 340 inc. 2º agrega que “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral...”.

de nulidad, porque —es el razonamiento— en conocimiento de lo difícil y costoso en recursos financieros, humanos, materiales y de tiempo que es un juicio oral, la Corte lo pensará dos veces antes de anular sin muy serios motivos la sentencia recurrida.

Establecido que la regla general consiste en que **no** hay sentencia de reemplazo, es preciso reconocer la situación de excepción, consagrada en el art. 385 y representada por la posibilidad de que se autorice el pronunciamiento de semejante fallo cuando a favor del acusado se haya deducido un recurso de nulidad y la Corte estime, para acogerlo:

a) Que el fallo calificó de delito un hecho que la ley no considerare tal;

b) Que el fallo aplicó pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o

c) Finalmente, que se impuso una pena superior a la legalmente procedente.

Corresponde, en función de lo expuesto, determinar si, en la especie, concurriría una de las circunstancias bajo las cuales, excepcionalmente, autoriza la ley para que la Corte dicte sentencia de reemplazo. Expuestas, como han quedado, las hipótesis y teniendo presente que en su parte dispositiva, para anular el fallo recurrido, la Corte afirma que “*mediante [una errónea] aplicación [del derecho] se ha calificado como delito un hecho que la ley no considera como tal*”, sólo puede concluirse que se ha producido una confusión o una simple declaración voluntarista.

En efecto, **no es efectivo** *que el Tribunal de Juicio Oral haya calificado de delito un hecho que la ley no considera tal*: por el contrario, este tribunal aplicó la pena respecto de un hecho que él creyó que es un delito sancionado por la ley o, si se prefiere, lo que ha acontecido es que el hecho que el Tribunal de Juicio Oral dio por probado la Corte estima que no fue probado.

En síntesis, lo que resulta de los antecedentes es que la **Corte estima que el hecho probado no constituye delito**, pero para que esta situación pudiera constituir la hipótesis de anulación y dictación de sentencia de reemplazo, lo que debería haber ocurrido es que el Tribunal de Juicio Oral hubiere tenido por probado un hecho no sancionado por la ley penal y que, de todas formas, hubiere impuesto sanción por él.

Quiero expresar así que no estando la Corte autorizada para cambiar la valoración de la prueba, *debe tomar los hechos en la for-*

*ma en que vienen establecidos por el Tribunal de Juicio Oral y respecto de tales hechos puede ella emitir una calificación jurídica diversa. Así, si el Tribunal de Juicio Oral da por establecido que una persona no saludó a otra y le aplica una sanción por estimar que se trata de un delito penal, la Corte podrá anular el fallo, porque la conducta acreditada no constituye delito.*

*F. La tipificación del delito de robo con fuerza en las cosas*

De conformidad a lo prevenido en el art. 440 del Código Penal, la penalidad del robo con fuerza en las cosas varía de acuerdo a la modalidad material utilizada para alcanzar el propósito apropiatorio. De esta forma, se consagran en la ley las alternativas de la materialización a través de escalamiento, definido como la entrada por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas; o haciéndose uso de llaves falsas o verdaderas que hubieren sido substraídas; de ganzúas u otros instrumentos semejantes para entrar al lugar y, todavía, la posibilidad de la entrada al lugar mediante la seducción de algún doméstico o a favor de nombres supuestos o simulación de autoridad (art. 440 numerales 1), 2) y 3).

Se trata de exactas precisiones fácticas que acatan el mandato constitucional contenido en el inciso final del N° 3 del art. 19 de la Constitución<sup>148</sup> y que, como tales, corresponde establecer a los jueces del fondo. Así, será el Tribunal de Juicio Oral el que declare si se probó en la causa el acceso al lugar del robo, por el uso de llaves falsas o verdaderas substraídas; si existió o no, fractura de puertas o ventanas; si la introducción fue o no el resultado de la seducción de doméstico y, desde luego, si en la especie hubo o no, escalamiento, en cualesquiera de sus modalidades (entrada por forado, con rompimiento de pared, con fractura de puertas o ventanas, etc.).

No admite discusión, entonces, que el acreditamiento de estas circunstancias de hecho que representan las modalidades del

---

<sup>148</sup> "Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella..."

robo con fuerza son de competencia de ese Tribunal de Juicio Oral o, lo que es lo mismo, que escapa a las atribuciones de la Corte que conoce del recurso de nulidad asumir ella la tarea o enmendar las decisiones que, al efecto, hubiere emitido en su fallo el tribunal a quo.

*G. La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco  
y el recurso sometido a su decisión*

La lectura de la sentencia de la Corte de Temuco demuestra que ésta no pudo sustraerse a desempeñar su rol tradicional de tribunal de apelaciones, afirmación comprobable con la sola constatación del modo desembozado en que la Corte modifica el establecimiento de las circunstancias de hecho consignadas en la sentencia del Tribunal de Juicio Oral. Expreso de este modo que el inaceptable error de la Corte ha consistido en sentirse llamada a controlar el establecimiento de los hechos que los jueces del fondo efectuaron a través de su excluyente facultad de apreciar la prueba, como demostraré.

**1ª Cuestión de hecho en discusión**

¿Hubo escalamiento, esto es, entrada al lugar del robo por vía no destinada al efecto, por forado o con rompimiento de pared o techos, o fractura de puertas o ventanas, como lo exige el art. 440 N° 1 del Código Penal?

*Respuesta afirmativa del Tribunal de Juicio Oral*

- 1) El Tribunal de Juicio Oral afirma que está acreditado que “alrededor de las 02.00 horas, **un individuo ingresó por vía no destinada al efecto**, al sitio ubicado en calle Balmaceda N° 1426 de esta ciudad...” (consid. 6º), vale decir, responde **afirmativamente** a la interrogante.

*Respuesta negativa de la Corte de Apelaciones*

- 1) La Corte, en cambio, afirma que “el solo hecho de estar en la techumbre de la propiedad **no prueba** el escalamiento, ya que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar en que se encontraban las especies...”

(Consid. 8º de la sentencia de nulidad), esto es, contesta **negativamente** a la pregunta.<sup>149</sup>

Este solo análisis precedente es suficiente para demostrar cómo la Corte vulneró las limitaciones que le impone el conocimiento y fallo del recurso de nulidad, a través de la causal de la letra b) del art. 374, toda vez que ella **no está autorizada para declarar que no está probado lo que el Tribunal de Juicio Oral declaró estar probado.**

## 2ª Cuestión de hecho en discusión

¿Hubo ánimo de apropiación o sustracción por parte del acusado?

*Respuesta afirmativa del Tribunal de Juicio Oral*

- 1) **Respondiendo afirmativamente** a la interrogante, el Tribunal de Juicio Oral afirma que *“los hechos están tipificados [en los arts. 432 y 440], toda vez que de madrugada y mientras los moradores dormían, sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse, un sujeto sorteó los naturales resguardos del lugar en que se encuentra la casa de Martín Schleef Biava e intentando introducirse a ésta por vía no destinada al efecto, **pretendió sustraer especies desde su interior**”* (Consid. 7º inc. 2º).

*Respuesta negativa de la Corte de Apelaciones*

- 1) **Respondiendo negativamente** a la interrogante, la Corte afirma que *“además de no estar acreditado el escalamiento [ése que el Tribunal del Juicio Oral dio por probado], la acción ejecutada por el acusado, trepar a la techumbre de la vivienda, **no es un acto directo que demuestre el propósito final de apropiación.**”* (Consid. 11 de la sentencia de nulidad).

---

<sup>149</sup> Concretamente, la Corte dirá –como en su momento se recordó–: “que no se ha probado que el acusado haya entrado al lugar donde se encontraban las especies, superando sus resguardos o defensas, debiendo tener presente que el hecho de haber ingresado al patio de la propiedad, con el que se pretende (sic) que habría entrado por vía no destinada al efecto no resulta probado de modo alguno en el juicio...”.

Se comprueba, una vez más, cómo la Corte, ante la declaración del Tribunal de Juicio Oral de encontrarse acreditada una circunstancia fáctica –el ánimo o propósito de apropiación– desconoce la conclusión del tribunal a quo e introduce su propia conclusión, resultante de una diferente apreciación del material probatorio que viene consignado en las actas del juicio oral... o, en otros términos, ¡declara no estar probado aquello que ese tribunal declaró estarlo!

## 7.2. CONCLUSIONES

a) Determinar los hechos que resultan o no acreditados en el juicio oral es atribución exclusiva y excluyente del Tribunal de Juicio Oral.

b) La Corte que conoce de un recurso de nulidad no puede modificar el establecimiento de tales hechos sin vulnerar lo dispuesto en los arts. 296, 340 y 373 letra b) del Código Procesal Penal.

c) Al declarar que no está acreditado el escalamiento y que los hechos no demuestran ánimo o intención de apropiación, modificando las decisiones que en sentido contrario se formulan en la sentencia recurrida, la Corte de Apelaciones de Temuco se ha excedido de la competencia que le otorga el art. 373 letra b) del Código Procesal Penal para conocer y fallar de un recurso de nulidad.<sup>150</sup>

---

<sup>150</sup> Al concluir estas líneas, no puedo dejar de expresar más que mi inquietud, francamente mi alarma, ante la posibilidad de que criterios interpretativos como el sustentado por la Corte de Apelaciones de Temuco, en el caso en informe, puedan prosperar; es que a nadie escapará que de ocurrir así, se habrá desvanecido no sólo la garantía del juicio oral, sino el régimen de producción y valoración de la prueba, definitivamente sustituido por análisis de personas que NO asistieron al juicio y que adquieren conocimiento por actas..., vale decir, se restablecería el fenomenal defecto del sistema vigente para reparar el cual se han efectuado las modificaciones legales. En palabras de Beling, privilegiar la decisión del tribunal menos informado por sobre la decisión del tribunal más informado. ¿RIP para la Reforma Procesal Penal?

En sentido igual al que expongo, transcribo un párrafo de un reciente editorial del diario El Mercurio de Santiago: "...Habría sido muy grave que el tribunal

d) Sólo puede dictarse sentencia de reemplazo como consecuencia de haberse anulado la del Tribunal de Juicio Oral, si éste hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal.

e) En la especie, en cambio, el Tribunal de Juicio Oral dio por probado un hecho que, sin lugar a dudas, está sancionado en la ley penal como delito y la **Corte, haciendo su propia valoración de las pruebas**, llegó al convencimiento de que el hecho no estaba probado.

f) No concurren, en el caso en análisis, las circunstancias fácticas y jurídicas que autorizan a acoger el recurso de nulidad y a dictar sentencia de reemplazo y el fallo que declara lo contrario infringe gravemente la normativa y es manifiestamente abusivo.

g) La mejor explicación radica en que las Cortes de Apelaciones no tienen hábito de actuar de tribunales de casación y no consiguen despojarse aun de su estatuto de tribunal revisor de hecho y derecho.

h) En consecuencia, la sentencia que se comenta vulnera severamente la normativa vigente; contraría el espíritu que informa el establecimiento de los tribunales de juicio oral que han de conocer del juicio penal y trastoca el sistema recursivo al otorgar al recurso de nulidad una extensión de que carece.

---

de alzada considerara el recurso de nulidad como un mero equivalente, bajo otro rótulo, de una apelación. Esto último significaría que la Corte entrara a valorar la prueba –es decir, los hechos ya ponderados por el tribunal oral–, y lo hiciera por la única vía abierta para él, cual sería un estudio del expediente para ese efecto. Eso habría sentado un pésimo precedente, con la peor combinación posible de los viejos y nuevos instrumentos. Para ponderar hechos, pretendiendo establecerlos a partir de un legajo de documentos, sin el marco de inmediatez que se da en el juicio contradictorio, el tribunal de alzada no tiene ventaja alguna sobre el oral. De generalizarse tal criterio, no se justificaría el inmenso esfuerzo material e institucional de la reforma. El tribunal de alzada sólo podría abocarse a la determinación de hechos si el tribunal oral los hubiese ponderado mediante métodos no contemplados por la ley; un ejemplo de laboratorio para ilustrar tal situación se daría si el tribunal desestimase la versión de un testigo en razón de su raza. Así entendido en su recto alcance, el 90 por ciento de los recursos de nulidad debería conducir a la nulidad del juicio, no de la sentencia. **Si las Cortes sentaran la jurisprudencia de que pueden entrar a leer el expediente para pronunciarse sobre la credibilidad de la prueba, la reforma procesal penal se encaminaría a su fracaso...**".



## 8. DE LAS POSIBILIDADES DE INVESTIGAR QUE TIENE LA DEFENSA EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO: AL FINAL, UN PROBLEMA DE PRUEBAS

Actualmente se viene afirmando, casi sin contradicción, que la característica más distintiva y, por ende, definitoria de un sistema procesal penal acusatorio está constituida por lo que se podría, simplemente, denominar la separación de las diferentes funciones que se deben realizar al interior de un proceso semejante, enfatizándose el análisis, preferentemente, en torno a las actividades de investigar, acusar, defender y sentenciar.

Al presentar al Parlamento el Proyecto de nuevo Código Procesal Penal, el Ejecutivo explicaba que “...el sistema propuesto [en el proyecto] concibe a la instrucción como una etapa de prelación del juicio, en que una de las partes, el fiscal, con el auxilio de la policía y otros organismos especializados, debe investigar el hecho denunciado y recolectar los medios de prueba que, en el momento oportuno, utilizará para respaldar su acusación frente al tribunal que debe dictar el fallo”.

Reformada en consonancia la Constitución Política, dispone hoy su nuevo art. 80-A que “...un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público, **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 debatida la materia en la Cámara de Senadores, la senadora Olga Feliú propuso eliminar la referencia a la exclusividad de la dirección que se conferiría, expresando que “[El Ministerio Público] es el organismo al cual le corresponde dirigir en forma exclusiva la investigación. Lo que significa que ninguna ley podrá establecer lo contrario, tan pronto entre en vigencia esta reforma constitucional”,<sup>151</sup> lo que no le parecía conveniente, en el fondo, por ignorar la calidad de la gestión que este órgano autónomo realizaría y, en mi opinión, porque, como a tantos otros en el Poder Legislativo, la embargaba una profunda desconfianza en tal gestión.

<sup>151</sup> Se perseguía, de este modo, entregar a la ley la posibilidad de confiar las investigaciones a entes u organismos diferentes, todo lo cual fue rechazado.

La Ministra de Justicia de la época, apoyando y explicando los términos de la propuesta, sostuvo, en el mismo debate, que “...el objetivo que se busca a través de la reforma constitucional en discusión radica en que sea el Ministerio Público, única y exclusivamente, el organismo que mantenga esta facultad [de investigar]. Que se concentren las funciones investigativas en un solo ente estatal, con el objeto de que sea posible diseñar una política de persecución penal coherente que responda a un conjunto único de criterios que resulten por lo tanto más fáciles de controlar y fiscalizar...”.

La exclusividad de la investigación también guarda relación con la necesidad de aumentar la eficacia en la indagación de los delitos, entregando tal función a un órgano independiente, técnico y especializado.

Y, por su parte, el senador Miguel Otero, abundando, agregó que “...si no intercaláramos la idea de ‘exclusivo’, bastaría cualquiera ley para crear el cargo de investigador especial que se pueda marginar del Ministerio Público...”.

Conjuntamente con la incorporación del Ministerio Público a la Carta, por indicación de los senadores Diez y Piñera, se modificó el art. 19 N° 3 inciso 5°, a fin de agregar a la garantía que allí se establece (la del debido proceso), no sólo la de un procedimiento racional y justo, sino también la de una investigación de iguales características. Fundando su indicación, el senador Diez expresó que (ella) “...apunta a exigir que la investigación que pudiera dar lugar a un proceso se deberá ceñir también a los requisitos de justicia y racionalidad. Si se tiene en cuenta que la pesquisa que realice el Ministerio Público no tiene carácter jurisdiccional, resulta imperativo, entonces, sujetarla también y expresamente a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento, pues (...) de lo contrario, no estará constreñida a los principios de justicia y racionalidad”.

### 8.1. LA LEY DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Vigente desde el 10 de marzo de 2001, la Ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública, impone, en el art. 7° letra d),

la tarea al Defensor Nacional de “...fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir, en el procedimiento penal, quienes presten servicios de defensa penal pública...”, redacción levemente diferente a la del Proyecto original, que aludía a “niveles procesales básicos”, en lugar de los referidos estándares.

En cuanto al alcance, se dejó testimonio que “la expresión quiere denotar que existirá un control de los servicios básicos que comprenderá la defensa penal, el cual no sólo apuntará a cautelar aspectos formales o de las obligaciones procesales mínimas que establece el Código Procesal Penal, sino que también el cumplimiento de ciertos niveles de exigencia en la prestación, por ejemplo, garantizar el contacto del abogado con su defendido en forma previa a la audiencia, ya que ésta es la única forma de garantizar una mejor defensa”.

Se añadió que en las bases de la licitación a que se convoque deberá quedar especificado lo que se requerirá en la prestación del servicio de defensa penal.

Según se lee en las Actas respectivas, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado estuvo de acuerdo con ese alcance, pero se hizo cargo de la información dada por los señores representantes del Ejecutivo y reparó en que, a la luz del nuevo Código Procesal Penal, es preferible aludir al “procedimiento penal”, que comprende desde el inicio de la investigación en adelante, y no “al proceso”, concepto que descansa sobre las actuaciones judiciales.

De este modo, queda consignado que, a la hora de determinar los parámetros con los cuales se enjuiciará la tarea de quienes hayan asumido defensas penales, es indispensable tomar en debida consideración un trabajo profesional que excede de la mera asistencia en actividades jurisdiccionales, o por decirlo en términos positivos, queda en claro que el abogado defensor deberá desarrollar parte de su actividad a la hora de las actuaciones que, en un sistema procesal penal, preceden al juicio, esto es, en la etapa de la investigación.

Llevada la cuestión al punto que se me pide dilucidar, puede sintetizarse afirmando que se trata de contestar a la interrogante en orden a si resulta jurídicamente posible a los Defensores Públicos –y privados– investigar en forma autónoma, en los

términos consignados en la Constitución y en el Código, materia cuyo análisis debe comenzar conviniendo en que “investigar”, en materia penal, importa simplemente determinar el modo como los hechos ocurrieron y establecer los medios de prueba que así lo acreditan. En otras palabras, la voz “investigar” viene empleada en las leyes, en su dimensión penal, como sinónimo de probar.

Así Couture enseñaba que “...en sentido jurídico y, específicamente, en sentido jurídico procesal, **la prueba es... un método de averiguación** y un método de comprobación. **La prueba penal** –agregaba– **es normalmente averiguación**, búsqueda, procura de algo...”.<sup>152</sup>

Creo que se resta todo dramatismo a la cuestión propuesta cuando se acepta que **investigar** no es más que **probar** y que una de las facetas de esta actividad supone el determinar cuáles serán los medios con los que la prueba se verificará: de allí que el abogado que, en aras de probar, investiga, no está sino “averiguando” cuáles fueron los hechos acaecidos (en general, determinando “el objeto de la prueba”) y con qué se pueden acreditar (en definitiva, fijando “los medios de prueba”).

Más simple resulta la cuestión cuando se advierte que, modernamente, tiende a uniformarse la idea de que el derecho de prueba, el derecho a la prueba, o el derecho a probar, integra el más amplio “derecho de defensa” que las Constituciones Políticas contemporáneas no vacilan en establecer, resultando, a estas alturas, casi una redacción clásica la del art. 24.1 de la Constitución española de 1978, que asegurando la tutela efectiva de los derechos, proscribire la indefensión y frente a la cual cabe reiterar la expresión nacional, en el sentido de que se nos asegura a todos el derecho a la defensa jurídica (art. 19 N° 3 inc. 2° C.P. de la R.).

En consecuencia, por vía introductoria, puede comenzar estableciéndose que si toda persona tiene derecho a defensa jurídica y si el derecho a la prueba constituye una modalidad de tal derecho, **la investigación que realice el abogado defensor**, para

<sup>152</sup> Cfr. Eduardo J., Couture, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 3ª edic. (póstuma), Roque Depalma, editor, Bs. Aires, 1958, p. 215.

determinar los hechos acaecidos y los medios con los que los mismos se pueden acreditar, no **constituirá sino puesta en práctica, efectiva, de la promesa constitucional de reconocimiento del derecho de defensa.**

Abordando la materia directamente, es indispensable comenzar recordando las disposiciones del Código de Ética de los Abogados, que no por carecer de vigencia compulsiva, puede ignorarse en este ámbito. Dicho cuerpo normativo dispone, textualmente, lo siguiente:

“Art. 1. Esencia del deber profesional: *El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración. Y que la esencia de su deber profesional es **defender empeñosamente**, con estricto apego a las normas jurídicas y morales, los derechos de su cliente.*

Artículo 8. Defensa de acusados: *El abogado es libre de hacerse cargo de la defensa de un acusado, cualquiera que sea su opinión personal sobre la culpabilidad de éste, pero habiéndola aceptado, debe emplear en ella **todos** los medios lícitos”.*

De estas dos normas destaco, como ya hice en el texto, la idea de la empeñosa defensa de los derechos, elocuente forma de expresar, como ya consignara el clásico, que “...la abogacía es una ardua fatiga al servicio de la justicia...”. De poco sirven la ilustración y versación, la elocuencia y el buen estilo, si no van acompañados de una firme voluntad y capacidad de ejecución. En la puesta en práctica del encargo profesional no hay más limitante que la licitud moral y legal de los medios que se utilicen, puesto que, todos ellos, en la medida en que se ajusten a tales contornos, deben ser necesariamente empleados en la defensa.

Estas recomendaciones, que apuntan a todos los que desempeñamos la abogacía, se dirigen, sin duda alguna y de modo especial, también a quienes lo hacen en el campo de la defensa penal.

Se trata de una responsabilidad enorme que nos es conferida a los abogados, a grado tal, que, correlativamente, ella da lugar a una garantía que el sistema dispensa a las personas, puesto que, como sabemos, el art. 19 N° 3 inc. 2° de la Constitución preceptúa que “*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”.*<sup>153</sup>

Estimo que este “derecho constitucional a la defensa jurídica” es el que autoriza al defendido para exigir de su abogado una actividad esclarecedora que vaya más allá del simple análisis de textos legales o de elementos recopilados por la autoridad pública, llámese fiscal o policía.

La garantía reaparece en los pactos internacionales, como se comprueba observando que el art. 14 N° 3 letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos asegura a toda persona acusada de delito el derecho, **en plena igualdad**, a...

“...interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a **obtener la comparecencia de los testigos de descargo** y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo...”.

Por su parte, en la Convención Americana de Derechos Humanos, Pacto de San José de Costa Rica, la idea viene recogida en el art. 8 N° 2, que tras establecer que durante el proceso toda persona tiene derecho, **en plena igualdad**, a las siguientes garantías mínimas, consagra, en la letra f) el derecho de la defensa de...

“...interrogar a los testigos presentes en el tribunal y **de obtener la comparecencia como testigos o peritos de otras personas** que puedan arrojar luz sobre los hechos...”.

Dos aproximaciones diferentes merecen estas normas supranacionales:

a) **En primer lugar**, es necesario extraer de ambas redacciones una característica común: repárese en que se proclama que los derechos cuyo ejercicio se asegura se confieren o reconocen en condiciones de **plena igualdad**, paridad que, para que tenga algún sentido, debe estar referida a otro, que podrá ser el acusador, el querellante o, en definitiva, como quiera se le llame, quien sustente la postura procesal contraria: me parece que de este nivel de equivalencia que resulta de las normas se despren-

<sup>153</sup> La defensa, según sabemos, representa una condición de legitimidad de las sentencias que pronuncia el órgano jurisdiccional: así, ella no sólo constituye una garantía de las personas, sino un elemento básico en la pervivencia de un Estado democrático de Derecho.

de, muy inequívocamente, que así como el acusador oficial, también el imputado, tiene derecho a buscar medios de prueba y a demostrar que los hechos ocurrieron de un modo diferente al que la acusación propone.<sup>154</sup>

No entender la norma como se plantea resta todo sentido a la garantía de la “plena igualdad”, porque no se sabría en relación a quién o en relación a qué, tal igualdad se asegura.

b) **En segundo término**, cabe considerar que en ambos tratados se alude a la prueba oficial, representada por **“los testigos de cargo”** y a los **“testigos presentes en el tribunal”**, al tiempo que la prueba recolectada por el defensor, como resultado de su propia actividad investigadora, se identifica tanto como **“testigos de descargo”** o como **“otras personas”** que podrán actuar de peritos o testigos.

Esta idea se viene sustentando de largo, como se puede comprobar, atendiendo, por ejemplo, a las sentencias del Tribunal Constitucional español, que sostienen que “...la presencia del principio acusatorio exige equilibrio entre las partes acusadoras y acusadas...”.<sup>155</sup>

<sup>154</sup> **Estimo definitivamente contrario a un régimen acusatorio el sistema de limitar los términos del debate** –desde la perspectiva del defensor– **a las cuestiones probatorias propuestas por la acusación:** todo el marco de garantías tradicionales del Derecho Penal, incluyendo el principio de reserva o garantía, conduce a que no se puede sancionar por conductas diferentes a las descritas e imputadas, pero de allí no se desprende, en caso alguno, que las probanzas a considerar sean exclusivamente las de la imputación: tal modo, por el contrario, caracterizaba al sistema de la Inquisición, bajo el cual, según sabemos, el mismo inquisidor se encargaba de seleccionar las probanzas a considerar. Cuando la Constitución Política impuso al Ministerio Público, en cumplimiento al principio de objetividad, también acreditar las circunstancias que demuestran la inocencia del imputado, no pensó jamás –me parece– en limitar el derecho a la defensa, impidiendo que el mismo interesado o su defensor, con mayor entusiasmo, compromiso y quizás hasta con más celo, se abocaran a la tarea de probar la irresponsabilidad penal del acusado. Refiriéndose al punto, bajo el epígrafe “Los poderes de dirección del proceso y la aportación del material probatorio”, Teresa Armenta Dau afirma que “...en la fase del juicio oral [*que ella viene diferenciando de la etapa instructoria, conforme al antiguo régimen procesal penal español todavía vigente*] son las partes quienes introducen los hechos, determinando, de este modo, el tema de la prueba y la proposición de los medios de que intentan valerse...”. Cfr. *Principio Acusatorio y Derecho Penal*, J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 66.

<sup>155</sup> STC 8 de febrero de 1982, cit. por Joan Verger Grau *La Defensa del Imputado y el Principio Acusatorio*, J. M. Bosch Edit. Barcelona, 1994, p. 69.

Tiempo atrás, y con motivo del análisis de lo que representa el determinar los estándares de la defensa penal antes mencionados, sostuve que "...el defensor tiene el irrenunciable deber de investigar por su cuenta los hechos imputados. Para este efecto, se entrevistará con los testigos que el imputado le haya señalado, con aquellos que la policía y/o el Ministerio Público hayan identificado y con los que se ubiquen a través de estas entrevistas; procurará conversar con peritos que hayan intervenido en la investigación y con los propios agentes policiales que hayan tomado parte en ella. Solicitará, además, acceder a la evidencia y a todo antecedente probatorio que el Ministerio Público conserve en su poder...".

En nota al pie agregaba entonces:

"Este inexcusable deber de responsabilidad profesional [*investigar por cuenta propia*] no importará atentar –como imagino, todos entendemos– contra la norma constitucional que confiere al Ministerio Público la dirección de la investigación de los delitos penales en el país; se trata, en cambio, entiendo, de una tarea indispensable para cumplir con la tarea de la adecuada asistencia profesional al defendido..."<sup>156</sup>

Considerada la defensa como un conjunto de actos legítimos encaminados a proteger los derechos, la tarea de defender en juicio importa realizar –precisamente– un conjunto de actuaciones o actos legítimos, encaminados a proteger al defendido y, para llegar a este resultado, se ha sostenido que el primer deber del defensor *es lograr el más exacto conocimiento de todas las circunstancias fácticas del suceso de autos y también de las características personales de los implicados*. Esto podrá conseguirse a través de contactos con el imputado y con sus allegados, recogiendo cuanta información pueda resultar pertinente... la primera tarea del defensor –se agrega– será el estudio minucioso del expediente, confrontando lo actuado con los datos que por otro conducto pueda tener y procurando que todo detalle que resulte idóneo para fortalecer la posición del imputado llegue a obrar en autos. Por eso esta tarea de doble conocimiento se relacionará es-

---

<sup>156</sup> Cfr. mi "Estándares Básicos de Actuación de la Defensa Penal", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1, año 2002, Facultad de Derecho, U. de Chile, p. 243.



trechamente con el tema probatorio, permitiendo valorar las constancias obrantes y meritar la conveniencia de proponer otras... También de esta imprescindible información sobre los hechos se desprenderá el posterior encuadre jurídico y la contestación técnica a la acusación fiscal.<sup>157</sup>

A propósito del novedoso tema de los estándares de la defensa penal pública que ha introducido en el mundo del Derecho nacional la citada Ley N° 19.718, se ha explicado que “...se requiere que el defensor tenga un conocimiento cabal de los hechos del caso. Para la consecución de este objetivo dispone de los siguientes instrumentos: el interrogatorio exhaustivo del cliente; el examen minucioso de los registros policiales y del ministerio público; el reconocimiento físico de la evidencia, así como de los informes periciales recaídos sobre ella la entrevista con el fiscal a cargo del caso; la inspección del sitio del suceso, etc.

En general, deben conducir [*los abogados defensores*] una investigación de los hechos independiente de la realizada por el fiscal y entrevistar a todos los testigos y expertos de la fiscalía, aunque su declaración conste en los registros...”.

En conocimiento de la evidencia existente en contra del cliente, el defensor debe explorar las posibilidades de producir prueba de descargo, a través del Ministerio Público, solicitando las diligencias de investigación pertinentes, o de manera autónoma (uso de recursos profesionales de investigación cuando ello fuere necesario; investigadores, peritos, etc.).<sup>158</sup>

En la misma línea, se lee en la publicación *Estándares Básicos de Calidad para la Prestación del Servicio de Defensa Penal Pública*:

“...A más tardar desde la formalización de la investigación, el abogado defensor deberá al menos:

Entrevistar a los testigos y familiares directos del imputado, que puedan proporcionar información relevante para estructurar la defensa.

<sup>157</sup> Cfr. Jorge Vásquez R., *La Defensa Penal*, Rubinzal Culzoni Edit., 2ª edic. actualizada, Santa Fe, 1989, p. 251.

<sup>158</sup> Cfr. M. Inés Horvitz, “Estándares de Prestación de Defensa Penal Pública”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Facultad de Derecho U. de Chile), Stgo., año 2002, N° 1, p. 199.

Recolectar autónomamente evidencia material que pueda ser útil para la defensa.

Encargar pericias relevantes, teniendo en cuenta para ello la posibilidad de solicitarla vía Ministerio Público o de manera autónoma...”.<sup>159</sup>

En resumen, el tema que, por lo menos en la literatura nacional, tiene escaso tratamiento, me parece que debe ser abordado en la línea del trabajo profesional ordinario que cada abogado de juicios realiza cotidianamente y en función del deber ético que a cada cual asiste, de desempeñar su profesión con la mayor eficacia, dedicación y calidad profesional.

En tal perspectiva, estimo que todo abogado, enfrentado a la necesidad de presentar una demanda en un juicio ordinario que le hayan cometido, como una rutina normal, después de analizadas las características jurídicas del caso, tras confirmar que la teoría que él va a proponer tiene respaldo doctrinal y jurisprudencial, se dedicará a analizar la prueba que se le haya suministrado y a buscar la que le parezca necesaria. Así, de revisar los contratos, le surgirá la necesidad de solicitar copias de escrituras públicas o privadas; le resultará indispensable entrevistarse con las personas que podrán ser testigos, para saber cuánto conocen de la cuestión controvertida o la participación que les cupo en los hechos; no es más ni menos que la necesidad de adecuar la construcción teórica al marco que impone la realidad, línea en la cual el recordado civilista Victorio Pescio aconsejaba siempre a sus alumnos que, a la hora de estudiar los títulos de un inmueble, nunca dejaran de visitarlo, físicamente, para comprobar, con sus propios sentidos, la concordancia de la declaración del papel con lo que el inmueble efectivamente importaba.

Para un abogado defensor “investigar autónomamente” importará, desde luego, convencerse a sí mismo de la justicia y fortaleza de la posición que defenderá; representará, adicionalmente, el tener la posibilidad de seleccionar el material probatorio, en función de los términos del caso que propondrá a los

---

<sup>159</sup> Cfr. Rafael Blanco, Mauricio Decap, Héctor Hernández, Hugo Rojas, *Colectión de Investigaciones Jurídicas*, U. Alberto Hurtado, 2002, N° 1, p. 21.

tribunales y, desde luego, le llevará a incentivar aspectos de convicción que posiblemente hubieren pasado inadvertidos.

Sólo por este camino podrá darse cumplimiento a la solemne proclamación del Código de Ética, conforme a la cual el abogado *es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración.*

El modo de comportamiento anteriormente propuesto representa, según ya anticipé, no más, pero tampoco menos, que la indispensable actividad que, preliminarmente, antes de abordar un juicio, efectúa cada letrado que, con responsabilidad profesional y personal, asume el cumplimiento del encargo que le ha sido conferido.

En otros sistemas del Derecho Comparado, en que el régimen adversarial es similar al nacional, la investigación privada no sólo no es rechazada, **sino se impone al Estado el deber de colaborar en tal investigación privada.** Así, se ha explicado que “...en algunas situaciones, *el fiscal puede tener el deber de colaborar en los esfuerzos de la defensa para obtener la evidencia.* Probablemente la comprobación más común es el deber del fiscal, impuesto por la norma de *discovery* en varias jurisdicciones, de proporcionar su evidencia material a la defensa para que ésta pueda efectuar sus propios exámenes científicos o periciales sobre dicha evidencia...”.<sup>160</sup>

En algunas circunstancias, la fiscalía puede tener, incluso, la obligación de ayudar a la defensa en la búsqueda de un potencial testigo a su favor, como se ha fallado, por ejemplo, por el Máximo Tribunal de los Estados Unidos, en el caso “Roviaro vs. United States”, en el que se condenó a un sujeto por venta de heroína a un NN y por transporte ilegal de la misma, comportamientos acreditados por dos oficiales de policía, uno de los cuales afirmó que vigilaba a NN y lo vio conducir un auto con el acusado hasta un lugar en que éste retiró un paquete y se lo entregó a NN, y el segundo declaró haber estado en la maleta del auto de NN y haber escuchado los términos de la negociación sobre el paquete.

<sup>160</sup> Cfr. *Criminal Procedure*, Third Edition, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel, Nancy J. King. Capítulo “Defendant’s Right of Acces to Evidence”, Hornbook series West Group. St. Paul, Minn, 2000, pp. 1115 y 1116 (trad. del autor).

Establecido que NN era un agente encubierto, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que si bien el privilegio gubernamental de no entregar la identidad de sus agentes encubiertos está consagrado en el interés público de un efectivo cumplimiento de la ley, tal privilegio está limitado por fundamentales requerimientos de *fairness*. Así cuando el conocimiento de la identidad del informante encubierto es relevante y útil para la defensa de un acusado, o esencial para la limpia y equitativa decisión de una causa, el privilegio debe ceder... y el Gobierno debe escoger entre revelar la identidad del agente encubierto o cejar en su imputación.<sup>161</sup>

*¿Excesos en la investigación privada?*

En la compleja tarea de investigar los hechos y sus circunstancias y, en especial, en lo que dice relación con el establecimiento y entrevista de testigos, el defensor puede exponerse al riesgo de incurrir en excesos, sea que ellos se acepten, sea que ellos resulten en forma inadvertida: en efecto, en la labor de establecer los sucesos y de averiguar el modo en que ellos habrían acaecido, podría influirse indebidamente, por ejemplo, en los testigos.

Pienso en personas modestas, sin mayor ilustración, que, entrevistadas por abogados defensores, públicos o privados, pudieren sentirse atemorizadas: la función del defensor, en estos casos, debe cumplirse con extremo celo y cuidado, velando porque su interés no amedrente al testigo ni le lleve, consciente o inconscientemente, a dar respuestas satisfactorias para la postura de aquel que pregunta.

La observancia de los deberes éticos y funcionarios evitará resultados no queridos ni buscados.<sup>162</sup>

---

<sup>161</sup> Cfr. *Criminal Procedure*, ibídem.

<sup>162</sup> Obviamente, que idénticas consideraciones pueden efectuarse con motivo de la investigación oficial: la investidura pública del investigador no sólo no lo autorizará para forzar la voluntad de las personas que ante él declaren, sino le impondrá el deber de cumplir con el mayor celo y cuidado su función.

Resulta de suyo comprendida en las limitaciones bajo las cuales debe emprenderse la tarea, toda actitud, insinuación, invitación o comportamiento que directa o indirectamente, voluntaria o involuntariamente, pudiere traducirse en alteración de las versiones de los testigos o modificación del caudal probatorio que se extraiga de las fuentes, comportamientos que no sólo resultarán inaceptables –éticamente– para todo abogado defensor, sino que respecto de cualquier persona, en cuanto por ellos sea posible estimar que se ha destruido, ocultado o inutilizado el cuerpo, los efectos o instrumentos de un crimen o simple delito, desde que tales conductas están tipificadas como delito de obstrucción a la justicia, conforme al art. 269 bis del Código Penal.

## 8.2. CONCLUSIONES

De cuanto se viene reseñando, se puede ya comenzar a extraer conclusiones que, a lo menos, consignent las siguientes reflexiones:

a) Investigar representa, en la terminología de la dogmática jurídica y, en particular, en la de la ciencia procesal, la “actividad de averiguar”, es decir, no sólo la de probar lo ocurrido, sino de determinar los medios con los que tales hechos deben ser acreditados.

b) La **investigación oficial y pública** de “...los hechos que constituyen delitos (penales), los que determinan la participación punible y los que acreditan la inocencia del imputado”, y que sólo puede realizarse bajo la dirección exclusiva del Ministerio Público, conforme a la Constitución Política de la República, el Código Procesal Penal y la respectiva ley orgánica constitucional, no sólo reúne las características de verificarse con la participación de las Policías y, por ende, con la ayuda de la fuerza llamada a dar efectividad al derecho (art. 90 inc. 3º de la Constitución); no sólo debe llevarse a cabo con criterios de racionalidad y justicia, como lo dispone el citado art. 19 N° 3 inciso 5º de la Carta; no sólo es la única que autoriza que se decreten medidas cautelares para asegurar sus fines de esclarecimiento, sino es, finalmente, la única en la que el Ministerio Público puede basar su convicción acusadora.

c) No existe circunstancia alguna bajo la cual se pueda estimar que alguna persona o institución, pública o privada, pueda reemplazar al Ministerio Público en la tarea investigadora oficial ni efectuar investigación paralela a la suya<sup>163</sup> con semejantes características ni resultados, esto es, no podrá el Ministerio Público invocar los resultados de una investigación que no ha practicado, para acusar, ni podrá solicitar que, en virtud de actuaciones que no le consta tengan los resultados que se dicen, se decreten medidas cautelares, etc.

d) En consecuencia, cuando se afirma que es no sólo posible, sino imperativo al defensor –que cumple empeñosamente con su cometido– el investigar por su cuenta los hechos, lo que se afirma es que los resultados que así se obtengan justificarán la proposición al Ministerio Público de diligencias probatorias y su inclusión, decretadas o no por tal Ministerio, en las peticiones probatorias que se harán valer ante el juez de garantía en la audiencia de preparación del juicio oral<sup>164</sup> para que todo se traduzca en la producción de la prueba de descargo en el juicio oral subsecuente.

e) Puede, entonces, afirmarse que mientras el Ministerio Público forma su convicción acusadora, en la investigación que privativamente le corresponde dirigir y que no sólo se verifica con la colaboración de las policías sino se asegura por medidas cautelares dispuestas por la jurisdicción, con arreglo a la Constitución y las leyes, el defensor tiene el derecho y el inexcusable deber –impuesto por su ética profesional– de contar con información propia acerca de los hechos incriminados, como resultado de las indagaciones que, para cumplir con su delicada tarea, haya debido realizar sea para proponer actuaciones esclarece-

---

<sup>163</sup> La proscripción de investigaciones paralelas, por el monopolio constitucional de dirección de la investigación conferida al Ministerio Público, apunta –como se destacó con las intervenciones senatoriales habidas en el debate legislativo– a prohibir al legislador el dictar leyes que permitan que órganos, personas o instituciones diferentes reciban el encargo de efectuar tales investigaciones reemplazando al Ministerio Público.

<sup>164</sup> Se trata de una averiguación para la cual NO se cuenta con la ayuda de la policía; que no permite pedir medidas cautelares al juez, y que, por último, no vincula al fiscal.

doras al Ministerio Público, sea para rendir la prueba de que se trata en el juicio oral.

f) Esta información propia puede incluso generarse, y así ocurre en el Derecho Comparado, de antecedentes que el Estado, bajo un régimen de investigación justa y racional y de cara a un debido proceso de ley, haya tenido que proporcionarle.

g) El abogado, público o privado, al que la Constitución Política le entrega la tarea de llevar a cabo la promesa de garantía de la defensa jurídica, tiene no sólo la posibilidad jurídica, sino el deber ético y legal de averiguar los hechos y determinar los medios con los que los podrá probar en el juicio: esta tarea constituye una investigación que, por la diferente finalidad a la que apunta, no reemplaza ni puede confundirse con la que privativamente debe desarrollar el Ministerio Público.





### III. LOS SUJETOS

#### 1. “VICIOS FORMALES” DE LA ACUSACIÓN: UN REPROCHE DEFENSIVO

(Una cuestión de autonomía del fiscal frente al juez)

Confirmando un fallo de primera instancia, con fecha 31 de agosto de 2004, en los autos rol N° 105-2004 (R.P.P.), la Corte de Apelaciones de Punta Arenas ha mantenido un sobreseimiento definitivo, dictado en aplicación de lo prevenido en el art. 270 inciso 3° del Código Procesal Penal, como consecuencia de la negativa del Ministerio Público a modificar la petición de pena consignada en su acusación, accediendo a una solicitud de la defensa en orden a que se efectuara tal cambio por constituir, a su juicio –la petición del fiscal de una pena superior a la legalmente procedente–, un “vicio formal” de la acusación.

##### 1.1. DESARROLLO

Sin considerar la circunstancia de si se ajusta o no a las regulaciones legales la pena solicitada por el fiscal ni, menos aún las consideraciones que él tuviera en cuenta para formular su pedido de penalidad, haremos algunas reflexiones:

Como es sabido, el Código Procesal Penal tuvo en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica su referente más importante: no sorprende así que disposiciones de ese trabajo continental común aparezcan reproducidas fielmente en nuestro nuevo cuerpo de enjuiciamiento penal. Una demostración

elocuente de lo anterior la constituyen los arts. 268 N° 1 y 269 N° 2 del Código iberoamericano que autorizan, respectivamente, al querellante y al imputado para “*señalar los vicios formales en que incurre el escrito de acusación, requiriendo su corrección...*”, redacción no parecida, sino simplemente idéntica a la que presentan los arts. 261 b) y 263 a) de nuestro Código, que aluden a las mismas facultades procesales del querellante y del imputado, respectivamente.

Establecido el origen de las disposiciones, corresponde anotar que en el tránsito del Código por el Parlamento, a pesar de lo incoherente que resulta que el querellante denuncie vicios de un acto de postulación que no le afecta, ellas no merecieron comentario, análisis o referencia especial alguna.

Formuladas las observaciones, ya en el desarrollo mismo de la audiencia de preparación del juicio oral, y asumiendo la función depuradora o saneadora de la litis, el tribunal ordenará la subsanación de los vicios formales, sin suspender la audiencia. Si la corrección no es posible en ese momento, dispondrá suspender la audiencia, por un plazo no superior a cinco días, para que el procedimiento sea corregido (art. 270 C. Procesal Penal).

Con esta normativa como gran escenario, y a la vista de resoluciones judiciales controvertibles, es necesario determinar cuál es el sentido y alcance de la expresión “vicios formales”: la Corte de Apelaciones de Punta Arenas parece entender que son “los defectos que pueden producir un efecto que altere la corrección del procedimiento...” (Consid. 5º *in fine*).

Aclarando su pensamiento, la Corte alude a diferentes posibilidades en las que, en su concepto, el tribunal, en afán de velar por la corrección del procedimiento, está facultado para adoptar medidas para que se subsanen vicios. Cita al efecto, y entiendo que en vía ejemplar, los casos en que el fiscal solicite una pena equivocada:

a) Sea porque no es la que determina para el ilícito el Código Penal;

b) Sea porque haga rebajas o aumentos de penas que la ley sólo obliga o permite a los jueces sentenciadores;

c) Sea porque califique o cuantifique las circunstancias modificatorias de responsabilidad haciendo una apreciación que no corresponda;

d) Sea porque hasta considere como muy calificada una circunstancia que aminore dicha responsabilidad.

En estos casos, le parece a la Corte, “el Juez de Garantía, ejerciendo las atribuciones que le otorga el art. 270, deberá tomar las medidas que correspondan para velar por el procedimiento correcto, evitando posibles nulidades o contiendas de competencia entre tribunales como podría haber ocurrido en la especie si no se hubiere exigido, como lo solicitó la defensa, el saneamiento del vicio –solicitud de una pena superior a la que normalmente corresponde–, y el Tribunal Oral<sup>1</sup> (sic) estimare que corresponde seguir el procedimiento según las normas establecidas en el art. 388, para los juicios simplificados, ante el mismo Juez de Garantía...”.

La primera cuestión que debe abordarse es el significado de la expresión “vicios formales”: de la lectura de los arts. 263 y 270 del Código Procesal Penal y recordando lo dispuesto en el art. 303 del Código de Procedimiento Civil, casi sin necesidad de recurrir al sentido natural y obvio de la expresión, amparados por la interpretación sistemática, pero, por sobre todo, en función de una necesaria interpretación teleológica, se puede concluir pacíficamente que los vicios formales mencionados en las normas son aquellos que afectan la validez del procedimiento y, por tanto, impiden la generación de una relación procesal válida o, en general, impiden el ejercicio del derecho de defensa. A fin de recurrir a terminología no sólo conocida, sino aplicada reiteradamente por los operadores procesales –jueces y abogados–, diré que el vicio formal es el que autoriza que prospere una excepción de aquellas que nosotros denominamos “dilatoria” y por las que, precisamente, perseguimos que se corrija el procedimiento con una clara y aceptada limitación: **sin afectar el fondo de la acción deducida**.

Vicios formales –casi apunto un lugar común– sólo pueden ser defectos que afecten las formas del procedimiento, en otras

---

<sup>1</sup> Aunque se piense que no es más que una distracción, me parece francamente indiciario que la Corte se equivoque al nombrar al Tribunal de Juicio Oral en lo penal. ¿Cómo podría admitirse que la Corte no sepa que no existen “tribunales orales”? ¿No revela el error una cierta desaprensión o, simplemente, falta de cabal manejo de las instituciones?

palabras, constituyen vulneración de las formas procesales. Éstas, conforme se ha podido enseñar clásicamente, imponen un cierto orden y un cierto modo de expresión a las deducciones de las partes y, al prohibir al juez que tenga en cuenta las defensas o pretensiones presentadas en formas diversas, aseguran el respeto del contradictorio y la igualdad de las partes; las mismas no sirven, pues, como podrían pensar los profanos, para hacer más complicado y menos comprensible el desarrollo del proceso, sino para hacerlo más simple y más rápido en cuanto fuerzan a las partes a reducir sus actividades al mínimo esencial y a servirse de modos de expresión técnicamente apropiados para hacerse entender con claridad por el juez.<sup>2</sup>

Diversa es, por consiguiente, la naturaleza (y las consecuencias) del error de derecho, según que se refiera a la relación sustancial o a la relación procesal; si el juez se equivoca al aplicar al mérito el derecho sustancial, incurre en un error de juicio (error *in iudicando*), en cambio si el juez comete un error de actividad (error *in procedendo*)<sup>3</sup> afecta a la relación referida, todo lo cual es idénticamente predicable –sin perjuicio de las modalidades diferentes por los distintos roles de cada cual– de las equivocaciones de las partes o intervinientes. El error del litigante en la fundamentación de sus pretensiones o en las peticiones concretas elevadas a la consideración jurisdiccional, conduce a que las mismas sean denegadas; sus confusiones en las formas o modos de someter pretensiones al juicio provocan invalidez de lo obrado.

No sólo son diversas las consecuencias de los distintos errores, también lo son las oportunidades para ponerlos de relieve o, simplemente, para sancionarlos: así, al que pide aquello que el derecho sustancial no le reconoce u otorga, se le pone en evidencia su equívoco, en la sentencia definitiva, mediante el pronunciamiento de un fallo desestimatorio. El pedido de absolución del acusado respecto de quien concurren las condiciones previstas en el ordenamiento para que se le condene, se deniega en la sentencia final; la solicitud de admisión de

---

<sup>2</sup> Cfr. Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. 1 (trad. S. Sentís M.), Edit. EJE, Bs. Aires, 1962, p. 322.

<sup>3</sup> *Ibíd.*, p. 347.

prueba jurídicamente improcedente se rechaza en el auto de apertura del juicio oral. A la equivocadísima pretensión de condena de que se sancione al que merece 541 días de reclusión menores en su grado medio, con petición de pena de 10 años y un día de presidio mayor en su grado medio, se le niega lugar en el fallo definitivo; lo propio acontece con la solicitud de que se reconozcan inexistentes circunstancias aminorantes de la responsabilidad penal; la proposición de prueba pericial, efectuada sin identificación del perito, se rechaza en el auto de apertura, etc.

Si la forma es **“la figura o determinación externa de la materia”**, según el Diccionario, y lo formal es lo que de ella deriva o a ella se refiere, no puede sino admitirse que un vicio formal es el que apunta a externalidades, a cuestiones que dicen con aspectos de afuera y no de adentro de la controversia penal: ninguna vinculación existirá entre el debate de la forma y el que persigue establecer si el acusado es o no culpable; o si concurre o no la circunstancia que modifica su responsabilidad; o si la pena se le aplica en su extremo superior o inferior, en fin, a qué seguir, la discusión sobre los elementos del delito y los referidos a la participación y punición quedan marginados de la posibilidad de ser objeto de vicios formales, porque si a su respecto hay error, la cuestión será sustantiva o de fondo.

El vicio formal, entonces, integra la condición de errores u obstáculos al desarrollo de un proceso penal válido, sea porque se infringen específicas normas procedimentales; sea porque el error afecta el derecho de defensa de la parte contraria, etc.<sup>4</sup> Desde esta perspectiva, la consecuencia última de tal error vulnera el derecho a un juicio justo para el contradictor y, de allí, la militancia de este vicio entre los motivos de ineficacia del acto procesal.

Para confirmar categóricamente que el vicio formal constituye un motivo de aquellos que, en el terreno civil, permiten la oposición de las excepciones dilatorias, basta reparar, en primer término, en que el procedimiento penal nuevo no hace alusión

---

<sup>4</sup> Son de esta categoría errores en la indicación de uno de los apellidos o nombres de algún interviniente, como la víctima; la equivocación en la fecha de los hechos o el nombre de la calle o lugar en que ellos ocurrieron.

alguna a tales excepciones, por lo que, dada la evidencia en el sentido que siempre podrá haber la necesidad de corregir el procedimiento sin afectar el fondo de la acción deducida, en virtud de errores de los intervinientes, lo sensato es darse cuenta que esta fórmula de vicios formales es la que empleó el legislador para conseguir la finalidad referida.

En segundo término, debe observarse que los vicios formales pueden haberse cometido no sólo en la acusación del fiscal, sino en la del querellante y en la demanda civil, actos de postulación que se tendrán por no presentados si no se corrigen oportunamente, pero que constituyen un elemento formidable para demostrar lo severamente equivocado del criterio de la Corte de Punta Arenas: si el vicio formal de la acusación lo constituye el hecho de que el fiscal solicite una pena que, en concepto del juez o de la defensa, es superior a la legalmente procedente, esto es, si la pretensión punitiva es excesiva, debería concluirse que también adolecerá de “vicio formal” la demanda civil que cobra un daño que no se infirió o que pide una indemnización 10 ó 50 veces mayor a la que legalmente corresponda.

¿Alguien, seriamente, se atrevería a afirmar que la demanda que cobra un daño no inferido contiene un “vicio formal” que, de no corregirse, permite al tribunal tenerla por no presentada? ¿O que idéntica suerte debe correr la demanda que solicita una indemnización escandalosamente mayor que la procedente?

Como pensar del modo que se propone constituye un verdadero absurdo jurídico, queda demostrado que el criterio con arreglo al cual se calificó de “vicio formal” el pedido de una pena superior a la legalmente procedente, es inadmisibles.

A. *¿Por qué razón se autoriza por la ley a “corregir el procedimiento” cuando se comprueba la existencia de un vicio formal?*

Sin dudas, porque el que se está realizando no se ajusta a las prescripciones legales, todo lo cual representa, como ya antes se anticipó, incursionar en el campo de las ineficacias, que, en lo que interesa, tiene en el Código Procesal Penal un estatuto jurídico singularmente exigente.

*B. Las potestades del órgano jurisdiccional que ejerce competencia penal y las atribuciones constitucionales y legales del Ministerio Público*

La cuestión que se ha planteado con motivo de la decisión de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas dice también relación directa con los roles y con las competencias de los diferentes órganos estatales que intervienen en el proceso penal: constituye, además, una aplicación efectiva de la diferenciación entre procesos inquisitivos y acusatorios.

No puede sorprender que, vigente la normativa que denominamos “Reforma Procesal Penal”, con sus características tan diversas de las que tradicionalmente atribuíamos al régimen procedimental criminal, a los antiguos operadores nos haya resultado, en general, complejo acomodarnos ya no al manejo del derecho positivo, sino, principalmente, al de la filosofía, principios y modo de ser del nuevo ordenamiento:<sup>5</sup> la sentencia que motiva este comentario –me parece– refleja fielmente lo que se expresa.

El fiscal que pide para el acusado la pena que jurídicamente no corresponde verá rechazada su pretensión en la sentencia: pero no es posible –sin vulnerar de manera flagrante el art. 80 A de la Constitución Política de la República y los arts. 1º y 2º inciso 2º de la Ley Nº 19.640, Orgánica del Ministerio Público, y 77 del Código Procesal Penal, normas todas que no sólo autorizan a los fiscales a ejercer y sustentar la acción penal pública, sino que le imponen que tal ejercicio se efectúe de manera “autónoma”– que algún órgano del Estado o algún particular puedan imponer a los fiscales de ese Ministerio solicitar penas diversas, sean mayores o menores a las que estos fiscales estimen procedentes.

Entre las personas y órganos a quienes se veda, absolutamente, el intentar alterar o modificar las peticiones de los fiscales,

---

<sup>5</sup> Una demostración paradigmática de lo que se afirma en el texto la constituye una de las primeras sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones de Temuco, cabeza judicial de la IX Región, pionera en el tema, tribunal que, no obstante estar llamado a fallar un recurso de nulidad en base a los hechos establecidos en el juicio oral, no pudo olvidar su tradición de tribunal de apelación e incursionó, sin rubor, en el establecimiento de los mismos.

se encuentran, desde luego, los órganos jurisdiccionales: sin infringir frontalmente las disposiciones legales y constitucionales citadas ni los arts. 4º, 6º y 7º de la Carta Política y 4º del Código Orgánico de Tribunales,<sup>6</sup> un juez o un tribunal no pueden pretender obtener que el fiscal ajuste su acusación a criterios diferentes de los que este funcionario estime son los que corresponden, ni están ellos facultados para ordenarlo.

Al margen de la claridad de los preceptos recordados, se opone a este distorsionador intento el conjunto de principios sobre los que descansa la reforma: si el juez pudiere quedar autorizado para determinar el *quantum* de la pena –no de la que se impondrá–, sino **de la que se pide**, caería de modo incontenible una de las más emblemáticas manifestaciones del sistema acusatorio: el que acentuando la diferenciación de los roles, entrega a un órgano estatal determinado –el **Ministerio Público**– la responsabilidad de ejercer la acción penal (lo que comprende el solicitar la imposición de las penas), y a otro, **el tribunal**, la de fallarla, absolviendo o condenando y, en este caso, determinando la sanción final.<sup>7</sup>

Todavía, la cuestión incursiona peligrosamente no sólo en el ejercicio del derecho de acción, que como lo explicara en sus conocidas lecciones Couture, constituye una modalidad del derecho constitucional de petición, sino, además, en el de acceso a la justicia o derecho a la jurisdicción, tan exhaustivamente detallados en el colosal estudio de Mauro Cappelletti, de las últimas décadas del siglo XX: el derecho de accionar ante los órganos jurisdiccionales, expresión concreta de las nociones

---

<sup>6</sup> Creo importante recordar que el **art. 4º de la Carta** declara que Chile es una república democrática, lo que nos convierte en un Estado de Derecho, en que los poderes públicos se controlan recíprocamente y reconocen sus respectivos ámbitos de actuación; que el **art. 6º de ese mismo cuerpo** establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y que los preceptos de la Carta obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo; **que el art. 7º** prescribe que los órganos del Estado (sólo) actúan válidamente... dentro de su competencia y, finalmente, **que el art. 4º del COT** prohíbe al Poder Judicial mezclarse con las atribuciones de otros poderes públicos.

<sup>7</sup> Es decisivo para el análisis tener en cuenta que el Ministerio Público constituye no un simple litigante penal, sino el órgano autónomo, constitucionalmente encargado del ejercicio de la pretensión punitiva del Estado.



constitucionales de igualdad en la protección de los derechos e igualdad ante la ley, abarca la irrestricta facultad de someter pretensiones a la decisión jurisdiccional y, en especial, la de determinar el contenido de las mismas pretensiones, sin censura ni control previos.

*No sería justo ni racional un procedimiento que autorizara a uno de los litigantes o al tribunal, para determinar el contenido de las pretensiones que el otro desea hacer valer.*

C. *La sentencia de la Corte, la nulidad procesal penal y los riesgos que se persigue evitar*

El fallo de la Alzada sureña discurre sobre la base de prevenir nulidades procesales que, aparentemente, estima sobrevendrían si, por pedir el fiscal una pena superior a la que la Corte y la defensa creen procedentes, terminara sustanciándose la controversia por un procedimiento diferente al que legalmente corresponde. En efecto, la Corte deja expresa constancia que con su decisión se evita el peligro de que la causa se hubiera tramitado conforme a las normas del juicio oral y no a las del procedimiento simplificado.

En otras palabras, defensa y Corte creen advertir en la tramitación conforme a un juicio oral y público, verificado ante un tribunal colegiado, cuyos integrantes no han tenido la menor vinculación con la investigación precedente, esto es, son efectivamente independientes e imparciales, un perjuicio para el imputado, que corresponde atajar modificando la pena que para él se pida.

Antes expuse que los vicios formales constituyen causales de ineficacia procesal; en cuanto tales, sólo pueden generar el efecto de corrección de procedimiento, en cuanto el hecho mismo ocasione perjuicio o el acto de que se trate no hubiere cumplido su finalidad. En la especie, es evidente que perjuicio no puede existir, porque si la petición de pena del acusador no se ajusta a la ley ni a la realidad de la situación, un tribunal colegiado de jueces imparciales y de carrera aplicará regularmente el derecho, esto es, la cuestión se dilucidará bajo un conjunto de condiciones significativamente más favorables a la mejor impartición

de justicia, lo que, en la especie, beneficiaría tanto al acusado –que por ello, no podría reportar perjuicio–, sino también al Estado de Derecho.

Adicionalmente, la Corte avizora la posibilidad de producirse un conflicto de competencia entre un Tribunal de Juicio Oral en lo penal y un juez de garantía: desde luego, la cuestión no sólo tiene inciertos ribetes hipotéticos, sino presenta manifiestos caracteres de sofisma, desde que la eventual colusión de competencia sólo podría concebirse aceptando que algún tribunal pudiere enmendar la solicitud de penalidad del fiscal, lo que es jurídicamente inadmisibile.

No me parece que este punto pueda discutirse: si concluida la investigación, el fiscal, libérrimamente, esto es, sin que bajo circunstancia alguna se confiera a otro órgano estatal competencia para cambiar su decisión, puede resolver no perseverar en el procedimiento por no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar la acusación (art. 248 letra c), o, por el contrario, puede decidir deducir acusación (art. 248 letra a), con cuánta mayor fuerza cabrá reconocer que la misma libertad que se le reconoce al fiscal en la adopción de la decisión mayor –acusar– habrá que observarla en relación a la decisión menor, a saber, la pena a solicitar.

En términos simples: es perfectamente inconstitucional e ilegal la decisión de un tribunal que, a pretexto de acoger una solicitud de la defensa, dispone que el fiscal modifique el monto de la pena solicitada.

#### *D. La sujeción del fiscal al principio de legalidad y los efectos vinculantes de sus decisiones*

El régimen procedimental nacional impone al Ministerio Público someterse a un sistema de legalidad, conforme se desprende de los arts. 6º y 7º de la Carta y no sólo debe actuar con sujeción a un criterio de objetividad, sino debe velar por la correcta aplicación de la ley. Este Ministerio constituye un órgano estatal dotado de autonomía constitucional, razón por la cual en sus relaciones con otros poderes, personas o instituciones, si no puede arrogarse atribuciones que a tales restantes órganos

competan, tampoco puede subordinar sus facultades a ellos, por importantes o tradicionales que sean.

Desde una perspectiva procedimental, el Ministerio Público es, en general, un interviniente, y para estos efectos, un litigante.<sup>8</sup> Desde otras, es un órgano del Estado con autonomía que ningún Poder puede desconocer, con lo que se genera un estatuto dual que, en ocasiones, el legislador destaca en las tramitaciones ante los tribunales: así, en tanto la regla general es que, obviamente, los tribunales no resulten jurídicamente vinculados por las peticiones del fiscal, no faltan los episodios en los que la respuesta del legislador consiste en privilegiar las decisiones del Ministerio Público. De este modo, sólo al fiscal le es permitido dirigir una investigación penal; en la misma línea, no es posible a los jueces resolver el inicio de una investigación penal, desde que la cuestión queda entregada a los fiscales, o en ocasiones a particulares u otros órganos; las medidas cautelares no pueden emanar de la iniciativa judicial, sino de la del fiscal o del querellante; sólo aquél resuelve si formula acusación o efectúa la declaración del art. 248 letra c) y si concurren los requisitos para la aplicación del procedimiento abreviado, el juez no puede imponer un pena mayor o más desfavorable de la requerida por el fiscal (art. 406).

Para determinar la pena que solicitará, el Ministerio Público no sólo no necesita la anuencia del juez, sino que, definitivamente, éste carece totalmente de atribuciones para inmiscuirse en la materia. Es que el actuar del fiscal que pide la sanción que estima corresponder a los hechos representa el ejercicio del *jus*

---

<sup>8</sup> Para aquellos que se empeñan en conferir al Ministerio Público un mero rol de interviniente en el proceso penal, es llegada la hora de proceder con consecuencia: sería inimaginable que en la esfera civil un demandado se opusiera a que se le cobraran más de 500 Unidades de Fomento, sosteniendo que hasta este monto la cuestión se ventila por un procedimiento de menor cuantía y que el cobro de 1.000 de tales Unidades supone un juicio de mayor cuantía...; pero más insólito resultaría que un tribunal accediera a tamaña argumentación imponiendo la rebaja de lo demandado. No se piense que por tratarse de materia penal, el análisis ha de cambiar: acusando conforme a su exclusivo criterio, el M. Público ejerce su autonomía constitucional y cumple con el imperativo jurídico de ejercer la acción penal. Si cumple sus funciones de modo injustificadamente erróneo o arbitrario, el afectado tiene derecho a obtener del Estado que responda por los daños que el proceder ocasionare (art. 5º Ley N° 19.640).

*puniendi* estatal, materia que, bajo el actual régimen procesal penal, escapa completamente a las atribuciones de los jueces.

La dificultad radica en que se trata de un estatuto nuevo, esto es, que innova en lo que conocíamos, toda vez que bajo el régimen anterior tal *jus puniendi* se ejercía a través y por los jueces y Tribunales del Crimen. Este recuerdo reafirma mi convicción en orden a que en la sentencia de la Corte de Punta Arenas no parece haberse percibido cabalmente la intensidad del cambio y se mantiene la vieja convicción en el sentido que aún puede un Tribunal Superior dar órdenes en torno a como debe ejercerse el poder sancionador penal estatal.<sup>9</sup>

#### E. ¿Existe “vicio formal”?

(El requerimiento de pena del fiscal, en materia de simples delitos, **es vinculante para los jueces** en función del procedimiento a que la controversia penal deba someterse).

Entendiendo que lo que la defensa pretende es, al final, que la sanción que se imponga al acusado sea menor a la pedida por el fiscal y asignándole la condición de legítimo intento de atender los derechos que se le han confiado, puede excusarse su afán de anticipar una decisión jurisdiccional en la materia, que dejaría la cuestión casi definida, antes del juzgamiento mismo de los hechos y circunstancias, por el tribunal llamado a sentenciar: así mirada, la gestión del defensor es digna de encomio. El panorama y juicio consiguiente resultan, empero, completamente diversos para los tribunales que han dictado resoluciones aceptando el criterio: es que no se entiende cómo se ha podido, en primera y en segunda instancia, olvidar que de acuerdo a lo

---

<sup>9</sup> Estas reflexiones parecen volvernos a los años anteriores a la entrada en vigencia de la reforma, cuando algunos pensaban que ella constituía un movimiento contra el Poder Judicial o encaminado a desmedrar sus atribuciones. Afortunadamente, la mayoría del pensamiento jurídico nacional coincide en que no sólo no se restan atribuciones a los jueces, sino se les realza en la majestad de la función que les ha sido encomendada, cuando se les reconoce, pero al mismo tiempo se les exige, que cumplan el papel que históricamente les ha correspondido: declarar el derecho en resguardo de las garantías de las personas y para hacer efectivo el ordenamiento jurídico que asegura la convivencia social armoniosa.

dispuesto en el inciso 2º del art. 388 del Código Procesal Penal, citado en la decisión de la Corte, el procedimiento simplificado se aplica, no sólo para el juzgamiento de las faltas, sino para conocer y fallar los **“hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”**.

Es sabido que en el Proyecto que el Ejecutivo presentara al Congreso el procedimiento simplificado, que no obedecía a esta denominación, tenía por exclusivo propósito conocer y fallar los hechos constitutivos de faltas,<sup>10</sup> siendo aprobada la iniciativa en esa forma, en la Cámara de Diputados.

En la Comisión de Constitución Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se efectuaron las transformaciones que se señalan en el informe emitido por ese grupo de trabajo, en los siguientes términos:

“La Comisión ha ampliado la aplicación del procedimiento por faltas denominándolo procedimiento simplificado, para comprender también a los *simples delitos para los cuales el fiscal solicite una pena que no exceda de 540 días de privación de libertad*. En esta medida, será un procedimiento supletorio no sólo del juicio oral ordinario, sino que del procedimiento abreviado, respecto del conjunto de los simples delitos a los que pudieren serles aplicables ambos...”,<sup>11</sup> constancia perfectamente coherente con la que se dejara a propósito del análisis de la disposición en concreto, ocasión en la que se expuso:

“La Comisión acordó que este procedimiento, además de aplicarse a las faltas, se aplique respecto de aquellos *hechos constitutivos de simples delitos para los cuales el Ministerio Público requi-*

<sup>10</sup> Recibida por el Ministerio Público la denuncia de un hecho constitutivo de alguna de las faltas contempladas en el Libro III del Código Penal o que leyes especiales atribuyeren a la competencia de los jueces de letras, sostenía el art. 456 del Proyecto, aquél solicitará al tribunal competente la citación inmediata a juicio a menos que los antecedentes fueren insuficientes, se encontrare extinguida la responsabilidad penal del imputado o decidiere hacer aplicación de la facultad que le concede el art. 259.

<sup>11</sup> Cfr. Boletín N° 1630-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado recaído en el proyecto de ley en segundo trámite constitucional que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal (p. 8).

*riere la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, hasta 541 días.* Sin perjuicio de aplicar el procedimiento abreviado cuando concurrieren los requisitos de acuerdo a las reglas generales”.<sup>12</sup>

Establecido que la penalidad de los simples delitos es de presidio o reclusión menor (art. 21 Código Penal), lo que representa una escala que va desde 61 días a cinco años (art. 56 Código Penal), la aplicación del procedimiento simplificado –primitivamente contemplada sólo para las faltas– se extenderá a los simples delitos, siempre y cuando *el fiscal requiriere una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo*, vale decir, de 61 a 540 días.

Éste constituye, en mi opinión, el punto central: la pretensión sancionadora penal estatal se ajusta a determinados procedimientos previstos en la ley, **En función del requerimiento punitivo del fiscal...** y no de la pena que la conducta tenga asignada en la ley ni dependiendo del *nomen juris* del delito. Lo anterior importa que los jueces deberán tramitar el proceso no con sujeción a las reglas que ellos estimen procedentes, sino ajustándose a las reglas previstas en la ley, **de acuerdo a lo que el Fiscal requiriere.**

**Esta decisión o declaración del fiscal** –la pena pedida–, en cuanto constituye el elemento determinante del procedimiento a seguir, **es vinculante para los jueces...** y constituye un enfoque nuevo, no contemplado en la cultura procedimental tradicional, al tiempo que conformador de un régimen de relaciones –en lo que se refiere a la determinación de normas de procedimiento– distinto entre jueces y fiscales, que sólo se entiende cuando se percibe la dualidad aludida precedentemente en este Informe: en efecto, por regla general, el fiscal es un interviniente o litigante más en el proceso penal, pero en determinados aspectos constituye el órgano constitucional a través del cual se expresa la voluntad estatal y, en tal dimensión, por mandato constitucional, otros Poderes han de someterse a esta voluntad.

<sup>12</sup> Cfr. Boletín N° 1630-07. Ídem., p. 426.

## 1.2. CONCLUSIONES

a) Constitucional y legalmente, corresponde al Ministerio Público y a otras personas que señala la ley, entre las que no figuran los órganos jurisdiccionales, ejercer y sustentar la acción penal.

b) Ejerciendo y sustentando ante los tribunales la acción penal, con la autonomía que el ordenamiento le confiere, el Ministerio Público es libre para solicitar la pena que, en su concepto, corresponda imponer al acusado, petición esta que no vincula a los jueces para pronunciar su sentencia, salvo en el caso del procedimiento abreviado y en lo que se refiere a la pena máxima que se puede imponer.

c) La discrepancia de la defensa con la solicitud de pena deducida por el fiscal se hará valer en la contestación de la acusación; la del tribunal se expresará en el pronunciamiento de la sentencia.

d) En materia de simples delitos, es, en cambio, vinculante para el tribunal, en función de la aplicación o no del procedimiento simplificado, la petición de pena que formule el fiscal, por lo que si pide la consignada en el inciso 2º del art. 388 del Código Procesal Penal, la cuestión se conocerá y fallará por el juez de garantía, en procedimiento simplificado, y, en caso contrario, por el Tribunal de Juicio Oral, en procedimiento ordinario.

e) De la circunstancia de sustanciarse por el procedimiento ordinario una causa que pudo haberse tramitado en procedimiento especial, no se desprende perjuicio alguno en contra del imputado, quien ve, por el contrario, incrementadas sus posibilidades de defensa y queda entregado a la decisión de un tribunal colegiado, lo que disminuye la posibilidad del error humano.

f) La solicitud de imposición de pena del fiscal que no se compeza con el mérito de la causa o que no se ajuste a las expectativas de la defensa no constituye “vicio formal” de los mencionados en los arts. 261, 263 y 270 del Código Procesal Penal.

g) Comete gravísima falta y abuso judicial el juez de garantía –y los jueces superiores que lo respaldan– que, arrogándose atribuciones que constitucional y legalmente son privativas del fiscal, intenta, o en los hechos impone, que éste cambie su petición de penalidad.

## 2. ESTÁNDARES DE ACTUACIÓN DE LA DEFENSA PENAL

Entre las notables modificaciones introducidas al ordenamiento jurídico nacional por la llamada “Reforma Procesal Penal” y que, como se sabe, comprende no sólo un nuevo Código Procesal Penal, sino el enorme cambio que representa el establecimiento de un Ministerio Público con autonomía constitucional y monopolio en la dirección de las investigaciones penales, debe invocarse de modo muy preferente la promulgación de la Ley de la Defensoría Penal Pública.

Es efectivo que la Constitución Política tenía proclamado que toda persona tiene derecho a defensa jurídica, pero no lo es menos que, con la concepción decimonónica de estimar la prestación de la defensa como una manera de ejercer la caridad, se agrega que la ley procurará tal defensa a quienes carezcan de los medios para proporcionársela por sí mismos.

La profunda transformación de esta nueva estructura está representada por la idea, manifiesta, de constituir la defensa una condición de legitimidad de las sentencias penales: no se pregunta al sujeto si tiene dinero para pagar abogado, se le pregunta –simplemente– si tiene abogado.<sup>13</sup> Por decirlo de otro modo, el Estado necesita de la defensa, so riesgo de que sus fallos carezcan de la *auctoritas* tradicional y descansen, apenas, en la *potestas*.

De entre las novedades, de todo orden, que llegaron con la Ley de la Defensoría Penal Pública<sup>14</sup> destaco acá la idea del establecimiento de los llamados “estándares de defensa”, que no constituyen, sino **parámetros de conducta profesional, con arreglo a los cuales se medirá la calidad e idoneidad del trabajo profesional de quienes presten tal defensa pública**. Como se advierte, la cuestión constituye una verdadera revolución en lo que dice relación con el ejercicio de la actividad profesional de los abogados, desde que, por vez primera, se intenta ge-

---

<sup>13</sup> El art. 35 de la ley respectiva señala que son “beneficiarios de la defensa penal pública todos los imputados o acusados que carezcan de abogado...”.

<sup>14</sup> Es la Ley N° 19.718, publicada en el D.O. de 10 de marzo de 2001.



nerar un mecanismo objetivo, calificador de la calidad de tal trabajo.<sup>15</sup>

Con este fin, el art. 7º de la ley impone al Defensor Nacional “fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública...” (art. 7º letra d), lo que representa conferir un encargo sin precedente alguno en la cultura jurídica nacional.

Para entender cabalmente el sentido de la prescripción es indispensable recordar que el mecanismo extremadamente original de la ley nacional consiste en recurrir a abogados privados para que, concursando en un proceso objetivo y público de licitación, se constituyan en opciones para asumir defensas penales.<sup>16</sup> Quienes se desempeñen en estas tareas, sin embargo, “estarán sujetos al control y responsabilidad previstos en esta ley” (art. 55), estableciéndose que el desempeño de los defensores locales y de los abogados que presten defensa penal pública será controlado a través de... inspecciones, auditorías externas, informes y reclamaciones... (art. 56).

La existencia de los estándares se constituye, así, en un elemento imprescindible para llevar a cabo, con objetividad y transparencia, la tarea calificadora.

Pues bien, la primera cuestión que corresponde dilucidar, a la hora de establecer los llamados estándares de defensa, es la que dice relación con el nivel al que estos estándares están destinados a exigirse: en otras palabras, bajo la oración “entrevistar testigos”, ¿debe entenderse un exhaustivo interrogatorio?, ¿basta una simple conversación con el testigo?, ¿quizás una fórmula intermedia?

La decisión que se adopte me parece relevante, desde que la sujeción a los estándares deberá constituir la principal medida o referente de la evaluación que se practique de la actividad defensoral.

---

<sup>15</sup> Es inevitable imaginar que, a poco tiempo, la práctica de la calificación de la calidad del trabajo de los abogados, bajo el prisma de comportamiento según reglas objetivas de proceder, termine extendiéndose a otras facetas de la abogacía.

<sup>16</sup> Dispone la ley que la Defensoría Regional elaborará una nómina con los abogados licitados y “el imputado o acusado elegirá, de la nómina ... al abogado que, estando disponible, asumirá su defensa” (art. 52).

La respuesta a la interrogante importa entender que el estándar constituye una inexcusable conducta, activa u omisiva, que el defensor debe desarrollar, con interés, celo y empeño. En otros términos, determinar los estándares no es más que describir las conductas, para efectuar las cuales el sujeto debe ejercer sus capacidades con los caracteres anotados precedentemente.

Las conductas que se esperan para el ejercicio de una defensa adecuada deben tener lugar antes de la intervención judicial; a lo largo de la investigación fiscal; en la preparación del juicio oral, en el desarrollo de éste; durante la etapa presentencial; con motivo de la sentencia y en relación al cumplimiento de la pena que se imponga,<sup>17</sup> lo que obliga a determinar que el mandato o encargo profesional concluye con la ejecución del fallo condenatorio.

Estos comportamientos, como se anticipara, son inexcusables, variando la intensidad de su desarrollo en función de las circunstancias de cada caso y están determinados por la responsabilidad que la Ley N° 19.718 impone a la Defensoría Penal Pública.

## 2.1. ANTES DE LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

1) El defensor debe procurar entrevistarse privadamente con el detenido antes que éste sea conducido a la presencia judicial<sup>18</sup> y deberá exigir que no se le impongan más restricciones para la entrevista privada que las necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto.

---

<sup>17</sup> Un tema que debe ser materia de la política que la Defensoría Penal Pública adopte es el de la atención al sujeto durante el período de cumplimiento de la sentencia, lapso durante el cual, como se sabe, compete al juez de garantía asumir el rol de juez de ejecución penal.

<sup>18</sup> También este punto debe ser objeto de la preferente atención de la Defensoría Penal Pública: el coordinar con el Ministerio Público y/o las policías, la más pronta información de la circunstancia de la detención, en función de la decisión del fiscal adoptada conforme al inc. 2° del art. 131 del Código Procesal Penal. Las dificultades prácticas observadas conducen a pensar en la urgente necesidad de introducir una reforma al inc. 2° del art. 131 del C. Procesal Penal, para imponer a la policía el deber de comunicar, simultáneamente, al Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública, la circunstancia de la detención.

2) La entrevista apuntará a obtener del detenido:

a) Su identificación completa y la información de sus restantes circunstancias personales, como edad, estado civil o situación familiar, nivel educacional; trabajos actuales y anteriores; entorno social, vecinal o comunal que dé cuenta de su arraigo familiar o social; antecedentes penales y restantes circunstancias que pudieren demostrar que su libertad constituye (o no) un peligro para la seguridad de la sociedad o de la víctima; indicación de las personas que pudieren constituirse en fiadores o depositar el monto de la caución, según corresponda.

b) Descripción del hecho imputado, con indicación de todas sus circunstancias conexas, incluyendo aquellas objetivas o subjetivas que pudieren modificar la eventual responsabilidad penal.

c) Individualización de los testigos del hecho y de aquellos que pudieren acreditar circunstancias importantes para obtener la libertad provisional.

d) Indicación de otros medios de prueba o evidencia material que el sujeto tenga en su poder o cuya existencia conozca.

e) Información de las circunstancias de la detención, incluyendo lugar y hora en que se practicó; el agente que la llevó a cabo; demora en ser conducido al recinto de detención; cumplimiento del deber de información de derechos y trato dispensado al sujeto.

3) En la entrevista el defensor expondrá al sujeto breve, pero claramente, su opinión en torno a las responsabilidades que de los hechos se derivan en su contra; las razonables posibilidades que, dadas las circunstancias de los sucesos, las características personales del detenido y los precedentes jurisprudenciales generales y especiales del juez que conocerá del asunto, existen de obtener la libertad y el probable curso posterior de los hechos.

4) Comunicará al detenido, sucintamente, los derechos que la ley le otorga y, hasta donde sea posible, analizará la conveniencia que, dadas las circunstancias particulares del caso, existe de que preste declaraciones o invoque su derecho a guardar silencio. Deberá, además, explicarle el régimen de funcionamiento del sistema de la Defensoría Penal Pública nacional y el derecho que le asiste de contratar abogado particular.

5) El defensor debe dejar constancia de esta entrevista, en borrador que más tarde deberá formar parte de la carpeta del caso.<sup>19</sup>

6) Solicitará del Ministerio Público, a su costa, copia de los antecedentes que existan en su poder.

## 2.2. DURANTE LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

1) El defensor tiene el deber de asistir a la audiencia de control de la detención, como a todas las audiencias a que el procedimiento dé lugar. Se constituirá en el tribunal con la debida anticipación y procurará que la actuación tenga lugar puntualmente y sin indebidas dilaciones.

2) El defensor deberá abogar por la libertad del sujeto haciendo presente al juez las razones que hacen improcedente la detención y/o las irregularidades cometidas con motivo de la detención; formalizada la investigación, solicitará la imposición de una medida cautelar personal de menor entidad que la prisión, según lo autoricen las circunstancias del caso.

3) Deberá oponerse, si es procedente, a la ampliación del plazo de la detención que el fiscal solicite para formalizar la investigación, requiriendo que se otorgue la libertad al detenido hasta que se verifique la formalización de la investigación.

4) Si el mayor plazo se concede, solicitará al juez que, atendidas las circunstancias del caso, permita que el sujeto permanezca detenido en su casa, conforme al art. 19 N° 7 letra d) de la Constitución Política de la República, y art. 155 letra a) del C. Procesal Penal.

5) Si hay formalización de la investigación, deberá exponer lo que estime conveniente para la defensa de los derechos del imputado y deberá solicitar al juez de garantía que para cautelar los derechos del detenido fije al fiscal el más breve plazo, que

---

<sup>19</sup> Este es un tema de dirección administrativa: la necesidad de evitar burocratizar la actividad no puede obstar a imponer prácticas de adecuada gestión. Francamente no es posible concebir una adecuada atención profesional sin un registro personal –manuscrito, mecanografiado, mantenido en soporte computacional o de cualquier otra forma– que permita al defensor, que por mucho tiempo en Chile conducirá muchísimos casos, un control adecuado de los mismos y que facilitará la evaluación de su desempeño.

las circunstancias del caso autoricen, para el cierre de la investigación.

6) Formalizada la investigación, el defensor deberá estudiar si ella resulta arbitraria, atendidas las circunstancias conocidas, para reclamar ante la autoridad del Ministerio Público en caso de concluir afirmativamente.

7) Resolverá, además, si es procedente deducir recursos judiciales en contra de la detención misma y/o de la resolución del juez, que otorga la ampliación del plazo para formalizar peticiones por el fiscal.

8) Si formalizada la investigación se pide la prisión preventiva, el defensor invocará las razones que, a su juicio y conforme a la Constitución y a las leyes, la hacen improcedente y pedirá al juez de garantía que no la otorgue, o en subsidio que disponga una medida cautelar personal de menor intensidad.

9) Decretada la medida cautelar personal, el defensor hará presente al imputado la posibilidad de deducir recursos en contra de la resolución y las razones que, en su concepto, autorizan o hacen inconveniente la interposición de los mismos. Prevalcerá en esta materia la opinión del imputado, pero el defensor dejará constancia en la carpeta del asunto las razones que hubiere tenido para no deducir los recursos.

10) El defensor reiterará la petición de que el fiscal le proporcione copia de los antecedentes que existieren en su poder, si no los hubiere recibido, o los solicitará, en la presencia judicial, por primera vez.

11) El defensor exigirá copia de lo obrado en la audiencia y guardará con ella una breve síntesis de las razones que tuvo para no reclamar de la formalización ni deducir recursos judiciales, si tales fueren sus decisiones.

### 2.3. CONCLUIDA LA AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN

1) Si el imputado permaneciere privado de libertad, el defensor deberá intentar reunir los antecedentes que demuestren que no concurren los requisitos para que la medida subsista y solicitará se la deje sin efecto, deduciendo los recursos judiciales que estime necesarios en contra de la resolución negativa. Dejará

constancia en la carpeta respectiva de las razones que tuviere para no interponer tales recursos en contra de la resolución desestimatoria de su petición.

2) Sin perjuicio de otras actividades que la dinámica procedimental le exija y de aquellas que convengan a los intereses de la defensa, el defensor no cejará en sus requerimientos para obtener la libertad del imputado. Este afán no deberá suspenderse hasta el logro del fin que se persigue, pero se intentará seria y responsablemente.

3) **El defensor tiene el deber de investigar por su cuenta los hechos imputados,**<sup>20</sup> para cuyo efecto se entrevistará con los testigos que el imputado le haya señalado; con aquellos que la policía y/o el Ministerio Público hayan identificado y con los que se ubiquen a través de estas entrevistas; procurará conversar con peritos que hayan intervenido en la investigación y con los propios agentes policiales que hayan tomado parte en ella.<sup>21</sup>

4) Si remite citación a los testigos, deberá indicar que la concurrencia a la entrevista es estrictamente voluntaria para el citado. Si no hay tal citación, indicará al testigo que es perfectamente libre para no someterse a la entrevista que se le pide.

5) Las entrevistas a los testigos se efectuarán siempre en presencia de una tercera persona y se consultará al entrevistado si desea o si autoriza para que la entrevista se grabe; el defensor dejará constancia de los principales aspectos de la entrevista y consultará al testigo si desea firmarla, si constare en soporte que permita la firma, advirtiéndole que no está obligado a hacerlo.

6) Deberá además instar por la práctica de exámenes psiquiátricos o psicológicos, si le parece que las circunstancias y el comportamiento del imputado lo justifican, explicándole las ventajas de estos exámenes. La negativa del imputado no será ra-

---

<sup>20</sup> Este inexcusable deber de responsabilidad profesional no importará atentar –como imagino todos entendemos– contra la norma constitucional que confiere al M. Público la dirección de la investigación de los delitos penales en el país: se trata, en cambio, entiende, de una tarea indispensable para cumplir con la adecuada asistencia profesional al defendido.

<sup>21</sup> Sin dudas que hay una política institucional que la Defensoría Penal deberá desarrollar a este respecto, exigiendo de las policías y del M. Público la exhibición de antecedentes y el otorgamiento de las facilidades necesarias para que los defensores cumplan su rol.

zón para que el defensor no requiera la práctica de los referidos exámenes.

7) El defensor deberá preparar una estrategia de defensa, determinando, conforme a los antecedentes reunidos y a la información suministrada, su propia teoría del caso con arreglo a la cual conducirá la defensa.

8) Durante el período de privación de libertad, el defensor tiene el deber de establecer una rutina de comunicación permanente con el imputado y debe explicar a éste expeditas formas de comunicarse con él para casos de emergencia en que el imputado lo necesitare.

9) Recuperada la libertad por el imputado, éste debe ser regularmente informado por el defensor del desarrollo de la investigación.

#### 2.4. FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN CASOS DIVERSOS A LA FLAGRANCIA

1) El defensor debe concurrir oportunamente a la audiencia respectiva en los términos previstos supra II) N° 1.

2) En lo restante se observará lo señalado en los numerales 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9 del apartado II) precedente.

3) Al concurrir a la audiencia, el defensor deberá llevar preparada su contestación, para el caso que el fiscal solicite que la causa pase directamente a juicio oral, incluyendo las pruebas que deba rendir y que justifiquen que la audiencia se suspenda y se le otorgue el plazo de hasta treinta días que la ley contempla.

4) Si el fiscal solicita otras medidas cautelares, el defensor deberá determinar si concurren las condiciones que las hacen procedentes y previa consulta al imputado, pedirá se las deje sin efecto, o pedirá se las deje temporalmente sin efecto, con arreglo a la ley.

#### 2.5. DE LA INVESTIGACIÓN

1) El defensor solicitará y conservará copias de los registros de las actuaciones policiales y de los fiscales e instará, cuando co-

rresponda, porque se abrevie o se levante el secreto de actuaciones que hubiere dispuesto el fiscal.

2) Explicará al imputado el derecho que tiene de guardar silencio como de prestar declaración ante el juez de garantía o ante el fiscal y le acompañará para la práctica de alguna de estas actuaciones.

3) En cualquier etapa de la investigación en que el defensor advierta que el imputado no está en condiciones de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce, solicitará al juez de garantía que adopte, de oficio, las medidas que resulten procedentes o sugerirá las que estime pertinentes, instando por el sobreseimiento si ellas no dieren el resultado esperado.

4) Deberá proponer al fiscal la práctica de las diligencias que estime necesarias para el esclarecimiento de los hechos y la determinación de la responsabilidad del imputado, reclamando, ante la autoridad del Ministerio Público, las veces que sea necesario, por la negativa del fiscal en llevarlas a cabo.

## 2.6. SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO

1) Antes de proponer al fiscal debatir sobre la suspensión del procedimiento, el defensor deberá formarse un fundada opinión sobre los hechos que se atribuyen al imputado; acerca de la participación de éste en ellos y de la responsabilidad penal que le puede asistir y del probable desenlace judicial del procedimiento.

2) Luego deberá consultar la cuestión con el imputado, informándole de sus propias conclusiones; de las posibilidades que se vislumbran; y de las consecuencias que tendría la celebración de un acuerdo de suspensión, como de las características de estos acuerdos y las condiciones más comúnmente impuestas por el juez o tribunal de que se trate o las que él estime se impondrán probablemente en el caso concreto. Deberá, además, discutir con el imputado las condiciones que resulten difícil o imposible cumplir y determinará aquellas que resultarían más aceptables para éste.

3) La decisión última de instar por la celebración o no de un acuerdo deberá ser adoptada, informadamente, por el im-



putado: si hubiere discrepancia de opiniones entre defensor e imputado, aquél dejará constancia en la carpeta de su opinión, pero acatará la decisión del imputado.

4) Si es procedente la celebración de un acuerdo de suspensión y el imputado respalda la idea, el defensor debe proponer al fiscal la celebración o, si recibe de éste la proposición, la consultará con el imputado, observando lo señalado en el numeral 2 que antecede.

5) Si el juez negara lugar a la suspensión propuesta, el defensor deberá siempre apelar.

6) El defensor deberá concurrir a toda audiencia a que se convoque con motivo de la proposición de un acuerdo de suspensión o a las que se citen durante el período de la suspensión.

7) Llevará el defensor un registro actualizado de las personas que bajo su patrocinio han celebrado acuerdos de suspensión; de la fecha de comienzo y término del período; del domicilio y/o lugar de trabajo actuales, y/o números telefónicos; direcciones electrónicas u otras señas que permitan su pronta ubicación.

8) Determinará, además, de consuno con el imputado, un régimen periódico de comunicación, durante el período de la suspensión.

## 2.7. CELEBRACIÓN DE ACUERDOS REPARATORIOS

1) Siendo procedente la celebración de un acuerdo reparatorio, el defensor informará al imputado de la naturaleza, requisitos y consecuencias de estos acuerdos y le entregará su propia opinión en torno a la conveniencia o inconveniencia de celebrarlo en el caso de que se trate.

2) La decisión de concurrir a celebrar un acuerdo reparatorio será siempre del imputado y el defensor deberá dejar constancia escrita, en la carpeta del caso, de su opinión discrepante y de los motivos en que la fundare.

3) Adoptada la decisión de celebrar el acuerdo, corresponderá al defensor velar porque sus términos no resulten abusivos para la víctima en atención a sus condiciones personales y a las circunstancias del caso.

## 2.8. DE LA NULIDAD PROCESAL

El defensor debe impetrar incidente de nulidad procesal, oportunamente, cada vez que, en su concepto, se hayan verificado actuaciones judiciales defectuosas y las mismas importaren perjuicio para el imputado reparable sólo con la invalidación de la actuación. En consecuencia, en caso alguno pedirá la declaración de nulidad si no le asiste la íntima convicción que se ha ocasionado un perjuicio procesal al imputado que sólo puede repararse por esta vía.

## 2.9. DEL CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN

1) Si no habiéndose fijado plazo judicial para el cierre de la investigación, ésta transcurriere sin actividad relevante y sin que el fiscal se ocupare de agilizarla, el defensor requerirá del juez de garantía la convocatoria a una audiencia para discutir la fijación de un plazo para el cierre de dicha investigación.

2) Si vencido el plazo legal o judicial otorgado para el cierre de la investigación, el fiscal no procediere a cerrarla, el defensor solicitará al juez de garantía que lo aperciba para tal cierre e instará por la dictación del sobreseimiento definitivo si el fiscal no obedeciere el mandato judicial.

3) Si cerrada la investigación no se dedujere oportunamente acusación por el fiscal, el defensor solicitará la citación a la audiencia correspondiente para que en ella se sobresea definitivamente la causa.

4) Convocado a la audiencia prevista en el art. 249, el defensor requerirá al juez que ordene al fiscal practicar las diligencias de investigación que hubiere solicitado oportunamente y que éste hubiere rechazado.

5) Preparará, desde luego, la nómina con la prueba testimonial y pericial, que por la concurrencia de las condiciones señaladas en el art. 191 del Código Procesal Penal, deberá solicitar se reciba, en la audiencia de preparación del juicio oral, como prueba anticipada.

## 2.10. DE LA PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

1) A lo largo de la investigación el defensor deberá haber ido reuniendo los antecedentes que abonen su teoría del caso, de forma que al ser notificado de la acusación tenga ya estructurados, en términos generales, el proyecto de defensa que presentará y la prueba que producirá.

2) En la contestación no invocará defectos formales de la acusación ni interpondrá excepciones de previo y especial pronunciamiento, sino cuando las circunstancias que se denuncien, a través de los citados errores o excepciones, importen un perjuicio procesal real para el imputado y de acogerse sus peticiones en tales sentidos se subsanen efectivamente tales perjuicios.

3) En consecuencia, no podrán señalarse defectos o deducirse excepciones de previo y especial pronunciamiento como vía para dilatar el procedimiento.

4) El defensor contestará siempre por escrito la acusación<sup>22</sup> y en ella, junto con exponer su propia teoría del caso y razonamientos en los que la funde, deberá consignar, en cuanto sea posible, jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la cuestión en debate y opiniones doctrinales nacionales y/o extranjeras que apoyen sus interpretaciones y conclusiones; incluirá además, conforme a la ley, los medios de prueba de que intente valerse, tomando los resguardos de número aconsejables para el evento que algunos de ellos no puedan rendirse en el juicio oral. Adjuntará los comprobantes que acrediten la idoneidad de los peritos cuyo informe pide se rinda en el juicio. Acompañará, adicionalmente, la nómina correspondiente con la prueba testimonial y pericial que pide se tome anticipadamente de acuerdo a lo establecido en los arts. 191 y 280 del Código Procesal Penal.

5) Hasta donde le resulte posible, el defensor pedirá siempre el asentimiento previo de los testigos que incorpore en su lista<sup>23</sup> y, en

---

<sup>22</sup> Esta regla supone limitar la libertad del abogado defensor para diseñar una estrategia en la que estimara más favorable para los intereses de su defendido no contestar por escrito la acusación, comportamiento que la fórmula verbal "podrá" del art. 263 del Código Procesal Penal autoriza.

<sup>23</sup> Lo anterior no impide la presentación de testigos hostiles, calidad que no obsta a que el testigo sea oportunamente abordado por la defensa; informado de lo que se le preguntará y comunicado de la decisión de presentarlo al juicio.

todo caso, habrá contratado al o a los peritos cuyo informe rendirá y sobre cuyo contenido tendrá ya adecuado conocimiento.

6) El defensor debe preparar con antelación una breve minuta con su intervención en la audiencia de preparación del juicio oral.

7) Al prepararse para la audiencia deberá considerar la posibilidad de rendir prueba encaminada a acreditar los hechos sobre los que se fundan las excepciones deducidas.

8) En la preparación se incluye la argumentación encaminada a obtener que se desestimen, con arreglo a la ley, las pruebas ofrecidas por el fiscal y/o el querellante y para rechazar las peticiones sobre exclusión de su propia prueba propuesta.

9) Antes de la celebración de la audiencia deberá haber discutido con el imputado las posibilidades de celebrar una transacción en relación a las cuestiones civiles comprometidas, en términos de estar en condiciones de debatir fundadamente la materia.

10) El defensor no concurrirá a celebrar convenciones probatorias, sino respecto de hechos o circunstancia que:

- a) el imputado haya aceptado desde los inicios,
- b) exista prueba inequívoca de su acaecimiento y
- c) el defensor esté efectivamente convencido de haber ocurrido.

11) Podrá además concurrir a una convención probatoria, en relación a hechos cuya notoriedad y publicidad excusen efectivamente de prueba.

12) Si el defensor tiene dudas en torno a la concurrencia de las condiciones bajo las cuales puede aceptar la convención probatoria que se le propone, deberá siempre rechazarla.

13) Solicitará al juez que ordene se concedan al perito propuesto las facilidades necesarias para acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere su pericia.

14) Si por motivos que no le fueren imputables no hubiere podido presentar pruebas, el defensor solicitará al juez que suspenda la audiencia por el lapso legal para proponerlas.

15) Cuando el procedimiento abreviado sea legalmente procedente, el defensor habrá analizado la situación con el imputado antes de la celebración de la audiencia de preparación del juicio oral, como se explica más adelante.

## 2.11. DEL JUICIO ORAL

1) Tan pronto tome conocimiento de la sala que conocerá del juicio oral, el defensor deberá determinar si respecto de los jueces concurre alguna razón de inhabilidad y, en caso afirmativo, la hará valer oportunamente.

2) Adicionalmente convocará al imputado para analizar con él la forma en que se conducirán en el juicio, incluyendo la decisión de si el imputado prestará o no declaración en él y le informará de su deber de asistir a las audiencias y de permanecer ininterrumpidamente en ellas; en cuanto resultare posible o conveniente, sugerirá al imputado la vestimenta que deberá utilizar o aquella que no deberá vestir en la oportunidad.

3) Recabará del imputado, según la naturaleza del delito, la información en torno a si desea que para proteger su intimidad u honor se requiera la exclusión de público en la audiencia o la prohibición de suministro de informaciones por los intervinientes y le informará de las posibilidades que estima existen de obtenerlas.

4) El defensor determinará cuidadosamente y conforme a su estrategia y de cara a la mejor presentación de su teoría del caso, el orden en que producirá su prueba en el juicio oral.

5) Sin perjuicio de la actividad del tribunal, citará o comunicará a sus testigos y peritos la fecha de realización del juicio oral, y les convocará a una o más reuniones de trabajo previas, para preparar sus respectivas intervenciones en él.

6) Analizará detalladamente la prueba propuesta por los restantes intervinientes, para evitar sorpresas probatorias.

7) Estudiará e investigará, si procede, las vinculaciones que pudieren existir entre los testigos y peritos y quien los presenta y que afectaren la imparcialidad del declarante, como las circunstancias personales de los peritos para establecer su idoneidad.

8) Estudiará las declaraciones o informes que testigos y peritos presentados por la acusación hubieren ya acompañado al juicio, para preparar el respectivo interrogatorio, evitando, en todo caso, las improvisaciones.

9) Preparará cuidadosamente su intervención oral de apertura y de clausura en el juicio oral.

10) En el juicio, si fuere posible, se hará acompañar por alguna persona que tome las notas que él indique.

11) Habrá convenido anticipadamente con el imputado las circunstancias bajo las cuales éste hará uso de la palabra al clausurarse el debate y habrá fijado los términos de la exposición.

## 2.12. RECURSOS

1) El defensor velará por que su mandato contenga la explícita facultad de renunciar a los recursos o desistirse de los deducidos.

2) La decisión de recurrir en contra de resoluciones relevantes del procedimiento debe ser finalmente adoptada por el imputado previa información del defensor de las consecuencias de interponer o no los recursos; del tiempo que demanda su decisión; del efecto en el procedimiento en marcha y de las posibilidades que existen de que los mismos sean acogidos.

3) Cuando la decisión se adopte contra la opinión del defensor, éste dejará, en la carpeta del caso, constancia de sus fundamentos.

4) Concedido un recurso interpuesto por el defensor, deberá éste asumir la carga de obtener su más pronta decisión, lo que importa realizar todos los trámites y actuaciones necesarios para la celeridad de la tramitación y abstenerse, correlativamente, de comportamientos, individuales o conjuntos, que retarden el conocimiento y fallo de la causa.

5) No obstante que la intervención del defensor en los recursos es oral, éste debe preparar siempre una minuta escrita que dejará a disposición del tribunal, finalizada su intervención.

### *Procedimiento abreviado*

1) Si es legalmente procedente el procedimiento abreviado, en vísperas del cierre de la investigación, el defensor deberá explicar al imputado en qué consiste el procedimiento abreviado, cuáles son los derechos a cuyo ejercicio renuncia, las ventajas que le reportaría el acceder a tal procedimiento, los trámites que él contempla y le consultará sobre su eventual aceptación a una

propuesta del fiscal en este sentido, entregándole siempre su opinión sobre la materia.

2) El defensor se abstendrá de ejercer todo tipo de presión sobre el imputado y cuidará que tal efecto no se produzca ni aun involuntariamente.

3) La decisión última sobre la materia será del imputado, pero el defensor dejará constancia, en la carpeta del caso, de su opinión discrepante, si la hubiere.

4) Es perfectamente posible para el defensor anticiparse en proponer al fiscal el procedimiento abreviado, una vez adoptada la decisión por el imputado.

### *En la ejecución del fallo*

1) El defensor debe estar a disposición del condenado para hacer valer los derechos que le asisten durante el cumplimiento de la condena, especialmente si se trata de pena privativa de libertad.

2) Con este fin, le proporcionará dirección y teléfonos actuales y horarios de contacto.

### 3. ¿TIENE EL MINISTERIO PÚBLICO DERECHO A UN DEBIDO PROCESO?

(El recurso de nulidad del fiscal basado en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal)

#### 3.1. INTRODUCCIÓN

La principal vía impugnadora de las sentencias dictadas por los tribunales de juicio oral en lo penal en nuestro país la constituye el recurso de nulidad, que, como es conocido, introdujera al ordenamiento la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República, refundiendo las disposiciones que en base al Proyecto del Ejecutivo había aprobado la misma Comisión de la Cámara de Diputados y que comprendía un recurso extraordinario y un recurso de casación.

De la regulación de este recurso es posible destacar la determinación de competencias para conocer del mismo, en función de las causales invocadas, y este mecanismo determina que competirá a la Corte Suprema conocer de los recursos de nulidad que se funden en la causal prevista en la letra a) del art. 373, esto es, *“cuando en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia se hubieren infringido substancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución...”*.

Se ha planteado debate en torno a la posibilidad que asistiría al Ministerio Público para invocar, a favor de su pretensión anuladora, la causal referida en función del desconocimiento de la garantía consagrada en el art. 19 N° 3 de la Carta Política, esto es, aquella que asegura que la sentencia de un órgano que ejerce jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y que supone la observancia de un procedimiento justo y racional establecido siempre por el legislador.

#### 3.2. EL RÉGIMEN PROCEDIMENTAL DEL PROCESO PENAL CHILENO (Del sistema acusatorio al sistema adversarial)

Probablemente la mayoría de los actuales operadores jurídicos nacionales, llamados a caracterizar, con la mayor concisión, el nuevo sistema procesal penal chileno, convendrían en calificar-



lo de “acusatorio”. De este modo, se establece la implícita distancia con el anterior, comúnmente denominado inquisitivo, o inquisitorio, o, todavía, entre quienes manejan con mayor propiedad estos conceptos, simplemente “mixto”.

Con acierto, se ha recordado que las notas que diferencian a un régimen procesal acusatorio de otro inquisitivo son las que determinan la clara separación de roles o funciones de los órganos intervinientes en el proceso penal: así, en tanto en un ámbito acusatorio las funciones de acusar, defender y juzgar se confían a sujetos diversos, en otro, inquisitivo, están reunidas, y de estas diversas asignaciones emanan, entre otros, mecanismos de impulso y de prueba diferentes.

Es sólo en el proceso acusatorio en el que aparece, en toda su intensidad, el *actum trium personarum* de que habló Búlgaro, al paso que, en palabras de Alcalá Zamora, el proceso inquisitivo no constituye un verdadero proceso, sino una suerte de forma autodefensiva de administración de la justicia, estimándose que bajo un sistema inquisitivo podrá haber investigación policial, incluso dirigida por alguien llamado “juez”, pero nunca un verdadero proceso. Son tantos los brocados clásicos que ponen de relieve esta necesidad de la separación de los roles, resumidos en el conocido *nemo iudex sine actore*, que sorprende que, aunque entre nosotros nadie los haya jamás discutido, tal pacífica aceptación no haya generado mucho tiempo antes un movimiento de reacción ante la arcaica estructura del ordenamiento procesal penal que nos acompañó durante todo el siglo XX.<sup>24</sup>

Por mi parte, apunto que la nota saliente de esta estructura inquisitiva radica principalmente en la capacidad de impulso reconocida al juez, actividad que se extiende no sólo a determinar cuándo comenzar o concluir la actividad investigadora, sino principalmente a la selección del caudal probatorio que se ha de reunir, a lo largo de la investigación, de cara a fundar la sentencia posterior, que entonces aparecerá basada, primordialmente, en tal comportamiento investigador antes que en otro de carácter contradictorio.

---

<sup>24</sup> Cfr. Ada Pellegrini Grinover, *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatorio*.

En el derecho continental europeo predomina, sin excepciones, el denominado sistema acusatorio, al paso que en los Estados Unidos de América, principal referente hoy del derecho anglosajón, campea una modalidad del mismo globalmente integrante de esta categoría acusatoria por compartir elementos esenciales comunes, como la asignación de los diversos roles a personajes u órganos diferentes, pero que exhibe ciertas acusadas características de procesos históricos, vale decir, de aquellos enmarcados por la actitud no sólo neutral, sino claramente pasiva del órgano decisorio: llamamos a esta modalidad acusatoria, simplemente, adversarial.

¿Qué es, concretamente, un sistema adversarial? Se trata de un régimen en que predomina un muy categórico estatuto de actividad de los partícipes y bajo el cual la división de las responsabilidades resulta muy vigorosamente recogida, reservándose al juez o tribunal o, más genéricamente, a quien toma la decisión (modalidad que permite incluir a los jurados) la exclusiva tarea de resolver la controversia penal, a la vista de los materiales aportados por los contendientes. Estos serán el fiscal o acusador y el defensor o acusado, mas, también en general, no la víctima.

Queda en manos de estos contendientes –sin ninguna actividad del que emite el fallo– determinar el material probatorio que servirá de base a la sentencia; son ellos los que presentan los hechos, proponen sus calificaciones jurídicas; resuelven qué pruebas presentar, qué aspectos de los sucesos enfatizar, etc., modalidad íntegramente observada en un sistema adversarial “puro” y matizada, modernamente, en cuanto al juez se le confieren atribuciones para paliar excesos en que pudieren incurrir los contendientes en el debate; y en cuanto que a éstos se les imponen determinados límites o exigencias, como el deber de informar, anticipadamente, sobre sus pruebas a la contraria (*discovery*).

En un sistema adversarial, se enseña, el órgano decisorio queda limitado a tomar sus decisiones a la luz de los materiales presentados por las partes adversarias. Y opera, en general, como un silencioso árbitro resolviendo el caso según se le presente y dejando a las partes determinar el campo de batalla. Este modelo adversarial entrega a las partes la responsabilidad de inves-

tigar los hechos, interrogar a los posibles testigos, consultar a los posibles expertos, y determinar lo que será o no será planteado ante el tribunal. Se espera que cada parte presente los hechos e interprete el derecho bajo la luz más favorable para su posición y que, por el contrario, contraargumentando y efectuando contrainterrogatorios cruzados y directos, contrarreste las presentaciones efectuadas por la parte contraria. El tribunal adjudicará, imparcialmente, la razón al vencedor de estas posturas contrapuestas.

Modernamente, se identifica un sistema adversarial “modificado” o “regulado”, en oposición al sistema adversarial “puro”. Ya no se ensalza a un juez o tribunal totalmente silencioso o inactivo; se persigue prohibir los excesos de las partes; y se persigue imponer, en algunos aspectos a cada parte, el deber de asistir a la otra en recoger información.<sup>25</sup>

En los Estados Unidos de América, incluso bajo estas modalidades recientes, el proceso penal se conserva lo suficientemente adversarial en sus características generales como para diferenciarse marcadamente de los llamados sistemas inquisitivos o “no adversariales” del derecho continental europeo.<sup>26</sup>

Desde una perspectiva jurídico-política, se ha criticado al sistema adversarial por la vía de resaltar las bondades del sistema acusatorio con impulso oficial, especialmente en lo referente a la iniciativa probatoria, del juez, destacándose que ante la omisión de las partes, corresponde al juez decretar la práctica de la producción de otras pruebas que las propuestas por las partes.

La generalidad de los modernos Códigos del derecho europeo continental –particularmente aquellos que sirvieron de referente al Código Procesal Penal chileno– militan en esta línea acusatoria con impulso e iniciativa probatoria judicial, porque

<sup>25</sup> “...the adversarial system is one in which two contending parties usually represented by attorneys, focus on legal issues and investigate the facts in order to make partisan presentation of the facts and the law to a neutral and passive arbiter... the system is a regulated storytelling contest between champions of competing interpretative stories”. Cfr. *Understanding Criminal Procedure*, Joshua Dressler. Legal Text Series, Matthew Bender, reprint, 1995, N. York, p. 22.

<sup>26</sup> Cfr. *Criminal Procedure*, Third edition, Wayne R. La Fave, Jerold Israel and Nancy King, Hornbook series, St. Paul Minn, 2000, p. 32.

como se ha sostenido, “...el modelo acusatorio de proceso penal no interfiere con los poderes instructorios del juez. Sus características fundamentales son bien diversas. La separación nítida de las funciones de acusar, defender y juzgar no demandan un juez inerte y pasivo...”.<sup>27</sup>

Así, el Código de Portugal permite decretar peritajes (art. 154) y la agregación de documentos (art. 164) **oficiosamente por el tribunal**; y el art. 340 (“Princípios gerais”) señala que “...*El tribunal ordena oficiosamente o a requerimiento la producción de todos los medios de prueba cuyo conocimiento se le figure necesario para el establecimiento de la verdad y para la buena decisión de la causa*”.

La Ordenanza Procesal Penal alemana preceptúa que “...*el tribunal tiene la posibilidad de producir, de oficio, las pruebas que estime pertinentes...*”.<sup>28</sup>

El Codice di Procedura Penale de Italia (190.2) dispone que “...*La ley establece los casos en que la prueba se decreta de oficio...*”,<sup>29</sup> e incluso el Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, guía permanente de nuestra legislación, preceptúa (art. 289) que...

“...*El tribunal ordenará de oficio la recepción de la prueba pertinente y útil que considere conveniente siempre que la fuente resida en las actuaciones ya practicadas.*”

Y agrega que “...*Los tribunales podrán ordenar aun de oficio, la recepción de nuevos medios de prueba si en el curso del debate resultaren indispensables o manifiestamente útiles para esclarecer la verdad...*”.

Sorprendentemente, en estos terrenos el Código chileno abandonó los carriles europeístas por los que transitaba y se enderezó por los senderos del derecho anglosajón, como sabe todo el que haya revisado con atención normal sus disposiciones: desde luego, el punto clave es el de la completa falta de iniciativa probatoria judicial, que abarca desde la actividad instructora hasta el derecho de los recursos, pasando, naturalmente, por el desempeño del Tribunal de Juicio Oral en lo penal. Puesto que la actividad probatoria de la investigación no tiene otro propósito

<sup>27</sup> Ada Pellegrini G., *A Iniciativa Instrutória do juiz...*, cit., p. 6.

<sup>28</sup> Vid. arts. 165, 166, 167, 202, 219, 221, 244, 246.

<sup>29</sup> Vid. arts. 195, 196, 210, 238, 238 bis, 507, 508, 511 bis, 603.

que el de formar la convicción acusadora del fiscal, esto es, darle los elementos de persuasión suficientes para que determine si es o no procedente acusar, no sorprende que el predicado se formule respecto del juez de garantía, no llamado a juzgar el fondo del negocio y, en consecuencia, ajeno al debate probatorio final, como no sea a través de la prueba anticipada, regulada en los arts. 191 y 280.

En el sistema adversarial chileno se enfrentan ante el Tribunal de Juicio Oral en lo penal, por regla general, dos contendores, conducidos por un régimen procesal que enfatiza la idea de la igualdad de derechos a la espera de la decisión. “Considerando en particular la posición del Ministerio Público, escribe Petrone, se constata (de) su papel como sujeto distinto del juez, es decir, como parte colocada en una situación de igualdad con el inculcado...”.<sup>30</sup>

En el juicio oral, la cuestión es –si se pudiera– más indiscutida aún: toda la proposición probatoria viene agotada en los escritos fundamentales, presentados antes de la audiencia o, excepcionalmente, por las presentaciones del acusado en la misma audiencia. En el juicio mismo, salvo esa singular posibilidad conferida para que se constituya en el lugar en que los hechos acaecieron, que consagra el art. 337 del Código Procesal Penal, NO existe iniciativa probatoria alguna, establecido que las posibilidades del art. 336 se limitan a solicitudes de los intervinientes que el juez resuelve acceder o no.

Por último, en el ámbito del derecho de los recursos, es notorio el régimen de igualdad consagrado, al punto que se confiere al fiscal el mismo derecho de alzarse que al defensor, lo que vulnera la idea de que este derecho es privativo del acusado.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Cfr. Marino Petrone, “El Principio Acusatorio”, en *Justicia y Sociedad*, p. 512, UNAM, México, 1994.

<sup>31</sup> Como todos sabemos, los pactos internacionales confieren, en materia penal, exclusivamente al condenado el derecho a obtener que la sentencia condenatoria y la pena impuesta, sean revisadas por un tribunal superior (art. 14 N° 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“toda **persona declarada culpable** de un delito tiene derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior...”)) y 8.2. letra h) de la Convención Americana de Derechos Humanos).

Recapitulo, para afirmar que el sistema chileno constituye una modalidad extrema de régimen acusatorio, que se ha dado en llamar el **sistema adversarial**, modelo obtenido como consecuencia del vistoso apartarse de sus referentes fundamentales.

### 3.3. ACERCA DE UN PROCESO DEBIDO

Suele afirmarse que los orígenes de la expresión “debido proceso de ley” (*due process of law*) se encuentran en el numeral 39 de la Carta Magna que Juan Sin Tierra entregara a los barones ingleses, ocasión en la que se afirmaba que “*ningún hombre libre será arrestado o detenido en prisión o desposeído de sus bienes, proscrito o desterrado, o molestado de alguna manera y no dispondremos sobre él ni lo pondremos en prisión, sino por el juicio legal de sus pares o por la ley del país...*”.<sup>32</sup>

La regla reaparecerá con gran fuerza en la 14<sup>a</sup> Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, introducida en 1886 y conforme a la cual “*...ningún Estado privará a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso de ley*”,<sup>33</sup> y desde el constitucionalismo norteamericano se ha difundido a lo largo de las Constituciones Latinoamericanas, con expresiones relativamente semejantes o, como afirma un autor, “*todas las Constituciones que rigen desde el Río Grande hasta la Tierra del Fuego contienen el derecho aludido utilizando al efecto casi las mismas palabras...*”,<sup>34</sup> pero en el texto constitucional nacional la forma de consagrar la idea fue diferente, como todos sabemos. Lo relevante es que no se trató simplemente de una redacción distinta, que poca importancia tendría: lo distintivo es la óptica desde la que se estableció la garantía.

Abandonando la noción histórica tradicional, de centrar la cuestión en los derechos de las personas frente al Estado, el constituyente de 1980 se contentó con imponer una limitación al ejer-

---

<sup>32</sup> Cfr. Máximo Pacheco, *Los Derechos Humanos* (Documentos Básicos), Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1987, p. 6.

<sup>33</sup> “...nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property without due process of law”.

<sup>34</sup> A. Alvarado, “El debido Proceso”, en *Justicia y...*, cit., p. 548.

cicio del poder jurisdiccional,<sup>35</sup> proclamando que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”*.

Por decirlo en otros términos, la garantía que en el resto del mundo asegura a las personas que determinados efectos en sus vidas, honra, libertad y bienes no se producirán sin un debido proceso de ley, lo que enfatiza la preocupación por tales valores, en el sistema chileno aparece meramente establecido como una exigencia genérica al comportamiento judicial que, sin dudas, también cubre los debates judiciales en los que tales valores aparezcan comprometidos.

La consecuencia obvia y manifiesta consiste en que **la exigencia de recibir una sentencia basada en un procedimiento justo y racional se dispensa a todo aquel que hace valer pretensiones ante los órganos jurisdiccionales**, y no solamente al que concurre a dichos órganos en defensa de su vida, libertad, honra o propiedad.

Si todavía, y tal y como acontece en el proceso del nuevo régimen procesal penal, el que impetra la declaración jurisdiccional está ubicado en un plano de completa igualdad procedimental, por el carácter adversarial del sistema, no puede caber duda alguna que éste tiene derecho a que la sentencia que, dando lugar o rechazando sus pretensiones, se formule deba fundarse en un proceso previo, legalmente tramitado y, por mandato constitucional, este “modo legal” debe ser justo y racional.

Esta es la razón por la cual no se ajustan a la realidad normativa nacional las opiniones que sostienen que la disposición constitucional no puede ser invocada por el Ministerio Público para la substanciación de los procesos en los que intervenga, en

---

<sup>35</sup> La cuestión no puede sorprender: todo análisis del modo de reconocerse las garantías individuales demuestra la poca simpatía con la que el constituyente entró a las regulaciones de los derechos de los individuos en los procesos. Ejemplos muy elocuentes son la concepción de la defensa jurídica en la perspectiva decimonónica de la caridad y no en cuanto requisito de validez de los procesos, y el trato de la libertad provisional a la que, en definitiva, no se le reconoció la condición de derecho de toda persona.

razón de “constituir un concepto que forma parte de la temática de los Derechos Humanos...”<sup>36</sup>

### 3.4. CONCLUSIONES

a) El sistema procedimental penal introducido por el conjunto de cuerpos legales que se denomina la Reforma Procesal Penal y entre los que destacan el Código Procesal Penal, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y la Ley de la Defensoría Penal Pública, consagra un régimen de juzgamiento y decisión de los conflictos penales que la dogmática procesal penal y el Derecho Comparado, denominan “adversarial”.

b) Se caracteriza este régimen por generar un marco igualitario de deberes y derechos para los litigantes del proceso penal, frente a un tribunal al que no se otorgan facultades de impulso ni iniciativa probatoria.

c) La Constitución Política de la República elevó a la condición de garantía no solamente el derecho de las personas de no ser privadas de sus vidas, libertades, honra o propiedades sin un debido proceso de ley, **sino la seguridad de que las pretensiones de cualquier naturaleza que se hagan valer ante los órganos que ejerzan jurisdicción deberán ser resueltas después de haberse tramitado conforme a un procedimiento justo y racional**, un proceso al que la sentencia ponga fin.

d) Cuando el Código Procesal Penal establece como causal de procedencia del recurso de nulidad la circunstancia que en la substanciación del proceso o en el pronunciamiento del fallo no se hayan observado las garantías previstas en la Constitución, está comprendiendo, sin duda alguna, el derecho de todo litigante procesal penal a que su pretensión se ventile conforme a un procedimiento justo y racional.

e) Si al Ministerio Público corresponde, por mandato constitucional y legal, ejercer acción penal, lo que importa sustentar ante los órganos de la jurisdicción, la pretensión penal del

---

<sup>36</sup> Voto de mayoría. Corte Suprema 30 de septiembre de 2002, M. Público vs. Ricardo Navarrete Valderrama, José Segundo Isaías Testa Fernández y Pedro Antonio Vejar Márquez.



Estado, no hay forma alguna de razonar, para concluir que la sentencia que resuelve esta pretensión no se deba ajustar a la tramitación conforme a un procedimiento justo y racional que la Constitución establece como derecho del litigante e impone como deber del órgano juzgador.

f) En consecuencia, es procedente que el Ministerio Público deduzca recurso de nulidad fundado en el desconocimiento del señalado deber constitucional por parte del órgano de la jurisdicción que, correlativamente, importa un desconocimiento de una garantía/derecho que como litigante procesal penal tiene reconocida.

4. EL JUEZ DE GARANTÍA<sup>37</sup>

Cuando el Estado moderno asume su rol tutelar y conductor, según una evolución ampliamente difundida, literalmente, “expropia” a los sujetos, a sus súbditos, un conjunto de posibilidades de actuación que antes parecieron privativas de cada cual. Resolver, por ejemplo, acerca de cómo defenderse de una agresión; determinar el número de personas que dan origen a las uniones (poligamia y monogamia); decidir cómo y dónde enterrar a las personas fallecidas, en fin, a qué seguir, el catálogo de conductas que los seres modernos ya no pueden realizar sin la autorización o sin sujetarse a los parámetros estatales, es enorme.<sup>38</sup>

La protección de los derechos de las personas se viene confiando históricamente a una función estatal especial: la jurisdiccional, actividad pública a la que, en nuestro país, desde 1881 hemos reconocido el ejercicio de las denominadas potestades conservadoras.<sup>39</sup>

Paradójicamente, cuando el Estado pone en ejercicio sus atribuciones sancionatorias, cumpliendo con la inexcusable misión de asegurar la pacífica convivencia social, inevitablemente vulnera los derechos y garantías individuales de quienes son sometidos a la actividad persecutoria,<sup>40</sup> porque no resulta posible –a estas alturas del desarrollo de las técnicas de investigaciones delictuales– cumplir eficazmente con esta tarea de modo imperceptible para las personas, confirmándose aquello de que si no puede castigarse sin proceder, tampoco resulta posible proceder sin castigar.<sup>41</sup>

---

<sup>37</sup> Ésta constituye la primera parte de un breve estudio encaminado a sistematizar el estatuto jurídico de este funcionario en el nuevo sistema procesal penal.

<sup>38</sup> Que no todos aceptan estas regulaciones en el mundo contemporáneo lo demuestran, entre otras, personas como el tristemente célebre T. Mac Veigh, autor del atentado terrorista de Oklahoma, EE.UU., en el que murieron decenas de personas, y las sorprendentes organizaciones que las cobijan.

<sup>39</sup> Sobre antecedentes y evolución de estas facultades en el Derecho nacional, *cfr.* mi *Habeas Corpus*, Editorial Jurídica de Chile.

<sup>40</sup> Al tema me he referido recientemente en una conferencia pronunciada con motivo de la inauguración de las actividades de capacitación interinstitucional para los operadores públicos de las Regiones II y III, con el nombre de fiscales, defensores y jueces.

<sup>41</sup> Sobre el tema, es reveladora la historia de la redacción del inc. 3º del art. 80 A de la Constitución, en lo referente a la necesidad de la autorización ju-

Se produce así la situación de los contrastes: las personas piden protección al Estado en contra de atentados que el propio Estado comete... Esta relación es la que, en definitiva, provocó el reemplazo de los jueces instructores por los fiscales.

No corresponde reabrir el trasnochado debate en torno a la mejor opción investigadora: ya la cultura jurídica nacional tomó un camino coherente con los fines que nos animan: dotar de eficacia a la gestión persecutoria con observancia de los derechos de las personas, afán en el cual hemos superado la interrogante a que aludía la feliz expresión de los redactores del Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, preguntándose por quién custodia al custodio.

Superada la incertidumbre, nos ocupamos ahora de quién debe asumir el rol de custodio: volviendo a los orígenes y en el mejor sentido, el sistema procesal penal y constitucional chileno retorna a los jueces a su papel tradicional de máximos cauteladores de los derechos de las personas. En la expresión positiva inmediata, para el cumplimiento de esta tarea, aparece el juez de garantía.<sup>42</sup>

Es indispensable, entonces, extraer de la denominación las consecuencias posibles:

---

dicial previa, para la práctica de determinadas actuaciones de la investigación: en el Proyecto del Ejecutivo se aludía a las actividades que “vulneran” garantías y derechos, pero la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados estimó que la expresión “...tiene una connotación que alude a un actuar ilegítimo, por lo que se prefirió referirse a actos que priven del ejercicio de una garantía constitucional o que restrinjan o perturben dicho ejercicio”. Con prescindencia de los vocablos empleados, lo que queda en claro es que ambos poderes constituyentes compartían la inquietud por la suerte de los derechos de las personas frente al proceder investigador estatal.

---

<sup>42</sup> Es importante tener presente que en el Proyecto del Ejecutivo a estos jueces se les denominaba “jueces de control de la instrucción”, expresión que originó confusiones, toda vez que no faltaron voces que se levantaron argumentando que la actividad controladora de la instrucción que se confiaba a los jueces importaba la capacidad de éstos de velar por la bondad de la actividad investigadora, infringiéndose así el monopolio constitucional de dirección exclusiva que para esta labor se otorga al Ministerio Público.

En afán de disipar toda duda, el legislador sustituyó el nombre “jueces de control de instrucción” por “jueces de garantía”, denominación que debe resultar suficientemente explícita, al tiempo que no inductiva a confusiones como las descritas.

a) Se trata de un JUEZ, y esto importa proclamar la vigencia del completo estatuto jurídico que rige a estos funcionarios estatales. Así, será indispensable exigirles el atributo básico de quien desempeña la actividad jurisdiccional, a saber, la imparcialidad.

Es un juez de Derecho, llamado a actuar conforme a las atribuciones para decidir las cuestiones que se reconocen a estos magistrados en el sistema nacional, vale decir, sin posibilidad de recurrir a la equidad o a su propia conciencia, como regla general.

En el ámbito de la regulación positiva funcionaria, su estatuto será el Código Orgánico de Tribunales, con su conjunto de prerrogativas, deberes y prohibiciones.

En el ámbito sustantivo, lo más caracterizador consiste en que se trata de órganos públicos que ejercen jurisdicción, cuestión extremadamente importante de cara a perfilar los ámbitos de actividad y atribuciones de los órganos estatales intervinientes en la tarea persecutoria penal. Así, en contraste, la Constitución proclama enfáticamente que el Ministerio Público **“en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales”** (art. 80 A inc. 3º).

Orgánicamente, empero, la situación es enteramente novedosa para el sistema judicial nacional: en efecto, los jueces de garantía forman parte de los juzgados de garantía (que estarán “conformados” por uno o más jueces de garantía, según el art. 14 del COT) y éstos, a su turno, integran el Poder Judicial, como tribunales ordinarios de justicia (art. 5º inc. 2º COT). De lo anterior aparece que el nombre del tribunal es juzgado de garantía y que el funcionario que en él ejerce jurisdicción es un juez de garantía.

El tribunal está o puede estar conformado por varios jueces, condición que, empero, no le confiere calidad de tribunal colegiado, porque, según lo aclara el nuevo art. 14 del mismo COT, aunque los juzgados de garantía cobijen a varios jueces de garantía, con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, éstos actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.

La expresión –sin precedentes en el Derecho Procesal nacional– *“actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su decisión”*, es necesario confrontarla con la redacción constitu-

cional que en el art. 73 otorga *“la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado”*, exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley.

Resulta, en esta comparación normativa, una evidente disparidad: mientras la ley (art. 5º inc. 2º COT) confiere a los “juzgados de garantía” la condición de tribunales y el art. 14 dispone que los jueces de garantía “...actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos cometidos a su conocimiento”, la Carta establece que sólo los tribunales podrán conocer, resolver y hacer ejecutar lo resuelto.<sup>43</sup>

El Código Procesal Penal también incursiona en el terreno de las denominaciones, advirtiendo que cada vez que él hace referencia “al juez”, a menos que expresamente se consigne un sentido diverso, la referencia debe entenderse practicada al juez de garantía; pero agrega que una referencia “al tribunal” puede corresponder tanto al juez de garantía, al Tribunal de Juicio Oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema, fórmula que representa, entonces, ubicar eventualmente a los jueces de garantía dentro de la categoría de tribunal.

Planteada la interrogante, corresponde determinar si puede resolverse satisfactoriamente o si, por el contrario, formalmente se trata de una inconstitucionalidad que no puede dilucidarse interpretativamente.

De lo que se trata, conforme se desprende, es de convenir en quién ejerce jurisdicción; si el juzgado o el juez de garantía y, en el evento que la respuesta apunte a éste, es necesario aclarar si la contestación tiene respaldo constitucional.<sup>44</sup>

Desde luego, debe repararse que la Carta declara que la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia la determinará una ley orgánica constitucional (art. 74) y que la disposición quinta transitoria aclara que “se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta

---

<sup>43</sup> De allí que el mismo art. 5º disponga que el Poder Judicial lo integran “los juzgados de letras” y no los jueces de letras, denominación que reciben los funcionarios que se desempeñan en tales tribunales, de acuerdo a lo dispuesto, entre otros, en los arts. 250, 252, 263, 267, etc., del Código Orgánico de Tribunales.

<sup>44</sup> No obstante que el tema ya pasó por el Tribunal Constitucional.

Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales... seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales”. En consecuencia, el Código Orgánico de Tribunales es la ley orgánica constitucional que determina la organización y atribuciones de los tribunales, para la pronta y cumplida administración de justicia en el territorio nacional, debiendo ser preferido por sobre los términos del Código Procesal Penal, que, manifiestamente, carece de esa calidad.

Así las cosas, me parece que es necesario modificar el art. 5º del COT para declarar que los jueces de garantía son tribunales ordinarios que integran el Poder Judicial, sin perjuicio que la ley les pueda conferir la estructura administrativa de juzgados de garantía.

### *La importancia del debate*

Alguien podría pensar que la cuestión que se propone no pasa de ser un excesivo apego formal a la Constitución, sin verdaderas consecuencias jurídicas y prácticas. No es así: de resolver la interrogante en un sentido u otro se desprenden consecuencias jurídicas de la más alta relevancia. Téngase en cuenta, desde luego, que la garantía constitucional que pone en práctica la legendaria condición de ser juzgado por el “juez natural”, en la sede constitucional chilena, se resuelve en el derecho a ser juzgado por el **tribunal que señale la ley...** y que las reglas generales de competencia están referidas siempre a los tribunales, aspecto complejo en relación, entre otras, a la regla de la radicación.<sup>45</sup>

b) La forma como el constituyente ha determinado los ámbitos de competencia entre los órganos constitucionalmente autorizados para intervenir en el tema penal es elocuente: se

---

<sup>45</sup> Radicado el conocimiento de un negocio **ante tribunal competente**, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente, declara el art. 109 del COT, lo que, en función del juez de garantía, nos obliga a una marcada diferenciación: ¿se radican los asuntos ante el **juez** de garantía o se radican ante el **Juzgado de Garantía**?

El Ministerio Público, según aparece en sus instrucciones, entiende que la radicación tiene lugar ante el juez; personalmente he sostenido la opinión contraria, nada más que por aplicación literal del citado art. 109 en relación con el art. 5º del COT.

proscribe toda posibilidad de ejercicio de jurisdicción por el Ministerio Público, órgano autónomo estatal que, en cambio, recibe el monopolio constitucional para la dirección exclusiva de la investigación de los delitos. Esto permite extraer una conclusión adicional: no ejerce jurisdicción el fiscal del Ministerio Público; no investiga delitos el juez.

**Sólo el Ministerio Público dirige las investigaciones; sólo el juez ejerce jurisdicción.**

c) La función jurisdiccional conlleva, conforme al mandato constitucional, las potestades para **juzgar, resolver y hacer ejecutar lo juzgado**, expresión que mejorando parcialmente la norma contenida en el art. 1º del Código Orgánico de Tribunales, no termina de resultar satisfactoria. Con prescindencia de tal discusión, la cuestión corresponde analizarla desde el ámbito de la denominación legal: ¿qué atributo jurisdiccional es éste que se destaca a tal grado como para conferir el nombre al juez?

d) El mismo Código asigna a los jueces competencia conservadora (art. 3º).

e) La garantía es una característica intrínseca de la jurisdicción: es útil recordar, con Calamandrei, que los varios medios de que el Estado dispone para reaccionar contra la inobservancia del derecho objetivo constituyen lo que se puede llamar “garantía jurisdiccional” de las normas jurídicas.<sup>46</sup>

f) Con todo, tomada la noción garantizadora o cautelar en una óptica más acotada, la cuestión apunta a la diferenciación entre cautela personal y real, que ya nuestro viejo Código de Procedimiento Penal consagra en su art. 76 inc. 2º.<sup>47</sup>

Es claro que el juez de garantía resulta ser un personaje fundamental para el nuevo sistema de instrucción penal, a grado tal que deviene en verdadera bisagra sobre la cual gira y se es-

<sup>46</sup> Calamandrei reconoce las siguientes modalidades garantizadoras a la jurisdicción: contra la transgresión del precepto; contra la falta de certeza del Derecho; garantía jurisdiccional con finalidad constitutiva y garantía jurisdiccional con finalidad cautelar. *Cfr. Instituciones de Derecho Procesal Civil*, vol. I., EJE, Bs. Aires, 1962, p. 134.

<sup>47</sup> “Las diligencias dirigidas a preparar el juicio... y **asegurar la persona de los presuntos culpables y su responsabilidad pecuniaria**, constituyen el sumario”.

estructura su adecuado funcionamiento. En su papel autorizante de actuaciones investigadoras, a través de las cuales dispensa las garantías, podemos anticiparle ya fuertes presiones públicas, privadas, institucionales, etc., lo que complejizará su actuar, requiriéndole juicio, prudencia e intenso conocimiento de sus deberes y potestades. Tan dañoso para la vida social nacional resultará un juez que, olvidando la responsabilidad que en favor de cada uno de nosotros, la Constitución y las leyes le han asignado, acceda a cuanto se le requiera por el Ministerio Público, como aquel que por prejuicios, temor, deseos de figuración o consideración política o de otra índole, sistemáticamente deniegue las autorizaciones que se le soliciten, referidas al imputado, referidas a otros intervinientes o referidas a terceros.

A su turno, los derechos cautelados por la actividad del juez de garantía admiten una obvia clasificación, dimanante de su propia naturaleza.

Encontramos así derechos de rango material o sustancial<sup>48</sup> y derechos procesales o procedimentales,<sup>49</sup> categorías ambas que todavía pueden mirarse desde la sede en que encuentran amparo, para conformar categorías que destaquen la ubicación o consagración en tratados internacionales, en la Constitución o en la simple ley.<sup>50</sup>

Bajo un enfoque diverso, podemos encontrar, todavía, ejercicio de facultades conservadoras, preventivas y correctivas.

#### *A. Hacia dónde se dispensa la jurisdicción de garantía del juez: los sujetos de la garantía*

Se ha afirmado, sin mucho fundamento, que existiría una desmedida atención del juez de garantía hacia el imputado en desmedro de los restantes intervinientes en el proceso y, en especial, en desmedro de la víctima, opinión que denota falta de acaba-

<sup>48</sup> Por ej.: el derecho a la libertad ambulatoria.

<sup>49</sup> Por ej.: el derecho a un juicio oral y público.

<sup>50</sup> Lo anterior no obsta a que, por regla general, los derechos que consagran los tratados están reconocidos en la Constitución y encuentran acabada reglamentación en la ley.



do conocimiento del nuevo sistema procesal penal. Se recuerda que un voto de prevención de tres miembros del Tribunal Constitucional enfatiza que la reforma procesal tiende a “dar protección jurisdiccional privilegiada al imputado por sobre los derechos del que sufrió los efectos del delito”.<sup>51</sup>

Es importante tener en claro que la principal tarea del juez de garantía no busca otorgar, en primer término, niveles de protección procesal al imputado, sino, primordialmente, cautelar sus derechos constitucionales y materiales –los únicos que la actividad instructora estatal pudiere atropellar–, de allí que constituya un error aspirar a imponerle idénticas exigencias en función de otros intervinientes, como la víctima.

Las afirmaciones anteriores no se refuerzan con el texto del art. 14 letra a) del Código Orgánico de Tribunales, conforme a la redacción que le brindó la Ley N° 19.665, que, como se sabe, asignó a los jueces de garantía la función de “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal”, cuestión que se irá perfilando más adelante, para determinar si se trata de derechos materiales o procesales.

### B. *Competencia conservadora del juez de garantía en función del imputado*<sup>52</sup>

El marco normativo que determina la competencia conservadora a favor del imputado se estructura a partir del art. 80 A de la

<sup>51</sup> El reproche genéricamente formulado en contra de la “reforma procesal penal” no puede tomarse en consideración a propósito de este estudio, sino sólo en cuanto estuviere formulado en contra de las atribuciones y funciones del juez de garantía: si el rol de este juez fuere el que motiva el comentario, sólo puede ser íntegramente descalificado. Es que, por una parte, no se divisa cómo el asegurar a los imputados –aún no declarados culpables del delito– el cabal ejercicio de sus derechos pueda resultar agravante o disminuyente para la víctima y, por otra, demandar de un juez penal que confiera mayores derechos a la víctima que al imputado importaría, sin más, echar por tierra la garantía de juzgamiento por juez imparcial, integrante de la exigencia básica de un proceso debido.

<sup>52</sup> La necesidad del análisis nos plantea la urgencia de dilucidar si en ejercicio de las facultades conservadoras se cautelan derechos materiales –la libertad– o procesales –el derecho a rendir prueba– o, simplemente ambos, cuestión escasamente discutida en el medio nacional.

Constitución, que declara que *“el Ministerio Público podrá impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación. Sin embargo, las actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que esta Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirán de aprobación judicial previa”*.

La regla viene reproducida idénticamente en el art. 9º del Código Procesal Penal, no obstante que, aprobado el Proyecto del Ejecutivo en la Cámara de Diputados, fue necesario efectuarle modificaciones para ajustar su texto a la norma constitucional citada en el párrafo precedente, que, sin excepción alguna, impuso la exigencia de la autorización judicial previa para la práctica de las actuaciones que allí se consignan, criterio diverso al sustentado en el Proyecto primitivo, que permitía al fiscal decretar la práctica de determinadas actuaciones, en circunstancias urgentes, bajo la condición de la posterior y pronta ratificación judicial.

La actividad conservadora del juez de garantía, en función del imputado, se verifica tanto antes de que la actividad procedimental persecutoria se judicialice como después de ese hecho, lo que no obsta al rol que le compete, en el acto mismo de la judicialización, que, como sabemos, se materializa mediante la formalización de la investigación.

a) *Antes de la judicialización*

a.1.) *Autorización para diligencias antes de la formalización*

Sabemos que la judicialización de la investigación opera con su formalización, de acuerdo al art. 229, y que, formalizada, queda el fiscal en condiciones de requerir la intervención judicial para la práctica de aquellas diligencias que demandan autorización judicial previa (art. 230 inc. 2º C. Procesal Penal), vale decir, las mencionadas en el art. 9º del mismo Código: pues bien, a nadie escapa que la aplicación permanente de este régimen tornaría estéril el sistema persecutorio penal, de allí que la misma ley determine que el fiscal podrá solicitar autorización para llevar a cabo las actuaciones del art. 9º aun antes de la formalización de la investigación.

Repárese, entonces, en que la excepcionalidad consiste en que se brinda autorización **antes** de la formalización, pero que,

en lo medular, el sistema permanece invariable: **no se pueden llevar a cabo las diligencias del citado art. 9º sin la autorización judicial.**

a.2.) *Control anterior a la formalización*

La sola circunstancia de que una investigación penal se esté desarrollando en contra de una persona impone al Estado sujeción a claros estatutos limitantes, al paso que, desde la óptica del sujeto afectado, genera un estado de incertidumbre e inseguridad jurídica a que el ordenamiento debe poner fin.<sup>53</sup> No es fortuito que el constituyente haya exigido que la investigación penal –como los procedimientos jurisdiccionales– haya de ser justa y racional.

No lo será aquella que se extienda prolongadamente sin formalizarse; tampoco aquella que no tenga base real, ni, por último, aquella de la que, pertinazmente, no se dé noticia al imputado, en especial, porque por esta vía se impide el ejercicio de los derechos que reconoce el art. 7º del Código,<sup>54</sup> siendo de notar que la oportunidad para el ejercicio de los derechos señalados dependerá en gran medida de la buena fe y apertura del procedimiento instructorio fiscal, toda vez que bastaría que el Ministerio Público negare atribuir en hechos que investiga responsabilidad a un sujeto determinado, para que éste quede privado de ejercer las posibilidades de actuación que el ordenamiento le confiere.

En acatamiento a la norma constitucional recordada y para hacer efectivas las facultades otorgadas al sujeto, el Código –art. 186– autoriza a quien se sienta afectado por una investigación de cuya

---

<sup>53</sup> Lo anterior, claro está, sin considerar el daño enorme que podría producir para la consideración social, la honra, los negocios o las actividades públicas o privadas de aquél respecto de quien trascendiera, periódicamente o por cualquier otro camino, que se está verificando una investigación penal en su contra.

<sup>54</sup> Es sabido que conforme a tal art. 7º las facultades y derechos que al imputado reconocen la Constitución y las leyes se pueden hacer valer desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y se entiende por tal cualquiera diligencia o gestión, de investigación, cautelar o de otra especie, que se realice por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere al sujeto responsabilidad en un hecho punible.

existencia haya tomado noticia, para pedir una de dos respuestas judiciales:

- La orden al Ministerio Público que informe acerca de los hechos objeto de la investigación, o

- Que fije un plazo al fiscal para que formalice la investigación.

Llamo la atención acerca de las circunstancias bajo las cuales estos derechos pueden ejercerse: si bien la ley pareciera satisfacerse con la mera aserción del sujeto en torno a “considerarse afectado”, lo que conferiría a la institución el carácter de un derecho de ejercicio absoluto y discrecional, el juez de garantía no podrá acceder a lo que se solicita sino una vez que se le hayan acreditado, por cualquier medio de prueba, circunstancias que hayan afectado efectivamente al sujeto.<sup>55</sup>

Esto porque, como se recuerda adelante, las actuaciones de investigación son secretas para los terceros y este instituto procesal no puede transformarse en un camino para que, utilizando testafierros, quienes hayan participado en un hecho punible se las ingenien para recabar información de la actividad investigadora, sin mostrarse o reconocer participación.

En relación a la primera situación; informe acerca de los hechos investigados, conforme a una interpretación sistemática, que tenga en cuenta que de acuerdo al art. 7º del Código Procesal Penal los derechos se ejercen desde que exista imputación penal (“...*Por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible...*”), la cuestión apuntará a que el fiscal informe, en primer término, si efectivamente sustancia una investigación penal en la que se atribuye responsabilidad al sujeto. Si la respuesta del fiscal fuere negativa, me parece que se habrán agotado los derechos del requirente y que, a su respecto, la resolución judicial estará cabalmente cumplida.<sup>56</sup>

---

<sup>55</sup> La lectura que se hace en el texto de la institución privilegia grados de eficacia investigadora y persigue “objetivizar” la afectación. Es que por mucho que se reconozca que saberse investigado puede significar niveles de inquietud, de temor y hasta de angustia, me parece que el sistema penal no puede estar al servicio de los aprensivos o de los timoratos. Si no existen reales antecedentes en los que tales sentimientos encuentren justificación, el juez no puede otorgar la protección que se le pide.

<sup>56</sup> Lo que no excluye responsabilidad de variada índole para las personas de los fiscales e incluso para la institución si la respuesta resultare ser falsa.

Es que las actuaciones de investigación que realiza el Ministerio Público y la policía son secretas para los terceros ajenos al procedimiento (art. 182 inc. 1º) y si en su indagación el fiscal no atribuye responsabilidad al que ha pedido la intervención judicial, no cabe duda de que su situación será, precisamente, la de un tercero ajeno, que no tiene derecho a enterarse de lo que se investiga.

Todavía más: resuelto por el juez que debe otorgarse conocimiento, en general, de los hechos objeto de la investigación, me parece que el fiscal podrá, a su turno, disponer –conforme al art. 182– el secreto de determinadas actuaciones, registros o documentos que conforme su trabajo investigador.

Estimo que si respecto de un imputado en contra de quien una investigación se ha formalizado e indiscutidamente se sustancia un trabajo de esclarecimiento e imputación penal, el fiscal puede dejar en reserva algunas actuaciones, con cuánta mayor razón no podrá ejercer idénticos derechos en relación a quien no ha sido objeto de formalización: por decirlo en forma diversa, no puede tener más derechos el sujeto en contra de quien la investigación no se ha formalizado que aquél en cuya contra esta formalización tuvo lugar.

### a.3.) *El control de la detención*

Pocas situaciones resultan más intimidantes, al paso que representan con mayor fuerza el poder del Estado persecutor, que la privación de la libertad ambulatoria de los sujetos, sea en virtud de una orden judicial, sea por encontrarse el sujeto en situación de flagrancia.

En este ámbito, la tarea del juez de garantía es extremadamente relevante: desde luego, debe recordarse que, conforme a la Constitución Política, “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...” (art. 19 Nº 7 letra d) inc. 2º). El Código Procesal Penal, a su turno, ha mejorado, sin dudas, la situación al establecer que “los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales” (art. 133), con lo que

“la autoridad” a que se refiere el texto constitucional deviene exclusivamente en juez.

Detenida una persona en situación de flagrancia, de acuerdo a la Constitución, deberá ser puesta a disposición del juez competente en el lapso de 24 horas (art. 19 N° 7 letra c), regla que el art. 131 del Código reitera.<sup>57</sup>

¿Qué controla el juez de garantía?

Desde luego, debe recordarse que la flagrancia es una situación descrita por la ley, lo que evita la remisión al sentido natural y obvio de la expresión, que, con todo, puede invocarse en función de la mejor aprehensión del concepto. *Flagrante* es participio activo del verbo *flagrar*, que significa arder o resplandecer como fuego o llama, y en un antiguo texto<sup>58</sup> se explica que no deja de aplicarse con cierta propiedad al crimen que se descubre en el mismo acto de su perpetración.

<sup>57</sup> Adicionalmente, empero, el Código agrega que en el caso de los detenidos in fraganti, deberá otorgarse un aviso al Ministerio Público, dentro de las 12 horas de la privación de libertad y que el fiscal de este Ministerio podrá dejar sin efecto la detención o disponer que el sujeto sea puesto a disposición del juez dentro de las 24 horas de la detención, cumpliéndose así con el precepto constitucional. El profesor José Luis Cea ha afirmado que la norma sería inconstitucional, porque la norma constitucional, sin excepción alguna, dispone que el detenido debe ser puesto a disposición del juez, regla que, conforme al art. 7° de la Carta, no podría modificar el legislador (*cf.* “Constitucionalidad del art. 131 del Código Procesal Penal, que permite a los fiscales dejar sin efecto una detención”, en *La Semana Jurídica*, N° 37, p. 14), opinión rebatida –con razón– por Emilio Pfeffer U. en la misma publicación (*cf.* “Acerca de la constitucionalidad de las facultades...”, en *La Semana...* N° 40, p. 14).

La cuestión radica, exclusivamente, en la determinación del criterio teleológico con que han de interpretarse las normas de garantía del ordenamiento jurídico constitucional: a nadie escapa que cuando la Carta dispuso que el detenido en flagrancia debía ser puesto a disposición del juez competente, en el breve plazo de 24 horas, se estaba introduciendo una regla de garantía de los derechos del detenido y, de la misma forma, que se sepa, nadie ha sostenido que la disposición tenía por objeto proteger los derechos de la víctima del presunto flagrante... Si esta situación es tan pacífica como se la describe, no se divisa cómo se podría prohibir, por ejemplo, a la autoridad policial que determinara que el subalterno que detuvo al flagrante cometió un error, que lo dejara en libertad a las tres horas de haberse producido la detención, para reparar el error... Ni se entiende cómo ese comportamiento se podría tachar de inconstitucional, a pretexto que la Constitución disponga que el sujeto debe ser conducido al juez dentro de 24 horas.

<sup>58</sup> *Cf.* Joaquín Escriche, *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Lib. De Ch. Bouret, París, 1885.

Se denomina delito flagrante al que se ha cometido públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo mismo en que lo consumaba.<sup>59</sup>

b) *Después de la formalización*

Formalizada la investigación, se despliega completamente, de cara a un sujeto determinado, el imputado, el manto protector de garantías del juez, pero al propio tiempo se habrá generado la directa comunicación de fiscal y juez, que permitirá a aquél solicitar y a éste decretar las más gravosas actuaciones de investigación.

En esta perspectiva debe entenderse el art. 230 inc. 2º, que dispone que el fiscal formalizará la investigación para requerir la intervención judicial y obtener autorización para la práctica de determinadas diligencias de investigación (aquellas que de acuerdo al art. 9º del mismo Código demandan la autorización judicial, diremos nosotros) u obtener resolución sobre medidas cautelares.

---

<sup>59</sup> Cfr. Joaquín Escriche, *ibídem*.

## 5. LA SITUACIÓN DE LA VÍCTIMA DEL DELITO EN EL PROCESO PENAL CHILENO

### 5.1. INTRODUCCIÓN

La tarea de comentar la manera como el Derecho chileno cautela hoy y ha cautelado antes los derechos de las víctimas de los delitos penales no puede emprenderse sin efectuar una indispensable mirada, por fugaz que resulte, al ordenamiento procesal penal vigente aún en el país.

En el lejano 1846, el Gobierno nacional designó una Comisión a fin de que se ocupara de redactar lo que se llamó un proyecto de Código de Procedimientos Criminales, instando a sus miembros a establecer dos modos de proceder, según “si el delito sea o no grave; a consignar que la prueba debería ser en todo caso pública, examinándose los testigos a presencia del reo, a quien será permitido contradecirles y reargüirles dando también sus pruebas...”<sup>60</sup>

Fracasado el encargo, en 1852 se autoriza al Presidente de la República, por ley de 14 de septiembre, para otorgar una renta igual a la de los ministros de la Corte Suprema a las personas a las que comisionare para redactar proyectos de Códigos. Concluido el trabajo, el Presidente lo sometería al Congreso, proponiendo un premio al autor si se hiciera merecedor de una recompensa extraordinaria.

Se designó entonces, en uso de la facultad legal reseñada, a don Alejandro Reyes y, tras su fallecimiento, a don José Bernardo Lira. Ambos procedieron sujetándose a lo que el señor Reyes informara al Ministerio de Justicia en 1875, a saber, sobre la base de las leyes vigentes, desde que les animaba la convicción que no resultaba conveniente introducir innovaciones que chocasen con los hábitos del país<sup>61</sup> y, en consecuencia, su actividad se encaminó a modificar lo existente en lo que se hubiere tornado inaceptable.

---

<sup>60</sup> Cfr. Santiago Lazo, *Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Penal. Orígenes, Concordancias y Jurisprudencia*, Poblete Cruzat Hnos., Edit. Santiago, 1916, p. XII.

<sup>61</sup> Este criterio se mantendrá a lo largo de los años: ha resultado singular cómo, con ocasión de la discusión del nuevo Código Procesal Penal, por doquier se levantaban voces que, si bien ya no pedían evitar “innovaciones que choquen



El señor Lira dirá, en la Introducción a su Proyecto,<sup>62</sup> que más que seguir los pasos de las adelantadas legislaciones extranjeras, se ha propuesto reglamentar lo que “nuestras leyes y la práctica de nuestros tribunales tenían establecido en materia de enjuiciamiento criminal”.

Fallecido el señor Lira, quien redactó lo concerniente al sumario y parte del plenario, se llamó, el 29 de noviembre de 1889, a un concurso nacional, a fin de que se presentaran proyectos de Código de Enjuiciamiento Criminal, concurso que sólo en 1892 se resolvió, acogiendo el presentado por don Manuel Egidio Ballesteros,<sup>63</sup> que, con Mensaje del Ejecutivo, se presentaría al Congreso Nacional en 1894, para ser revisado por una Comisión Mixta de diputados y senadores.

Esta Comisión celebró 33 sesiones, entre el 31 de marzo y el 30 de agosto de 1902, y promulgado en 1906, entró a regir el 1 de marzo de 1907.

El Código, al que se introdujo una importante modificación en 1927<sup>64</sup> y otras menores, desde entonces, incluyendo la acordada en las postrimerías del Gobierno militar que dirigió al país entre septiembre de 1973 y marzo de 1990,<sup>65</sup> consagra un sistema de enjuiciamiento con certeza único en el mundo occidental, por el que se confieren a **una misma persona** las funciones de investigar los hechos, acusar y sentenciar.

Este prodigio de desdoblamiento, que resiente severamente tanto la imparcialidad del juzgador como la efectividad del investigador y que trae a la memoria el brocardo conforme al cual

---

con los hábitos nacionales”, reclamaban, en cambio, por la observancia de las formas que se ajustan a la “idiosincrasia nacional”.

---

<sup>62</sup> Cit. por Lazo, *Los Códigos...*, cit., p. XIII.

<sup>63</sup> Este Proyecto se publicó en Santiago, en 1891, por la Imprenta Cervantes, con 393 páginas.

<sup>64</sup> Por Decreto con Fuerza de Ley N° 426 de 3 de marzo de 1927, se declararon vacantes los cargos de los “Promotores Fiscales”, funcionarios del Ministerio Público llamados a acusar y a intervenir en el proceso en representación de la sociedad, disponiéndose que su actividad sería suplida por el propio juez.

<sup>65</sup> La referencia se efectúa a la Ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989, que, en verdad, modificó diversas disposiciones del Código, en la filosofía de agilizar y modernizar el procedimiento, pero sin alterar en esencia el sistema procesal primitivo.

“quien tiene al juez por acusador, necesita a Dios por defensor”, se mantiene –parcialmente– hasta la fecha, en términos cada vez más febles, desde que el ambiente de debate generado en vísperas de la vigencia del nuevo Código Penal,<sup>66</sup> provocó, felizmente, el curioso fenómeno de hacer surgir, desde distintos ámbitos, personeros que hoy se declaran opositores al régimen verdaderamente medieval que antes no les mereció reproche alguno.<sup>67</sup>

En síntesis, el Código vigente durante el siglo XX<sup>68</sup> es un cuerpo con raíces asentadas en la mitad del siglo XIX o, lo que es lo mismo, en la legislación hispánica anterior a la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1881 –aunque ésta se haya tenido presente–, lo que equivale a remontarse propiamente a los siglos anteriores.

## 5.2. EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL PROTECTOR DE LA VÍCTIMA

La Constitución Política de la República, vigente desde marzo de 1980, proclama en su art. 1º inc. 5º que es deber del Estado –entre otros– dar protección a la población.

El art. 5º de la Carta, después de la reforma introducida por la Ley Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989, agrega que es igualmente “deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos (los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana) garantizados por esta Constitución, así como por

<sup>66</sup> El nuevo Código, que lleva la denominación de “Código Procesal Penal”, entró en vigor el 16 de diciembre del año 2000, en dos regiones del país, y su aplicación, conforme a lo programado, se ha venido efectuando en forma progresiva, de manera que en diciembre de 2004 ya rige en todo el país, con excepción de la Región Metropolitana. En ésta se aplicará a partir del 16 de junio de este año. A él me refiero, en adelante, como el “nuevo Código” o el “Código Procesal”.

<sup>67</sup> Sin duda que hubo muchas voces que pidieron reformas. En lo personal, cito tan sólo mi “Necesidad Inmediata de una Reforma Procesal Penal”, ponencia de 17 de diciembre de 1987 a un Congreso del Instituto Chileno de Derecho Penal y publicada en mis *Estudios de Derecho Procesal*.

<sup>68</sup> Es necesario precisar que hasta junio de 2005, el antiguo Código de Procedimiento Penal, al que me refiero en el texto, conservará apenas vigencia, en la Región Metropolitana, que, aunque reúne a algo más de un tercio de la población del país, es sólo una entre las 13 regiones que conforman, administrativamente, la Nación.

los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

A su turno, el art. 19 N° 3 asegura “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, norma que se complementa con lo preceptuado en el inciso 5° de la misma disposición, con arreglo al cual “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”.

De la normativa que precede, es necesario concluir:

a) Que los derechos esenciales de las personas, que se proclaman en la Carta o en los tratados internacionales ratificados por el país (Declaración Universal de los Derechos Humanos; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención Americana de Derechos Humanos, etc.) deben ser no sólo protegidos por el Estado, sino que es deber de sus órganos—incluyendo los jurisdiccionales—promoverlos.

b) Que en cuanto se asegura a todos la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, se establece anticipadamente un estatuto garantístico aplicable, sin discriminaciones, **dentro** y fuera de los procesos jurisdiccionales.

c) Que específicamente se cumple el mandato a través del encargo que se comete al legislador de establecer siempre las garantías de un racional y justo procedimiento, cuya es la fórmula que el ordenamiento constitucional nacional utiliza para establecer la garantía del debido proceso.

Así, entonces, podrá comenzar el análisis del tema de la situación de la víctima en el proceso penal nacional, anticipándose que en el curso del proceso deberá conferírsele no sólo la posibilidad de ejercer sus derechos en condiciones de plena igualdad con todo otro litigante, sino, además, bajo el manto cautelar de lo que importa, en las formulaciones de la dogmática contemporánea, la garantía del debido proceso.<sup>69</sup>

<sup>69</sup> Cfr. mi “El Debido Proceso: Una Perspectiva Latinoamericana al Concluir el Siglo XX”, Relación al Primer Congreso Nacional de Derecho Procesal del Perú, celebrado en Lima, en agosto de 1996.

Para la cultura jurídica chilena, la regla del inciso 2º del art. 5º de la Constitución tiene una importancia decisiva: se incorporan por su intermedio, y con la fuerza que otorga la preceptiva constitucional, al derecho interno, con jerarquía normativa aún en discusión, los tratados sobre derechos humanos ratificados por el país.

Todo análisis de los derechos de la víctima, como el que nos proponemos, ha de enfocarse bajo este superior prisma constitucional, argumento suficiente para disipar dudas y superar los obstáculos que oponga la normativa simplemente legal.

### 5.3. LA “VÍCTIMA” EN EL CÓDIGO ANTIGUO

#### A. *Problemas de denominaciones (de la víctima, del ofendido, de la persona agraviada y de la perjudicada)*

Con la brevísima exposición que antecede, no puede resultar sorprendente que, desde luego, el Código antiguo no consagra estatuto alguno de derechos de las víctimas, término este escasamente utilizado en el texto.<sup>70</sup> Incluso tal denominación aparece sólo en aisladas disposiciones del Código, la mayor parte de las cuales se ha incorporado con posterioridad a su promulgación:

a) El art. 8º, cuyo inciso 2º dispone que el juez que toma conocimiento de la perpetración de un delito en que la víctima sea un menor, deberá comunicarlo al juez de menores, a fin de que éste adopte las medidas de protección necesarias.

b) El art. 146, que autoriza en los delitos de hurto o robo el que sirvan de testigos, para acreditar la preexistencia de los objetos sustraídos, los parientes o los empleados del personal de servicio de la **víctima**.

c) El art. 263 Nº 5, que describiendo una hipótesis de flagrancia, señala encontrarse en ella el sujeto al que personas asal-

---

<sup>70</sup> Mal haríamos en censurar con demasiada severidad al Código por esta omisión. Textos actuales dedicados al tema carecen de toda referencia específica al vocablo. Cfr: *El Enjuiciamiento Penal Mexicano*, de Humberto Briseño Sierra; *Derecho Procesal Penal*, de Enrique Paillas; *El Proceso Penal*, de Francisco Ramos, y otros.

tadas o heridas, **o víctimas** de un robo o hurto, que reclaman auxilio, señalan como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

d) El art. 380 inc. 4º, autorizando al juez para disponer, de oficio, embargos, si estima que de otro modo la víctima no podrá hacer efectivos sus derechos.

e) Los arts. 659 y 663, reglamentando la revisión de las sentencias penales, incorporan como evento que hace procedente tal revisión la circunstancia de que la persona **víctima** del homicidio se encontrare con vida, después de la fecha en que la sentencia la dio por muerta.

f) El art. 136, que con tal vocablo se refiere a la persona que cometió suicidio.

¿Significa lo anterior, acaso, que no se otorgan posibilidades de actuación a quien sufrió el delito? Ciertamente que no: lo que acontece es que, como ocurre con la legislación española,<sup>71</sup> en general, estas posibilidades de intervención se confieren al “**ofendido**” por el delito.<sup>72</sup>

Es, por lo demás, la expresión que utiliza la Constitución Política de la República al establecer que “la libertad provisional procederá, a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad **del ofendido** o de la sociedad” (art. 19 N° 7 letra e).

Excepcionalmente, el Código usa la expresión “parte **agraviada**”, como puede advertirse en el art. 11, conforme al cual “la acción penal es pública o privada. La primera se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio, la segunda sólo puede ejercitarse por la parte agraviada”.

Buscando la razón de esta denominación, hemos encontrado que en el Proyecto de Ballesteros aparece una larga funda-

<sup>71</sup> Un análisis tradicional de las partes en el proceso penal, con distinción entre partes activas o acusadoras y pasivas o acusadas **y sin la menor referencia a la víctima**, puede verse en la obra colectiva *Derecho Procesal*, tomo II, Proceso Penal, 3ª edic. revis. y actualiz. de V. Gimeno, V. Moreno, J. Almagro y V. Cortés, Tirant lo Blanch, edit. pp. 151 y ss.

<sup>72</sup> Esta denominación utilizan, entre otros, los arts. 18, 19, 20, 21, 23, 28, 100, 141, 363, 431, etc.

mentación a esta disposición, que, dicho sea de paso, fue adoptada textualmente del Proyecto mismo.

Ballesteros recuerda que el artículo correspondiente de la ley española establece que la acción penal es pública, pero agrega que el Código Penal español no permite perseguir los delitos de injuria, calumnia y adulterio sino por el ofendido, con lo que dicha ley “ha olvidado que la especie contrapuesta a la acción pública es, precisamente, la acción privada, y, estableciendo el hecho, se ha negado a llamar las cosas por su verdadero nombre. Ha querido imitar –agrega– a la ley francesa, olvidando que el legislador francés parte de base completamente distinta, puesto que no permite jamás al particular que no es ofendido por el delito ejercitar acción pública ni privada.

De aquí, continúa, ha provenido una protesta general de los más ilustres criminalistas españoles y luego cita el siguiente texto de Reus que comenta el mencionado art. 101 de la ley española:

“La acción penal es pública y privada. Aquélla, la que se dirige al castigo de los delitos que se conocen con el nombre de públicos o que afectan general y directamente a la sociedad; y privada, la que tiene por objeto la corrección de los delitos privados y que sólo afectan a la **persona agraviada** sin trascendencia al público o a la sociedad en general”.<sup>73</sup>

Queda así comprobado que el actual art. 11 del Código nacional tiene su directo origen en este párrafo de Reus, quien, sin mayor rigor ni, posiblemente, reflexión, aludió a esta persona “agraviada” por el delito.

Por último, el Código se refiere a la víctima del delito como “**perjudicada**”. Así acontece en el art. 7º, que describiendo lo que el mismo cuerpo legal llama las primeras diligencias de instrucción del sumario, afirma que “considéranse como primeras diligencias: **dar protección a los perjudicados**, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, etc.”.<sup>74</sup>

<sup>73</sup> Cfr. Manuel E. Ballesteros, *Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile*, Santiago de Chile, Imprenta Cervantes, 1891, p. 29.

<sup>74</sup> El art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla idéntica disposición.

Ninguna duda cabe que en la denominación, como lo han sostenido la doctrina<sup>75</sup> y la jurisprudencia, existe directa alusión a quienes han experimentado un menoscabo patrimonial con la actividad delictiva, no obstante, dada la amplitud del término y la ninguna referencia que en la misma disposición se efectúa a quien tiene el carácter de víctima del delito, me parece incuestionable que también ésta queda comprendida en los términos, con prescindencia de sus daños patrimoniales.<sup>76</sup> Es que no tendría explicación ni sentido alguno autorizar al juez para ocuparse de proteger a aquél cuyos bienes se han dañado, pero no conferirle idéntica función respecto de aquel cuya integridad física o psíquica peligran.

En relación a las denominaciones, la dogmática contemporánea viene efectuando sagaces precisiones: son víctimas, se ha podido afirmar, “todas las personas que de alguna forma sufren perjuicio con la infracción penal”.<sup>77</sup>

Determinando las diferencias, bajo un concepto amplio y renovado de “víctima”, Rodríguez Manzanera enseña que **el sujeto pasivo** es “el titular del bien jurídicamente protegido”, **el ofendi-**

<sup>75</sup> Cfr. Hugo Pereira A., “Alcance del art. 7º del Código de Procedimiento Penal”, *Gaceta Jurídica* Nº 56, p. 12. El aspecto patrimonial de la expresión “perjudicado” contenida en este artículo se puso especialmente de relieve por la Corte Suprema, para declarar improcedente, por vulnerar preceptos legales y constitucionales, un Decreto del Gobierno del ex Presidente Salvador Allende, que, en 1972, dispuso la intervención de un diario de la ciudad de Talca, en el sur del país, que no compartía la ideología del régimen. En esa ocasión y en fallo que ha devenido en un *leading case*, la Corte dispuso que el diario fuera devuelto a sus propietarios, “para dar cabal cumplimiento a la medida de protección del perjudicado con el delito, conforme a lo prevenido en el art. 7º del Código de Procedimiento Penal”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 69, sec. 4ª, p. 159.

<sup>76</sup> La doctrina mayoritaria asigna al perjudicado el carácter de titular del interés patrimonial vulnerado por el delito. Ramos Méndez, por ejemplo, explica que “si ofendido y perjudicado coinciden, lo normal es que su intervención en el proceso penal persiga ambos objetivos: el castigo del delito y la reparación del daño. Ahora bien, puede ocurrir que la calidad de ofendido y perjudicado no concurren en una misma persona o que incluso al perjudicado sólo le interese el resarcimiento. La ley permite esta intervención particular interesada sólo en las consecuencias civiles del hecho punible. La doctrina suele apelar a esta parte contingente, actor civil Cfr. *El Proceso Penal. Lectura Constitucional*, José Mª Bosch Edit. S.A., Barcelona, 1991, p. 122.

<sup>77</sup> Cfr. Antonio Scarance Fernandes, *O Papel Da Víctima No Processo Criminal*, Edit. Malheiros Ltda., Sao Paulo, 1995, p. 49.

**do**, “aquel que sufre un perjuicio debido al acaecimiento del delito y que tiene derecho a la reparación de daño”, y **el perjudicado**, “todo aquel que sufre un perjuicio por el acaecimiento del delito, aunque no tenga culpa ni participación en el ilícito”.

Ejemplifica que en el homicidio el muerto es el sujeto pasivo; sus familiares, los ofendidos, y que los familiares del delincuente podrían ser los perjudicados, si éste es apresado.<sup>78</sup>

### B. *Derechos y facultades de la víctima*

La actividad de la víctima, que el antiguo Código regula, se orienta en tres planos diversos:

- En el de atemperar las consecuencias dañosas del delito, confiriéndole protección o para evitar la repetición del menoscabo o de sus efectos.

- En función de establecer y hacer efectiva la responsabilidad penal de quienes corresponda.

- En función de establecer y hacer efectiva la responsabilidad civil de tales sujetos y de aquéllos a los cuales la ley atribuye responsabilidad patrimonial (haciéndose parte como actor civil y luego deduciendo demanda civil).

#### a) *La situación de la víctima en el delito de lesiones*

Siempre que llegue a conocimiento de un juez que una persona ha sido herida, como resultado de hechos que pueden constituir un delito, el juez se trasladará al lugar en que se encuentre a fin de tomarle declaración y dispondrá que uno o más facultativos procedan al examen de sus lesiones.

Si por razón de su estado no pudiere referir todos los hechos cuyo conocimiento sea indispensable para la instrucción del sumario, se tratará que a lo menos exprese quién le infirió las lesiones y su declaración completa se tomará, en forma, tan pronto como pueda prestarla (arts. 139 y 140).

Mientras la gravedad de las lesiones lo haga necesario, el herido deberá ser atendido y permanecerá en los servicios hospi-

<sup>78</sup> Cit. por Scarance, ob. y pág. cit.



talarios del Estado, a menos que tuviere derecho o medios para ser atendido por su cuenta en un establecimiento particular. No siendo necesaria su hospitalización, si el herido careciere de medios para proveer por su cuenta a su curación, será atendido en alguno de los establecimientos antes referidos.

b) *Garantías materiales y procesales a la víctima que se defiende*

A más de establecerse en el Código Penal, como en todos los ordenamientos penales, la eximente de responsabilidad penal de legítima defensa personal y de extraños, entiéndase cónyuge, parientes o terceros, la Ley N° 19.164, de septiembre de 1992, amplió el concepto para hacerlo aplicable –cualquiera que sea el daño inferido al agresor– incluso al que rechaza el robo con escalamiento en su casa, oficina, dependencias, local comercial o industrial; o repele un secuestro, una violación y otros graves delitos que se detallan, y modificó el Código de Procedimiento Penal, disponiendo que la detención del agente se hará efectiva en su casa y que la policía dará inmediata cuenta del hecho al juez, el que resolverá de inmediato la libertad, aun verbalmente, de oficio o a petición de parte.

La resolución no será consultable y la libertad se otorgará sin caución.

C. *Derechos procesales de la víctima en el antiguo Código*

El estudio de las disposiciones del viejo Código –todavía parcialmente en vigor, según se explicó– permite concluir con certeza que, en cuanto “víctima”, el sujeto no tiene reconocidas posibilidades de actuación: afirmo así que no hay instituto del Código, instancia o evento procesal que incluya a la víctima entre sus protagonistas. La situación es de tal rigor, que incluso el art. 120,<sup>79</sup> usualmente invocado para convencer que el secreto del sumario

---

<sup>79</sup> Art. 120: “El querellante, el Ministerio Público, cuando fuere parte principal, y el que estuviere detenido o hubiere sido declarado procesado, deberán ser citados para cualquiera inspección personal que practique el juez para la averiguación de los hechos”.

penal no tiene la severidad que se reprocha, y que impone el que a las inspecciones personales que practique el juez se cite al querellante, al Ministerio Público y al que estuviere detenido o hubiere sido procesado, omite toda referencia a la víctima, en elocuente demostración del olvido o del desinterés del legislador.

Del mismo modo, esto es, prescindiendo por completo de la víctima, en cuanto tal, el art. 104 sólo reconoce al actor civil, al querellante y al Ministerio Público el derecho a pedir que se practiquen las diligencias que creyeran necesarias para el esclarecimiento de los hechos.

En otras palabras, la sola condición de víctima del delito —que el Código no explica ni define— no otorga derechos de actuación en los juicios penales actuales.

Para que se acceda a tales derechos, es menester que el sujeto deduzca una querella, situación en la cual quedará exento de la obligación de rendir fianza de calumnia, en conformidad a lo dispuesto en el art. 100 N° 1.

En situación de deducir querella, el Código confiere al ofendido no sólo el beneficio antes reseñado, sino que, habida consideración que conforme al ordenamiento nacional la acción penal pública la puede deducir cualquier persona capaz de parecer en juicio (art. 15), si en tal ejercicio hubiere varios interesados, será preferida la personalmente ofendida por el delito (art. 21).

Consagrada la prohibición de ejercer la acción penal a los cónyuges entre sí y a consanguíneos próximos, se autoriza, empero, dicho ejercicio cuando se trate de delitos cometidos precisamente en contra de quien ejerce la acción.<sup>80</sup>

Naturalmente que el Código consagra la tradicional distinción de los delitos, para reconocer que habrá algunos cuya investigación sólo puede comenzar por requerimiento de la persona ofendida o de sus representantes (art. 18), esto es, delitos de acción privada, y otros que sujetándose a las normas de

---

<sup>80</sup> Tampoco pueden ejercer acción penal entre sí, sea pública o privada, dispone el art. 17:

1) Los cónyuges, a no ser por delito que el uno hubiere cometido contra la persona del otro o contra la de sus hijos, o por el delito de bigamia; y

2) Los consanguíneos legítimos o naturales en toda la línea recta, los colaterales hasta el cuarto grado ni los afines hasta el segundo, a no ser por delitos cometidos por los unos contra la persona de los otros o la de su cónyuge o hijos.

tramitación de los de acción pública, requieren que a lo menos la denuncia del hecho a la justicia o a la policía se efectúe por la persona ofendida, por sus padres, abuelos o guardadores, o por quien tuviere su tuición o cuidado.

Si la persona ofendida, a causa de su edad o estado moral, no pudiere hacer por sí misma la denuncia, ni tuviere padres, abuelos o guardadores o persona encargada de su tuición o cuidado o si éstas estuvieren imposibilitadas o implicadas en el delito, podrá el Ministerio Público denunciar el hecho y deducir la acción civil, para los efectos de obtener la indemnización establecida en el art. 370 del Código Penal.

#### *D. Los derechos patrimoniales de la víctima en este Código*

Es claro que la defensa de estos derechos corresponde al propio interesado, quien, interviniendo en el sumario como actor civil, conseguirá interrumpir la prescripción; está autorizado para impetrar medidas cautelares y luego, iniciado el plenario, tendrá la posibilidad de deducir la respectiva demanda.

La posibilidad de demandar está, desde luego, conferida a dicho actor civil, a quien por mandato legal se le conferirá traslado de la acusación, pero también respecto **de cualquier ofendido que no haya figurado como actor civil en el sumario**, el que podrá deducir la demanda hasta antes que se notifique al procesado el traslado de la acusación (art. 431).

Excepcionalmente, respecto de las víctimas de violación, rapto, homicidio o lesiones, el juez podrá **de oficio** decretar embargo de bienes del procesado, para asegurar todas las responsabilidades pecuniarias que se puedan pronunciar en su contra, si estima que de otra manera la víctima o sus herederos no podrán hacer efectivos sus derechos (art. 380).

#### *E. La víctima como órgano de prueba*

El Código que no confiere derechos ni establece posibilidades de actuación procesal a la víctima del delito, por su mera condición de tal, opta por asimilarla a los testigos y, regulando la forma como

éstos han de ser interrogados, aclara que se comenzará el examen por “aquellos a quienes se presume sabedores del hecho, entre los que deben contarse el ofendido, las personas de su familia y aquellas que dieron parte del delito” (art. 206).

Cuando deba procederse al reconocimiento del autor del delito, si el juez lo estimare más conveniente, podrá éste practicarse desde un punto en que no pueda ser visto quien lo practica (art. 343 inc. 2º).

a) *La víctima y las medidas cautelares*

También en este ámbito se reconoce a la víctima un trato preferencial:

– En primer lugar, porque, como a toda persona, se la autoriza para practicar la “detención civil”, esto es, detener al delincuente flagrante, para el efecto de ponerlo a disposición del juez competente, sea en forma directa o por medio de la policía.

– En segundo término, porque se le confiere inmediata credibilidad, a los efectos de determinar al delincuente flagrante.

Así, de conformidad a lo prevenido en el art. 263, se reputa, entre otras hipótesis, delincuente flagrante:

– Al que en los momentos en que acaba de cometerse un delito huye del lugar en que se cometió y es designado por el **ofendido...** como autor o cómplice, y

– Al que **personas asaltadas o heridas, o víctimas de un robo o hurto**, que reclaman auxilio, señalen como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

b) *La renovación del Código actual*

Enfrentado el legislador de fines de los años 80 a la imperiosa necesidad de abrir el tenebroso sendero del proceso penal inquisitivo del Código, a la luz y garantías que el mundo contemporáneo reclamaba, creyó cumplida parte de su tarea con el establecimiento de un conjunto de “derechos del inculpado”, que, efectivamente, contribuyeron, a lo menos, a dar certeza a situaciones absurdamente discutidas.<sup>81</sup>

<sup>81</sup> Se incorporó al Título III del Libro I un párrafo 4º, con el nombre de “Derechos del inculpado”, cuyo único artículo, el 67, dispone, con redacción que es-

Lo realizado fue insuficiente, aunque ello es común, a lo menos, en lo que al desamparo de la víctima se refiere, con lo que venía ocurriendo en otras latitudes. Al efecto, es ilustrativo el párrafo siguiente, que alude a la situación española de fines de los mismos años 80: "Es cierto el hecho que el legislador, excesivamente preocupado por ofertar al imputado un proceso ajustado a derecho, se ha olvidado, con frecuencia, del sujeto pasivo del delito, y consecuencia de ello es la falta de regulación y por ello de eficaz protección de los derechos de la víctima".<sup>82</sup>

## LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

### *Breve recuento histórico*

Como aconteció antes, creo indispensable dar una breve noticia de la historia del nuevo Código, para permitir que las referencias que se formulen más adelante tengan cabal sentido.

En 1992 se celebró en la ciudad de Viña del Mar un seminario internacional que, bajo el título de "Reformas Procesales en América Latina y su Impacto en la Modernización de la Gestión de los Tribunales: la Oralidad en los Procesos", organizaran una institución privada de larga trayectoria y prestigio en el medio

---

panta, que todo inculpado, sea o no querrellado y aun antes de ser procesado (!) en la causa, podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos que le acuerden las leyes y los que el tribunal estime necesarios para su defensa. En especial podrá:

- 1) Designar abogado patrocinante y procurador;
- 2) Presentar pruebas destinadas a desvirtuar los cargos que se le imputen;
- 3) Rendir información sumaria de testigos para acreditar su conducta anterior, sin necesidad de ofrecerla o anunciarla por escrito previamente;
- 4) Pedir que se active la investigación;
- 5) Solicitar conocimiento del sumario en conformidad a las reglas generales;
- 6) Solicitar reposición de la orden de detención librada en su contra;
- 7) Apelar de la resolución que niegue lugar al sobreseimiento o sólo sobresease temporalmente, y
- 8) Intervenir ante los tribunales superiores en los recursos contra la resolución que niega lugar a someterlo a proceso y en los recursos y consultas relativos al sobreseimiento.

---

<sup>82</sup> Cfr. María del Carmen Calvo, "Algunas sugerencias en torno a la Futura Reforma del Proceso Penal", *Justicia* 90, p. 63.

cultural chileno: la Corporación de Promoción Universitaria (CPU) y las Facultades de Derecho de las Universidades de Valparaíso y Diego Portales.<sup>83</sup>

Puede señalarse, sin temor a errar, que ese evento marcó el comienzo de un trabajo mancomunado, que, bajo el alero de CPU y con la colaboración de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y la posterior participación de otra institución privada, la Fundación Paz Ciudadana, desarrolló un extenso número de académicos, jueces y abogados hasta generar un Anteproyecto de nuevo Código, que presentado al Ministerio de Justicia, recibió el entusiasta y decisivo respaldo de la Ministra de Justicia.

Fue así como durante 1994, ahora bajo la gestión del Ministerio, y con la incorporación de otros institutos y operadores, se revisó el anteproyecto, que finalmente el Presidente de la República elevaría a la consideración del Congreso Nacional, promediando 1995.

En él, la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, tras un detenido análisis de cada una de sus disposiciones, lo aprobó por unanimidad, en agosto de 1996. Suspendida su tramitación legislativa, en tanto se aprobaba la reforma constitucional que introducía al Ministerio Público en el ordenamiento constitucional chileno, el Código sólo se publicó en el Diario Oficial el 12 de octubre de 2000 y comenzó a regir, en las regiones Cuarta y Novena, el 16 de diciembre del mismo año.<sup>84</sup>

### *Reseña de principales características*

El nuevo Código Procesal Penal se caracteriza por confiar la instrucción penal a un órgano autónomo –de rango constitucional–,

---

<sup>83</sup> Los expositores fueron Julio Maier y Alberto Binder, de Argentina; Luis Torello, de Uruguay; Olmán Arguedas, de Costa Rica, William Davis, de Estados Unidos, y Cristián Riego y el autor de este comentario, de Chile. Las ponencias, sus comentarios y los discursos respectivos se publicaron por CPU en un libro de 298 páginas, con el mismo título que el Seminario, en 1993.

<sup>84</sup> El conjunto de la Reforma Procesal Penal se integra con una reforma constitucional, para dar acogida constitucional al Ministerio Público, una ley orgánica de este Ministerio, una Ley de Defensoría Pública y con modificaciones al Código Orgánico de Tribunales.

el Ministerio Público, al que también se confían las tareas de acusar y sustentar la acción penal ante el tribunal correspondiente.

La actividad del Ministerio Público está sujeta a la decisión de un juez de control de la instrucción, que, como juez de garantía, debe autorizar la práctica de aquellas actuaciones, diligencias o medidas que importen vulneración de las garantías constitucionales de los imputados o de terceros.

Concluida la etapa instructora, se da lugar a una intermedia, o audiencia de preparación del juicio oral, al estilo del *Zwischenverfahren* del proceso penal alemán, en que se presenta la acusación y las defensas, se resuelven las excepciones previas, si las ha habido, se determina la prueba a rendir en el futuro juicio para dar,<sup>85</sup> finalmente paso a un juicio oral y público, ante un tribunal colegiado, integrado por tres jueces letrados y cuya sentencia no será susceptible del recurso de apelación.

### *Principales innovaciones*

De los variados institutos que se incorporan al ordenamiento procesal penal chileno, vale bien referirse, a lo menos, a los siguientes:

a) Se confiere al Ministerio Público la facultad de disponer el **archivo provisional** de las investigaciones, cuando no aparecieren antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (art. 241).

b) **Principio de oportunidad:** se reconoce a los fiscales del Ministerio Público el derecho de no iniciar la persecución penal o de abandonar la ya iniciada, cuando se tratare de hechos que, por su insignificancia, no comprometiesen gravemente el interés público,<sup>86</sup> salvo que la pena mínima asignada al delito

<sup>85</sup> Ésta constituye una de las actividades más relevantes de la audiencia de preparación del juicio oral: se trata del debate acerca de la admisibilidad de las pruebas que podrán producirse en el juicio, lo que pone en juego ideas sobre reglas de exclusión de pruebas (ilícitas, improcedentes, repetidas, etc.) y que genera un estado procesal futuro que nuestros operadores –jueces y abogados– recién comienzan a comprender: así, hay jueces de Tribunal de Juicio Oral que han creído, incluso, posible revisar las decisiones de los jueces de garantía en estos temas.

<sup>86</sup> El art. 153 de la Ordenanza Procesal Penal alemana, indirecto modelo del Proyecto, permite prescindir de la persecución si la culpabilidad fuere considerada ínfima y no existiere interés público en la persecución. En relación a estos térmi-

excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (61 días) o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus facultades (art. 244).

c) **Suspensión condicional del procedimiento:** con el acuerdo del imputado, el fiscal puede solicitar al juez de control de la instrucción la suspensión condicional del procedimiento, si la pena privativa o restrictiva de libertad que pudiere imponerse no excede de tres años; si el imputado no ha sido antes condenado por crimen o simple delito y si sus antecedentes personales, su conducta anterior y posterior al hecho y la naturaleza, modalidades y móviles determinantes del delito permiten presumir que no volverá a delinquir.

Esta suspensión no procede jamás tratándose de delitos especialmente graves (aborto, homicidio, violación, tráfico de estupefacientes, etc.), y para que el juez la pueda conceder, es preciso que el imputado acepte los hechos materia de la persecución penal.

El juez determina las condiciones que deberán observarse durante el lapso de la suspensión y si éste transcurre sin que por inejecución de dichas condiciones o por otros motivos la suspensión haya debido revocarse, la acción penal se entiende extinguida (arts. 311 a 314).

d) **Acuerdos reparatorios:** Si el delito recae sobre bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria o se trata de delitos culposos que no hubieren producido la muerte ni hubieren afectado en forma permanente y grave la integridad física de las personas, el juez puede aprobar acuerdos reparatorios entre el imputado y la víctima.<sup>87</sup>

---

nos, "culpabilidad mínima o ínfima" y "falta de interés público en la persecución", véase *Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España*, de Teresa Armenta Deu., PPU, Barcelona, 1991, p. 181.

---

<sup>87</sup> El art. 39 del Código de Procedimiento Penal de Colombia permite la extinción de la acción penal por indemnización integral de los perjuicios en los delitos de homicidio y lesiones culposas, cuando no concurren ciertas circunstancias de agravación y en los delitos contra el patrimonio económico, excepto el de hurto calificado y la extorsión. *Cfr. El Proceso Penal*, Jaime Bernal-Eduardo Montealegre, Univ. Externado de Colombia, Bogotá, 2ª reimp., 1995, p. 455.



Este acuerdo reparatorio extingue la acción penal (art. 315).

e) **Procedimiento abreviado:** Cuando la pena solicitada por el Ministerio Público no excediere de cinco años de presidio menor en su grado máximo, podrá proponer, con acuerdo del acusado y su defensor, que la causa sea fallada en la audiencia de preparación del juicio oral.

Si el juez se convence de que el acusado ha prestado su conformidad al acuerdo libre y voluntariamente; de que conoce su derecho a un juicio oral y que acepta los hechos materia de la acusación, aprobará el acuerdo y sustanciará y fallará él la causa, al término de la cual no podrá imponer una pena superior a la pedida por el Ministerio Público (arts. 466 a 475).

#### 5.4. DE LA VÍCTIMA EN EL NUEVO CÓDIGO

A diferencia del texto que viene a reemplazar, el nuevo Código observa una preocupación constante por este sujeto tan importante que es la víctima, al grado que no parece exagerado afirmar que una de las notas distintivas del nuevo cuerpo legal es, precisamente, su preocupación por dicha víctima, como se demuestra con la exigencia legal que impone que en todo recinto policial, de juzgados de garantía, de tribunales de juicio oral en lo penal del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en un lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignent los derechos de las víctimas (art. 137 Código Procesal Penal).

No sorprenderá, entonces, el saber que el Párrafo 6º del Título IV (Sujetos procesales) se destina, específicamente a tratar de la víctima.

##### – *Concepto*

Para el Código, es víctima el “**ofendido por el delito**”, y es a este sujeto a quien se reconoce la plenitud de derechos que el Código consagra.

Con todo, se aclara que en los delitos cuyo resultado fuere la muerte del ofendido y en los casos en que éste no pudiese ejercer los derechos que el Código le otorga, se considera víctima a un conjunto de personas que se enumeran con precisión.

Parece evidente, aunque así no se exprese, que la imposibilidad de ejercer los derechos que autoriza la intervención de estos terceros se deberá precisamente al delito, esto es, tal imposibilidad será su consecuencia.

– *¿Quiénes pueden ejercer los derechos de la víctima?*

La posibilidad de ejercer los derechos de la víctima se otorga a las siguientes personas:

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

– *¿Cuáles son los derechos de la víctima?*

Los derechos de la víctima están regulados de manera diversa:

a) De una parte, se consagra una precisa enumeración de los mismos (art. 109).

b) De otra, se recogen en disposiciones dispersas del Código.

Mirados todos ellos en conjunto, admiten la clasificación que sigue:

- a) Derecho de protección.
- b) Derecho de intervención.
- c) Derecho de audiencia.
- d) Derecho de impugnación.
- e) Otros derechos.

a) *La protección de la víctima (el derecho de protección)*

La preocupación del nuevo sistema por este olvidado personaje del proceso penal aparece en distintos cuerpos positivos, comenzando por el Código Procesal Penal, que consagra, entre los derechos que se le reconocen, el de “solicitar medidas de protección frente a los posibles hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia” (art. 109 letra a), regla que no obstante no tener rango constitucional, me parece empero de enorme importancia, por su manifiesto afán general y por constituir el primer reconocimiento explícito, en orden a que la persona afectada por el delito tiene **el derecho** de obtener, de la organización estatal, antes que otras prestaciones, que se

vele por su seguridad y tranquilidad, ya perturbadas por el comportamiento delictivo. Si el Estado no fue capaz de evitar que el atentado delictivo se produjere, tiene, en cambio, el imperativo legal de evitar que se repita o que, a consecuencia de su perpetración, el hechor o terceros (amigos, familiares, copartícipes, etc.) incrementen la conocida sensación de indefensión, angustia y temor que sobreviene en las personas atacadas delictualmente.

Con lo que, me parece, es una manifestación evidente del afán nacional de consignar este deber, en el más alto nivel normativo, el art. 80 A de la Carta Política, tras establecer el Ministerio Público en el ordenamiento constitucional chileno y dotarlo de autonomía, proclama que, entre otras tareas, “le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas...”, norma a partir de la cual puede ya reconocerse un sistema que impone la tarea protectora sobre todos los órganos y sujetos estatales participantes en la persecución y enjuiciamiento penal.

Con este preámbulo, puede afirmarse que la protección que la víctima tiene el derecho de exigir está confiada al Ministerio Público, a los jueces y a la policía.

#### a.1.) *La protección del Ministerio Público*

A más de la norma constitucional, se establece en el Código Procesal Penal que “el Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal” (art. 6º), regla que, bajo el epígrafe de “información y protección a las víctimas”, reitera el art. 78, consignando que “será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas o solicitarlas en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo (procedimiento) y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir”.<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Es extremadamente importante consignar que la Corte Suprema, en sentencia de 2 de octubre de 2002, dictada en un recurso de nulidad deducido por la Fiscalía, que impetraba la nulidad del juicio, porque la víctima se había negado a comparecer, sostuvo que “...constituiría una manera curiosa de lograr (el restablecimiento de la paz social) el sujetar a la víctima a que además de la violencia que ya se le ha inferido, sufra otra adicional, para que colabore con los designios

En tal perspectiva, la norma impone a los fiscales realizar a favor de las víctimas, entre otras actividades, las siguientes: Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

El interés del sistema por este preferente interviniente del proceso penal no se agota en las declaraciones: la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (19.640), junto con reiterar, en su art. 1º, que al Ministerio Público corresponde adoptar medidas para proteger a las víctimas, establece que en la Fiscalía Nacional existirá una Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos (art. 20 letra f), unidad que también deberá existir en cada Fiscalía Regional (art. 34 letra e). Complementariamente, se señala que corresponde al Fiscal Regional “disponer las medidas que faciliten y aseguren... la debida atención de las víctimas...” (art. 32 letra g), en tanto que al Fiscal Nacional se le autoriza para asumir, de oficio y de manera excepcional, la protección de las víctimas... respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctima lo hiciere necesario para garantizar que dichas normas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía.

Todavía más, la ley permite que el Fiscal Nacional disponga, de manera excepcional, que un Fiscal Regional determinado asuma “la protección de las víctimas en relación con hechos delictivos que lo hicieren necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación” (art. 19).

#### a.2.) *La protección de los jueces*

En sentido amplio y en la medida que es tarea de los jueces declarar y aplicar el Derecho o, lo que es lo mismo, hacer cumplir el ordenamiento jurídico, todos nos hemos de sentir protegidos por los jueces, y no parecería admisible que unos tuvieran mayor protección judicial que otros.

---

persecutorios de la Fiscalía”. C. Suprema, rol Nº 1989-02, M.P. contra Sandro Mauricio Manicura Cid y Gerardo E. Godoy Bustamante (Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Temuco).

Bajo el nuevo esquema de estructura orgánica aplicable al proceso penal chileno, empero, se confía al juez de garantía la tarea de “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso, de acuerdo a la ley procesal penal” (art. 14 Código Orgánico de Tribunales), y, en lo que atañe a la víctima, el art. 6º del Código Procesal Penal, con el rótulo de “protección de la víctima”, preceptúa que “por su parte, el tribunal garantizará, conforme a la ley, la vigencia de sus derechos durante el procedimiento”.

Se deja, de este modo, constancia expresa de la función de cuidado o protección de derechos de la víctima que la ley confía también al juez en la nueva legislación procesal penal.

### a.3.) *La protección policial*

Establecido que un deber principal de toda policía es, precisamente, prestar amparo y protección preventiva y reparadora a las personas, no puede sorprender que, al margen de las disposiciones que las diversas leyes, incluyendo sus propias leyes orgánicas, imponen tanto a la policía civil (Policía de Investigaciones) como a la policía militarizada (Policía de Carabineros), el Código Procesal Penal, que ya ha dispuesto que “la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle (a la víctima) un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir” (art. 6º inc. final), impone a la policía no sólo como una de las escasas actividades que con motivo de la comisión de un delito puede y debe realizar autónomamente, esto es, sin esperar la orden del fiscal, sino además, como la primera de las que se enuncian, la de “prestar auxilio a la víctima” (art. 83 letra a).

### b) *El derecho de intervención*

El nuevo régimen procesal penal innova radicalmente en una cuestión procedimental del más alto interés: se pone fin al modo secular de accionar en los procesos penales, por la vía del reconocimiento de una acción pública popular. No es ya posible, en consecuencia, que cualquiera se presente al juicio penal, ejerciendo acción penal pública “a nombre de la sociedad y para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio”, como lo autorizaba el art. 11 del viejo Código de Procedimiento Penal.

La Constitución Política, como consecuencia de la modificación experimentada para dar abrigo a las instituciones del nuevo sistema procesal penal, proclama ahora que “el ofendido por el delito y **las demás personas que determine la ley**, podrán ejercer igualmente la acción penal” (art. 80 A inc. 2º), con lo que se circunscribe el ámbito de ejercicio de esta acción exclusivamente a la víctima –ofendido por el delito– y a una categoría específica y acotada de personas: aquellas que la ley señale expresamente.

La intervención que se autoriza a la víctima supone que ésta evalúe sus opciones de comportamiento, en función de las características y circunstancias de la actividad procedimental en desarrollo: de allí que, desde una perspectiva lógica, preceda a la decisión de intervención el conocimiento y análisis de las posibilidades que se ofrecen y los logros que se pueden alcanzar. Todo este proceso intelectual descansa en la información que se maneje, lo que confiere al conocimiento que se adquiriera enorme importancia. Es en esta línea en la que debe entenderse el deber que se impone a los fiscales de “entregarle (a la víctima) información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos” (art. 78 letra a).

Repárese en que se impone el deber de otorgar información por la sola circunstancia de tener el sujeto condición de víctima y con prescindencia de la actividad que desarrolle en relación al proceso.

Es, en consecuencia, una insuperable demostración de la consideración que se dispensa a la persona por la calidad referida.

Establecido que la ordenación procedimental reconoce a la víctima el derecho de intervenir en el proceso, realizando actuaciones, sin más requisitos o condiciones que su calidad de tal (p. ej.: le permite oponerse al ejercicio del principio de oportunidad por el fiscal), es lo cierto que el modo más efectivo de intervención es el que se materializa a través de la interposición de la correspondiente querella. En este sentido, el art. 111 del Código establece que “la querella podrá ser interpuesta por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario”<sup>89</sup> y

---

<sup>89</sup> Se produjo, a propósito de este tema, una notable disminución de derechos de las víctimas en el Código: conforme al Proyecto del Ejecutivo, el directa-

al querellante, el mismo cuerpo legal le reconoce la posibilidad de adherir a la acusación fiscal o formular acusación particular contra el imputado (art. 261).

Me parece que obrando en consecuencia, el legislador procesal penal llegó al extremo –acorde con la preceptiva constitucional– de autorizar al querellante, en caso de que el Ministerio Público estimare, concluida la investigación, no haberse reunido antecedentes suficientes para fundar una acusación, para deducir acusación por sí y llevar el asunto al juicio oral, sin intervención del fiscal (art. 258).

– *El debate patrimonial*

La tradición jurídico-penal chilena reconoce, desde siempre, el derecho de los patrimonialmente perjudicados por el delito para entablar las acciones civiles que les parecieren procedentes, en el mismo proceso penal, con prescindencia de si a la condición de dañados unieren o no la de víctimas del hecho delictual: en una tendencia legislativa cada vez más intensa, una reforma del año 1989 llegó al grado de autorizar toda demanda civil en el proceso penal, sin más limitación que la de exigir que el fundamento de la acción civil obligara al tribunal a juzgar las mismas conductas que constituyen el hecho punible objeto del proceso penal.

El legislador del Código Procesal Penal primitivo no miró con gran simpatía la actividad de la víctima al interior del proceso, y en consecuencia sólo a regañadientes terminó aceptando que ella pudiese deducir demanda civil para obtener la reparación de los perjuicios experimentados, pero estableció una

---

mente ofendido por el delito podía, además de deducir por sí querella, conferir mandato a alguna persona jurídica sin fines de lucro para que ejerciera, en su representación, los derechos y facultades que le correspondían, idea a la que atribuyo una notable importancia en los tiempos actuales. De la modalidad propuesta se desprendía la posibilidad de las personas de entrar al proceso penal en efectivas condiciones de igualdad frente a corporaciones o poderosos litigantes. Es el camino discurrido en el Derecho Comparado –recogido por el Proyecto– para que las asociaciones de consumidores y de ciudadanos en general puedan hacer valer sus derechos en los procesos penales, de manera real y efectiva, amparados en el prestigio y la solidez de la institución de que se trate. El Congreso chileno cedió a la implícita presión de quienes temían a la acción coordinada de consumidores y de ciudadanos en general y eliminó la norma propuesta.

limitante: la pretensión resarcitoria sólo podrá hacerse valer en contra del imputado del hecho criminal<sup>90</sup> y, en consecuencia, si existen pretensiones que terceros ajenos quisieran ejercer en contra del imputado o hubiere algunas que la víctima deseara hacer valer en contra de terceros civilmente responsables, ellas deberán deducirse en cuerda civil separada.<sup>91</sup>

En el proceso penal se autoriza a la víctima para instar por el otorgamiento de medidas cautelares reales durante la investigación (art. 157), y el deducir las demandas de indemnización de perjuicios y otras que se estimen, en la referida audiencia de preparación del juicio oral.

### c) *El derecho de audiencia*

Una demostración muy elocuente de la consideración que se dispensa a la víctima en el nuevo régimen procesal la constituye el reconocimiento de un real y efectivo derecho que se establece para que ella pueda ser oída por las instancias y órganos que participan en la persecución y juzgamiento penales.

La primera modalidad en que se presenta este derecho aparece con la facultad que se otorga a la víctima para ser oída por el fiscal –si lo solicitare–<sup>92</sup> antes de que éste pida o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada. Esta conducta se impone, además, como deber del Ministerio Público (art. 78 letra d).

<sup>90</sup> El art. 109 incluye, entre los derechos de la víctima, el de “ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible”, en armonía con lo dispuesto en el art. 59, que, a propósito de las acciones civiles, preceptúa que “...durante la tramitación del procedimiento penal, la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código... las acciones... que tuvieron por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible”.

<sup>91</sup> El art. 59 dispone en su inciso final que “...las acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieran personas distintas de la víctima o se dirigieran contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales”.

<sup>92</sup> Es importante recordar que en el proyecto la víctima debía ser siempre oída en estos casos y que, en cambio, el Congreso dispuso que el derecho lo tendría siempre que ella solicitare ser escuchada, razonable modificación que confiere agilidad al sistema.



Se inscribe este derecho de la víctima en uno de los temas de mayor controversia del nuevo Código: el referido al ejercicio de sus facultades por el Ministerio Público.<sup>93</sup>

El sistema del nuevo cuerpo legal es someter al fiscal no sólo al control directo del juez de garantía, sino además al de la víctima, a través de la intervención que se le autoriza desarrollar.

De esta manera, cuando el fiscal desee archivar provisionalmente los antecedentes de la investigación, si la víctima ha solicitado ser oída, deberá ser informada y ella podrá solicitar la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación, sin perjuicio, además, de la posibilidad que se le confiere de reclamar de la negativa ante la autoridad superior del Ministerio Público.

Si el fiscal estima que no corresponde instruir, ora porque los hechos no son constitutivos de delito, ora porque la responsabilidad penal está extinguida, la víctima puede provocar la intervención del juez de control, interponiendo la querella, y si el juez la admite a tramitación, el Ministerio Público deberá seguir adelante con la investigación (art. 169).

Víctima y juez habrán doblegado la voluntad del fiscal.

Adicionalmente, consagra el Código otra modalidad de ejercicio de este derecho de la víctima: también al tribunal se le impone el deber de oír a la víctima, si ella lo hubiere solicitado, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa (art. 109

---

<sup>93</sup> En un país sin ninguna tradición ni experiencia de Ministerio Público real, y que, por el contrario, ha descansado, de siempre, en el juez instructor, es comprensible que la instalación de un Ministerio Público instructor despierte suspicacias variadas. Si a ello se agrega que por razones múltiples predomina entre los operadores jurídicos un *acendrado espíritu conservador*, al que no es enteramente ajeno un habitual desconocimiento efectivo de instituciones de Derecho Comparado, podrá entenderse lo arduo de la tarea de convencer de las bondades de la institución. Con notable desconocimiento de la normativa misma del Proyecto, se le ha imputado el dar a luz un órgano que se tornará en medio de buscar el control político de la sociedad; de amparar corruptelas; de disminuir el rol del Poder Judicial, etc.

Intentando desvanecer tales recelos, escribimos, en su momento, un paper “¿Quién controla al Ministerio Público?”, en el que demostramos el determinante trabajo que se asigna al juez de garantía, importante responsable de la actividad del fiscal.

letra e). Si el fiscal se propone ejercer el principio de oportunidad, en las ocasiones en las que es legalmente procedente –decisión que habrá de comunicar a la víctima, si ésta ha pedido ser oída–, el juez deberá dejar sin efecto la decisión que al efecto se haya adoptado, cuando la víctima le manifestare, **de cualquier modo**, su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal (art. 170 inc. 3º), cuestión que deja la situación en un punto límite en el ámbito del respeto de los derechos de la víctima frente a las potestades del Ministerio Público y, en especial, frente a la implícita función de programar y llevar a cabo políticas públicas de persecución penal.

A nadie puede escapar que el ejercicio del principio de oportunidad constituye una eficaz vía de ejecutar políticas de persecución penal, toda vez que de tal ejercicio se obtiene una asignación de los recursos públicos humanos y materiales a objetivos específicos –razonablemente estimados como de mayor peligrosidad social–, lo que resulta posible porque ellos son liberados de otros campos de persecución, legalmente procedentes, pero que no representan atentados graves a la convivencia social (v. gr., el consumo de bebidas alcohólicas en la vía pública).

¿Será prudente dejar condicionado este modo de administración de los recursos que se confiere al fiscal a la discrecionalidad de la víctima, que, comprensiblemente, instará siempre por que el delito que en su contra se cometió se investigue cabalmente?

Surge así uno de los tantos reparos que se pueden oponer a la indiscriminada y amplísima intervención que se confiere, en el nuevo régimen procesal penal chileno, a la víctima.

Todavía más, si bien el Código (art. 237) dispone que si el querellante asistiere a la audiencia en que se ventilare la suspensión condicional del procedimiento, **deberá** ser oído por el tribunal, lo que pareciera dejar la cuestión entregada a la decisión del querellante de participar o no en la audiencia, previamente ha establecido que si la víctima lo hubiere solicitado, deberá ser oída por el fiscal, antes de solicitar dicha suspensión (art. 109 letra d).

En la misma línea, se establece que la víctima será oída por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo (para decretar el sobreseimiento el juez de-

berá citar a todos los intervinientes<sup>94</sup> a una audiencia, ocasión en que escuchará a la víctima, entre otros, y se la oirá también antes de pronunciarse cualquiera otra resolución que ponga término a la causa, como podría ser la sentencia definitiva o una que falle un recurso de nulidad, que, de acogerse, podría disponer que se verifique un nuevo juicio).

Éste es un tema nuevo en el sistema procesal nacional, que cobra gran importancia si se advierte que, de acuerdo al art. 69 inc. 2º *in fine*, “la alusión (en alguna norma) al tribunal se entenderá que puede corresponder al juez de garantía, al Tribunal de Juicio Oral en lo penal, a la Corte de Apelaciones o a la Corte Suprema”.

No cabe duda, entonces, de que es perfectamente posible que la víctima pida ser escuchada por la Corte Suprema antes del fallo de un recurso de nulidad, derecho que le es conferido con entera prescindencia de si ha deducido o no una querrela penal, puesto que, en tal evento, su derecho para intervenir ante la Corte, alegando o informando, como se dice en el Derecho español, constituye un derecho o facultad procesal inherente a quien litiga en una causa o proceso penal. La modalidad de ejercicio de este derecho no ha sido aún regulada por la Corte ni existen precedentes: por nuestra parte, pensamos que en la audiencia que se realice para conocer del recurso, la víctima –no querellante– deberá recibir un tiempo prudencial para formular sus comentarios, lo que, sin dudas, será toda una novedad para el ceremonioso escenario de la Corte y que plantea dudas acerca de la forma de comparecencia que se tratan en los acápites que siguen.

#### d) *El derecho de impugnación*

La posibilidad de la impugnación que a lo largo de sus normas le confiere el Código a la víctima, se extiende desde lo estrictamente jurisdiccional a lo administrativo, esto es, alcanza tanto a

---

<sup>94</sup> El art. 10 del Código declara que “para los efectos regulados en este Código, se considerará interviniente en el proceso a los fiscales del Ministerio Público, al imputado, a la víctima, al querellante particular, al actor civil y al tercero civilmente responsable, desde el momento en que hubieren realizado cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permita ejercer facultades determinadas”.

la impugnación de algunas resoluciones judiciales como a algunas decisiones de los fiscales del Ministerio Público.

d.1.) *Impugnación de resoluciones judiciales*

En forma perfectamente novedosa para lo que constituye el régimen recursivo en el orden procedimental chileno, el nuevo Código consagra, expresamente, el derecho que se otorga a la víctima para impugnar el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento (**art. 109 letra f**).

Esta posibilidad impugnadora genera, como en el caso de la facultad de la víctima antes analizada de ser oída por los tribunales, algunas dudas que dicen relación con el régimen general de acceso a los tribunales: ¿la impugnación debe efectuarse con sujeción a los términos de la Ley N° 18.120, esto es, la que determina la obligación, en general, de comparecer en juicio con patrocinio de abogado habilitado para ejercer la profesión?

Lo que no merece dudas es que para ejercer este derecho impugnador, la víctima no requiere haber deducido querrela, tanto porque el Código regula en forma enteramente separada las posibilidades de actuación del querellante y las de la víctima, cuanto porque impugnar las resoluciones judiciales es un derecho inherente a la condición de querellante, que, en la terminología tradicional, es una parte plena del juicio penal. En otras palabras, carecería de todo sentido la norma que de forma explícita consagrara este derecho de impugnación de la víctima si su ejercicio supusiere la condición adicional de querellante.

El Código contiene una norma de remisión –el art. 52– con arreglo a la cual serán aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opusieren a lo estatuido en él, o en leyes especiales, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Civil, conjunto normativo que, como es sabido, no alude al instituto del patrocinio de abogado, lo que permite estimar que la disposición no ayuda a resolver la interrogante.

A su turno, la Ley N° 18.120 contiene normas de pretensiones reguladoras muy genéricas (la primera gestión en juicio), de las que parece desprenderse su aplicación a esta modalidad

impugnadora que se viene analizando, en conclusión que viene a reafirmarse cuando se recuerda que el art. 398 del Código Orgánico de Tribunales estatuye que ante la Corte Suprema sólo se puede comparecer por abogado habilitado o por procurador del número, todo lo cual conduce, con facilidad, a la conclusión de que una impugnación de resolución, ante la Corte Suprema a lo menos, no puede tener lugar sino por una actuación de la persona con patrocinio de abogado.

Que el nuevo régimen procesal penal se aparta del sistema de comparecencia con representación forzada en juicio, común en el derecho chileno, se puede comprobar reparando en que, en el juicio oral, se exige (art. 288), bajo riesgo de declaración de abandono de la querella, que el querellante –la víctima– o su apoderado comparezcan al juicio y/o no abandonen la audiencia sin previa autorización, lo que demuestra la idoneidad de la simple comparecencia personal, sin patrocinio, en ese caso específico, de abogado.

Es mi impresión, en este tema, que el propósito y sentido de la norma son los de otorgar a la persona común y corriente, al ciudadano víctima de un delito, este derecho de comparecer ante sus tribunales de justicia directa y sencillamente, para expresar sus observaciones o, en este caso, impugnaciones: en esta línea, siento que demandar del afectado el cumplimiento de estas formalidades propias de la ritualidad de los juicios representa un apartarse del querer del legislador, que, manifiestamente, buscó institutos que confieren a la víctima la condición de un litigante o interviniente privilegiado. Termina este trato preferente, en el mejor sentido de la expresión, si se somete a la víctima al régimen común de comparecencia en juicio.

#### d.2.) *Impugnación de decisiones o resoluciones del Ministerio Público*

Con arreglo a lo establecido en el art. 33 de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, compete a los Fiscales Regionales resolver las reclamaciones que los intervinientes (descripción genérica que incluye a la víctima) en un procedimiento formulen, por escrito, en contra de un fiscal adjunto: la ley procesal penal alude a diversas posibilidades de impugnación de las decisiones de estos fiscales (v. gr., cuestiones referi-

das a archivo provisional, art. 167; a principio de oportunidad, art. 170 inc. 6º; a arbitrariedad de la formalización de investigación, art. 232, etc.)

Adicionalmente, desde que el art. 7º de la aludida Ley Nº 19.640 dispone que las autoridades y jefaturas del Ministerio Público, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán el control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia, control que se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones, la posibilidad de que la víctimas y otros, reclamen –impugnen– las actuaciones de los fiscales ante sus superiores ha quedado genérica y globalmente establecida en la ley.

No resulta ocioso reiterar que el Código no condiciona el ejercicio de los derechos de la víctima a la interposición de querrela, y que, en consecuencia, numerosas disposiciones, a lo largo de su conformación, ofrecen explícitas posibilidades de actividad de la víctima, adicionales o no, comprendidas en la clasificación que precede, que, como es manifiesto, no persigue sino simplificar, con una perspectiva general, la visión del trato que a la víctima se otorga en el nuevo ordenamiento procesal penal chileno.

#### e) *Otros derechos de las víctimas*

A lo largo del Código aparecen, además, según se anticipó, diversos derechos conferidos a la víctima, tanto de ejercicio privativo (v. gr.: en el art. 314 se declara que ella tendrá siempre acceso al registro en que se consignen las suspensiones condicionales de los procedimientos) como de ejercicio compartido con otros intervinientes (asistir a los reconocimientos; a las actuaciones; acceder a los registros y documentos de la investigación fiscal y policial; etc.).

### 5.5. LA VÍCTIMA COLECTIVA

Vivir, a los inicios del presente siglo, en un Estado democrático de Derecho, al interior de un país signatario de tratados y convenciones que enfatizan al hombre, al individuo, como el ele-

mento fundamental de la actividad colectiva; de un país que no vacila en reconocer en su Constitución que el ejercicio de la soberanía, esto es, del poder del Estado, reconoce como limitación el respeto a los derechos fundamentales que emanan de la naturaleza del hombre, de entre los cuales la dignidad de las personas parece ser el principal, impone leer los institutos procesales de un modo diverso.

Las antiguas modalidades de acceso individual a la justicia se tornan ya insuficientes y dan paso a acciones colectivas que deben estructurarse en función de una noción de tutela judicial efectiva a los nuevos requerimientos de la vida social: deben reconocer el modo imperceptible, pero no menos eficaz, en que nuestra existencia se condiciona por decisiones de grandes estructuras financieras y comerciales y han de otorgarnos la adecuada protección.

Deberán además asumir que el derecho a vivir en un medio ambiente adecuado, amable, no hostil, constituye un derecho de la personalidad, reparando en que otros de los mismos derechos, como la integridad física y la salud, se sustancian en el equilibrio ecológico propicio e indispensable para el bienestar psico-físico del hombre.<sup>95</sup>

Todo claro, dentro de la óptica de necesaria reestructuración de los esquemas procesales clásicos para su adaptación a los conflictos emergentes, propios de una sociedad de masas, en los términos de Cappelletti, en la que las relaciones de consumo representan un punto nodal y todo, en la idea mayor, esbozada décadas atrás, según la cual la llamada "crisis del derecho" tal vez apenas encubra las dificultades de dominar con categorías jurídicas substancialmente precapitalistas, la fenomenología de una sociedad posmoderna.<sup>96</sup>

La cuestión pasa por un reconocimiento previo: como lúcidamente repararon ya otros ordenamientos, es preciso conferir protección jurisdiccional al individuo que constituye uno entre cientos o miles de afectados por un problema y que encuentra

<sup>95</sup> Sentencia Almada, Hugo Néstor, C. Copreto S.A. y otros. Suprema, C. de Bs. Aires, Redacción de J. C. Hitters, *cit.* por Sosa en *La defensa jurisdiccional...*, *cit.* en p. 225.

<sup>96</sup> Ada Pellegrini Grinover, "Acceso a justicia e o Código de Defesa don Consumidor", en *O Processo em Evolução*, Forense Universitaria, Rio Janciro, 1996, p. 126.

dificultado su acceso a la justicia, porque la entidad patrimonial de su controversia probablemente desalentará la participación de abogados que no encontrarán alicientes de remuneración en el tema; al mismo tiempo se requiere sentar condiciones de equidad, más allá de las cuestiones meramente formales, entre este desamparado comprador y la gran multinacional que culposa, irresponsable o dolosamente ha fabricado y/o vendido el producto, todo lo cual, empero, debe verificarse bajo un sello de irrestricto respeto a las garantías de un debido proceso de ley.

Las inimaginables modalidades de la nueva delincuencia, con su secuela de víctimas múltiples: piénsese en el terrorismo, a través de sus múltiples facetas; en la deliberada contaminación de alimentos; de aguas; de aire; o en los descomunales desfalcos de instituciones financieras, como compañías de seguros, bancos o instituciones previsionales privadas, que por el manejo delictual de sus propietarios u operadores, pueden ocasionar daños patrimoniales irreversibles a enormes conglomerados ciudadanos.

No puede sorprender, entonces, que el Proyecto de Código Procesal Penal incluyera modalidades de accionar procesalmente, en sede penal, en amparo de intereses difusos y colectivos: se afirmaba en ese Proyecto que cualquier ciudadano en ejercicio de sus derechos políticos se podría querellar o lo propio podría hacer cualquiera asociación de ciudadanos, cuando se tratare de delitos cometidos por funcionarios públicos que implicaren una violación a los derechos humanos fundamentales o cuando se tratare de delitos que afecten intereses de la colectividad en su conjunto: lamentablemente, por razones de diverso origen, entre las que no están ajenas las que apuntan al desconocimiento del legislador de estas categorías, ya antiguas en el Derecho Comparado, obstaron a que la situación recibiera el trato adecuado en la sede legislativa y fue así como hubo de aceptarse la inclusión de un articulado muy insuficiente.

Tras proclamarse que sólo la víctima puede deducir querrela en el proceso penal, se agrega que cualquier persona capaz de parecer en juicio y domiciliada en la provincia,<sup>97</sup> en algunos

---

<sup>97</sup> Para entender este punto, es necesario recordar que Chile es un país unitario y que, para efectos administrativos, está dividido en 12 regiones y una Región Metropolitana, y que las regiones están constituidas por provincias.



casos, o con domicilio en la región, en otros, podrá igualmente querellarse.

Bastará tener domicilio en la provincia para estar autorizado a deducir querella por “hechos punibles que constituyeren delitos terroristas o fueren cometidos por funcionarios públicos y que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública” (art. 111 inc. 2º).

En cambio, los domiciliados en una región podrán deducir querella respecto de delitos cometidos en ella que afectaren “intereses sociales relevantes” o de la colectividad en su conjunto (art. 111, inc. 3º), fórmula poco feliz, empleada para aludir a intereses difusos y colectivos.

## 5.6. CONCLUSIONES

a) El ordenamiento procesal penal chileno que rigió durante todo el siglo XX y que aún se aplicará por algunos años, en forma decreciente, inquisitorial y arcaico, no tiene por la víctima especial preocupación. Como sus modelos decimonónicos, circunscribe las posibilidades de actuación al ejercicio de querellas y de demandas civiles.

b) El nuevo Código Procesal Penal, en cambio, la ubica como una persona que merece la atención y protección del sistema de justicia penal.

c) En aplicación de dicha idea, impone a los órganos de la persecución penal el deber de asistirle y proporcionarle la información necesaria para que adopte las decisiones que estime adecuadas a sus intereses.

d) Del mismo modo, le reconoce posibilidades directas de actuación en las diversas etapas del enjuiciamiento penal, disponiendo incluso que se la escuche antes del pronunciamiento de resoluciones judiciales de trascendencia.

e) Acorde con los tiempos, también la víctima colectiva ha recibido protección, en términos que, sin dudas, en el futuro se podrán mejorar.

## 6. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y DESTITUCIÓN DE JUECES

(A propósito de las diferencias entre requerimiento  
y acusación en el nuevo Código)

Se imputa al señor juez de la Comuna de XX, don NN, por el Ministerio Público, conducir un vehículo motorizado en estado de ebriedad, y al efecto se plantean las siguientes consultas en Derecho:

a) Si el formularse un requerimiento en contra del señor juez nombrado, con arreglo a lo prevenido para el procedimiento simplificado, importaría causal de expiración de sus funciones, atendido el hecho de consignarse en el art. 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales que el cargo de juez expira por la circunstancia de incurrir él en algunas de las incapacidades para ejercerlo.

b) Si la circunstancia de suspenderse, conforme lo autoriza el art. 398 del Código Procesal Penal, una eventual sentencia condenatoria, importaría incurrir en la causal de cesación del cargo prevista en el art. 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales en relación con los numerales 5 y 6 del art. 256 del mismo Código, cuyos textos se transcribirán.

Manifiestamente, el sentido de este informe no apunta al tema de Derecho Penal material comprendido en la situación que se analiza, sino principalmente a las gravosas consecuencias jurídicas que, conforme al ordenamiento nacional, podrían generarse para el afectado a partir de estos hechos, que, en verdad, aunque descritos como delitos, representan un modo propio de nuestros tiempos, en los que de manera inadvertida los derechos de las personas pierden vigencia: es que, en su origen, según recuerda Ferrajoli, el objeto del delito tenía que ser necesariamente un derecho subjetivo natural de la persona, uno de los bienes fundamentales para cuya tutela, según Locke, nace el Estado y que son “la vida... los medios necesarios para preservarla, la libertad, la salud, los miembros o los bienes”, es que, como también se ocupa de consignarlo, en la segunda mitad del siglo XIX, en sintonía con la reacción antiilustrada y antigarantista, estos conceptos perdieron toda acción axiológica y será Hegel quien dé respaldo o fundamento a esta noción ético-estatista, sostenien-

do que “el derecho contra el delito, es sólo derecho en sí... en lugar de ‘la parte lesionada’ aparece lesionado ‘lo universal’, que tiene su realidad propia en el tribunal y que se hace cargo de la persecución y castigo del delito...”, todo lo cual permite a Ferrajoli concluir en que “tras la huella de Hegel desaparecerán progresivamente del horizonte de las teorías del bien jurídico los intereses materiales de los individuos de carne y hueso, para dejar su puesto, primero, a los intereses y a la voluntad del Estado y, después, a la simple idea del Derecho y del Estado”.<sup>98</sup>

### 6.1. EL DERECHO SANCIONATORIO

La cuestión a que se alude en el presente Informe integra la modalidad jurídica denominada Derecho Penal Disciplinario, integrante de un género mayor, conocido como Derecho Sancionatorio o Represivo, del cual el Derecho Penal constituye el principal exponente.<sup>99</sup> Esta conclusión impone, de inmediato, otra derivada y que es la exigencia de someter la aplicación de las sanciones a un estatuto general común, en función de lo que el prestigioso catedrático argentino Enrique Aftalión denominaba la “Unidad Fundamental de Todo el Derecho Represivo”<sup>100</sup> y que encuentra positivación normativa explícita, entre nosotros, por aplicación de lo prevenido en los arts. 6º<sup>101</sup> y 5º inciso 2º de la **Constitución Política** de la República, en relación con lo dispuesto en el art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos,<sup>102</sup> con el art. 2º de la Ley Nº 18.575 (Orgánica Cons-

<sup>98</sup> Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón* (Teoría del Georantismo Penal), Edit. Trotta, 5ª edición, Madrid, 2001, p. 468.

<sup>99</sup> Forma parte del Derecho Sancionatorio, entre otros, el Derecho Administrativo Penal.

<sup>100</sup> Cfr. Enrique F. Aftalión, *Derecho Penal Administrativo*, Edic. Arayú, Bs. Aires, 1955, p. 11.

<sup>101</sup> Art. 6º inc. 1º: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”.

<sup>102</sup> Dispone esa norma: “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 carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

titucional de Bases Generales de la Administración del Estado)<sup>103</sup> y en diversas normas legales.<sup>104</sup>

El Derecho Penal Administrativo, escribía Manzini, [*y el Derecho Disciplinario, agregamos nosotros*] aunque es distinto de otras incriminaciones del Derecho Penal General, en razón de la especialidad de sus normas, no deja por ello de ser un Derecho Penal verdadero y propio, por su forma, su sustancia y su última finalidad,<sup>105</sup> coincidiendo así con Etcheberry, quien opina en términos semejantes.<sup>106</sup>

Entre los principios básicos que son comunes al Derecho Sancionatorio figuran –para los efectos que aquí interesan– los de legalidad, de garantía o tipicidad y de sujeción a investigación y procedimiento justo y racional, todos ellos bajo el inexcusable prisma que confiere la presunción de inocencia, siempre presente en el juzgamiento de las personas por el Estado.

La doctrina nacional sostiene que de la Constitución Política resultan derechos para las personas, constitutivos de límites para el *jus puniendi* del Estado, que son:

- a) debido proceso;
- b) debida investigación;
- c) legalidad;
- d) irretroactividad;
- e) presunción de inocencia.<sup>107</sup>

Por el de legalidad, concluimos que no pueden imponerse sanciones sino cuando el órgano respectivo está facultado por ley para aplicarlas y que no se podrán aplicar otras sanciones que las previstas por el texto de una ley: no de cualquiera ley, sino de una ley específica y determinada (porque, de otro modo,

<sup>103</sup> “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes”.

<sup>104</sup> Así, por ejemplo, el inc. 2º del art. 15 de la Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado declara que “en el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento”.

<sup>105</sup> V. Manzini, 1933, t. 1, p. 108.

<sup>106</sup> Cfr. Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal*, t. 1, parte general, 2ª edic., Carlos Gibbs, Stgo., 1965, p. 10.

<sup>107</sup> Cfr. Olga Feliú de Ortúzar, *Aplicación de Garantías Constitucionales Procesales y Penales, en el Ambito Administrativo*, Santiago, septiembre de 2003.

se correría el riesgo de que las sanciones pudieren ser las impuestas para otros comportamientos).

Por el de tipicidad, que sólo pueden ser merecedoras de sanciones conductas que estén expresamente descritas en la norma legal.

Finalmente, por el de sujeción a investigación y procedimiento justo y racional, que no puede haber sanción sin una investigación racional y justa y que la resolución que la imponga debe ser, a su vez, producto de un procedimiento idénticamente justo y racional y consagrado por la ley.

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional tiene decidido que “...*los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República, han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del ius puniendi propio del Estado.*

*Que entre ellos es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa identificación de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, una ley cierta”.*

Corroborando este aserto, nuestros Tribunales Superiores de Justicia han declarado que “...*los denominados en doctrina actos administrativos de gravamen, dirigidos por su naturaleza a restringir la esfera jurídica de los administrados, deben ser motivados y, aunque no importan ejercicio de la jurisdicción, respetar el principio de racionalidad y justicia del procedimiento, recogido en el inciso 5º del art. 19 de la Carta Política...*”<sup>108</sup>

La idea –sujeción del proceder sancionatorio por la Administración, a principios generales del Derecho Sancionatorio– también se desprende de la jurisprudencia reiterada de la Contraloría General de la República. Así, se ha resuelto, en relación al principio de **legalidad**, que “...*las sanciones administrativas, de*

<sup>108</sup> Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de septiembre de 1999. Corte Suprema, 5 de julio de 2000 (Faúndez, Gálvez, O. Álvarez, Yurac y Espejo), casación fondo civil, rol N° 3904-99.

*acuerdo con el sistema jurídico al cual se someten, sólo pueden aplicarse de conformidad con los preceptos que las establecen y por las causas que en ellos se contemplan. De otro modo podría suceder que en determinadas circunstancias la aplicación de una sanción pudiese importar la violación de las garantías contenidas en la Carta Fundamental, que contempla los derechos individuales...”*<sup>109</sup>

Y, en torno al decisivo principio del debido juzgamiento, se ha establecido que “...el ejercicio de poderes sancionadores (de un órgano administrador) debe conformarse a las virtualidades mínimas de los procesos, tales como oír a los inculcados, ponderar los hechos y resolver conforme a Derecho y al mérito de autos. Estas ritualidades mínimas que garantizan el legítimo proceso emanan de la Constitución Política... y se aplican a todo acto de naturaleza punitiva, aun cuando éste no tenga consultada específicamente una regulación o procedimiento propios. En esta forma, es violatoria de tales normas toda decisión carente de esta ritualidad esencial...”<sup>110</sup>

En idéntico sentido, “...según el principio del debido juzgamiento, el ejercicio de la potestad sancionadora que asiste a los órganos administrativos debe someterse, por lo menos, a ciertas reglas procedimentales que garanticen la defensa de la persona a quien se imputa la perpetración de un hecho castigable...”<sup>111</sup>

## 6.2. PRINCIPIO DE INOCENCIA Y SANCIÓN

Conforme al art. 256 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales, no pueden ser jueces “...los que de conformidad a la ley procesal penal, se hallaren acusados por crimen o simple delito”, y de acuerdo al numeral 6 de la misma disposición, tampoco “los que hubieren sido condenados por crimen o simple delito”.

Según el art. 335 N° 1 del mismo Código, “las funciones del juez se suspenden por haberse formulado acusación tratándose de delitos comunes...” y, conforme al art. 332 N° 1 del referido Código, “el cargo de juez expira... N° 1 ...Por incurrir el juez en alguna de

<sup>109</sup> Dictamen 16.527/75.

<sup>110</sup> Dictamen 73.748/1970.

<sup>111</sup> Dictamen 56.160/1969.

*las incapacidades establecidas por la ley para ejercerlo. En cuanto a los jueces condenados, se estará a lo establecido en el N° 6 del art. 256”.*

Probablemente uno de los mayores aportes que el Iluminismo introdujera a lo que, modernamente, denominamos Derecho Penal, lo constituye el ahora indiscutible “principio de inocencia” o “presunción de inocencia”, que se observa como característica esencial en todo Estado de Derecho.

La expresión positiva de mayor raigambre tradicional de este principio es, incuestionablemente, la contenida en la **Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano**, el mítico documento de la Revolución Francesa, cuyo art. 9° contenía la frase famosa en la que se afirmaba: *“presumiéndose inocente a todo hombre hasta que haya sido declarado culpable...”*.

La trascendencia de la noción se comprueba reparando en que ella volverá a expresarse, un siglo y medio más tarde, en la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, cuyo art. 11 expone en su inciso 1° que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley...”*.

En nuestros tiempos, se reafirmará esta convicción, en el numeral segundo del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que, al efecto, prescribe que *“toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”*, idea que reafirmará, por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos –Pacto de San José de Costa Rica–, estableciendo que *“toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”* (art. 8° N° 2).

De la reseña precedente, aparece que para el intérprete nacional se ofrecerían dos respuestas de derecho positivo contradictorias frente a una misma circunstancia, esto es, en la situación del magistrado señor Cayo, alguien podría estimar procedente disponer la cesación de sus funciones por la aplicación del art. 332 N° 1 en relación con el art. 256 N°s 5 y 6 del citado Código Orgánico de Tribunales, y, en contrario, se argumentaría que semejante intento vulneraría las categóricas proclamaciones de vigencia del estado, principio o presunción de inocencia, contenidas en los importantes tratados internacionales antes señalados, todos los cuales –es útil recordar– han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes.

Es posible que ante la presencia de normas jurídicas contradictorias se tenga la tentación de buscar una solución recurriendo a la concepción kelseniana de la jerarquía de las normas, lo que nos conduciría al conflictivo tema de la determinación del rango normativo que debe reconocerse, en el Derecho chileno, a los tratados internacionales. No obstante, sin mayor fundamentación podría estimarse, casi como circunstancia fuera de la discusión, que, por constituir la expresión de la voluntad jurídica del Estado, concurriendo a formar un consentimiento bilateral o multilateral con uno o más de sus iguales, el tratado internacional no puede sino tener jerarquía mayor a la de una simple ley.

Me parece, sin embargo, que un criterio como el que he descrito resultaría insuficiente, si no definitivamente errado: en el tema planteado, lo que verdaderamente está en juego es el reconocimiento, en una situación concreta sometida a los órganos jurisdiccionales nacionales, de las garantías que a un ciudadano de este país se le otorgan en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. La garantía en debate es, según se advertirá, la de no ser tratado como culpable hasta que una sentencia ejecutoriada no confiera dicha condición.

La Constitución Política vigente (art. 5º inc. 2º) ha impuesto “a todos los órganos del Estado” el insoslayable deber de “respetar los derechos garantizados... por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”. Aparece así que, en los hechos que se comentan, no se ofrecen al intérprete dos alternativas de decisión jurídica contradictorias entre sí y que le impongan la necesidad de la elección. Por el contrario, en esta situación no hay sino un camino que el derecho chileno ofrece, a saber, el acatamiento a la preceptiva constitucional, que no confiere al órgano estatal y jurisdiccional una posibilidad de elección, sino le impone un imperativo jurídico de actuación –un deber– con arreglo al cual deberá respetar el derecho a la presunción o principio de inocencia que al señor Cayo otorgan los tratados antes nombrados.

Se trata, entonces, de observar este principio, que, según apunta Maier,<sup>112</sup> quiere sólo significar que la persona debe ser

---

<sup>112</sup> Cfr. Julio B. Maier, *Derecho Procesal Penal Argentino*, tomo I, vol. B., Edit. Hammurabi, Bs. Aires, 1989, pp. 253-254.



tratada como inocente mientras no exista una sentencia penal de condena y, por ello, ninguna consecuencia penal le es aplicable, permaneciendo su situación ante el Derecho regida por las reglas aplicables a todos, con prescindencia de la imputación deducida. Desde este punto de vista, **es lícito afirmar que el imputado goza de la misma situación jurídica de un inocente.**

La conclusión primera es, en consecuencia, que la insistida vigencia, a favor del señor Cayo, del derecho a la presunción de inocencia impide que un órgano jurisdiccional al que la ley le impone el deber de promover y respetar tal derecho, pueda infringir el mandato constitucional, imponiendo sanciones o consecuencias jurídicas adversas que arrancan, antes que de una sentencia condenatoria, de una imputación penal.

En síntesis:

Acatando los arts. 256 N° 5 y 332 N° 1 del Código Orgánico de Tribunales, un Tribunal de Derecho no podría, sin vulnerar el mandato contenido en el art. 5° inciso 2° de la Constitución vigente, imponer la cesación de funciones del juez señor NN.

### 6.3. EL PRINCIPIO DE RESERVA O GARANTÍA LEGAL

Como es sabido, este principio, que entre nosotros tiene expresión constitucional en el art. 19 N° 3, incisos 7° y 8°, se traduce en que sólo se reconoce a la ley la aptitud suficiente para crear delitos, pero su dimensión más relevante se proyecta a la descripción de los comportamientos que merecerán el ejercicio del *jus puniendi* estatal, esto es, en la descripción de las conductas humanas que por estar anticipadamente descritas por la norma jurídica merecen sanción para el sujeto que voluntariamente las ejecute.

Se trata de una garantía constitucional propia de los regímenes democráticos y liberales, que en la última acepción señalada tiene, en palabras de Etcheberry, un sentido de tipicidad<sup>113</sup> y que por vez primera en nuestra historia constitucional se reafirma en una Carta Política con la declaración de que “ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que

<sup>113</sup> Cfr. Alfredo Etcheberry, ob. cit., p. 58.

se sanciona esté expresamente descrita en ella” (art. 19 N° 3 inciso final).

Aparece, de este modo, la exigencia al sentenciador, correlativa con la garantía del justiciable, en orden a que éste no recibirá sanción alguna ni aquél podrá imponerla en tanto no se verifique que cada uno de los términos y circunstancias empleados en la descripción legal correspondiente efectivamente se verifican en la especie.

En los hechos a que este informe se refiere, según no podía menos que acontecer, el Ministerio Público ha encauzado su pretensión sancionatoria a través de un procedimiento simplificado, el que, originariamente concebido sólo para el juzgamiento de las menores infracciones penales, como son las faltas, se amplió, por iniciativa de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a “delitos menores”, esto es, de escasa lesividad social, a fin de preservar el juicio oral para los realmente significativos, según la constancia respectiva, en la cual se lee que los H. Senadores estimaron que era “conveniente elevar el umbral de este procedimiento a delitos menores, porque el juicio oral es complejo y claro y puede ser innecesario en estos delitos que, en muchos casos [*y éste sería uno de ellos*], quedarían dentro del principio de oportunidad del Ministerio Público”.<sup>114</sup>

La circunstancia de sustanciarse la causa con arreglo al procedimiento simplificado supone la formulación de un “requerimiento” y, en consecuencia, la ausencia de “acusación”. El requerimiento, en su sentido natural y obvio, es el “acto por el cual se reclama a alguien que entregue, haga o deje de hacer alguna cosa”,<sup>115</sup> y la acusación, acción de acusar, es la “imputación a uno de algún delito, culpa, vicio o cualquiera cosa vituperable”,<sup>116</sup> pero no cabe duda de que, en lo que interesa, con

---

<sup>114</sup> Cfr. Boletín 1630-07. Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, recaído en el Proyecto de Ley, en segundo trámite constitucional, que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, p. 425.

<sup>115</sup> Cfr. Eduardo J. Couture, *Vocabulario Jurídico*, segunda reimpresión, Edic. Depalma, Bs. Aires, 1983, p. 522.

<sup>116</sup> *Diccionario de la Real Academia Española*.

arreglo a lo prevenido en el art. 21 del Código Civil y ante la falta de definición legal de ambos vocablos, corresponde que, como a toda palabra técnica, se le tome en el sentido que le dan los que profesan la misma ciencia.

La determinación del sentido técnico o dogmático-jurídico de estas expresiones resulta, al estudiarse el Código Procesal Penal, desde luego, de la distinta gravedad de los hechos que se juzgan en procedimientos en los que se emplean requerimientos o acusación; adicionalmente, de los distintos contenidos de cada uno de ellos, conforme aparece de los arts. 391 –para el requerimiento– y 259 –para la acusación–, sino primordial y definitivamente de la circunstancia de que la acusación refleja una convicción inculpativa del Ministerio Público y, excepcionalmente, de un particular, **siempre y como consecuencia de una investigación**.<sup>117</sup>

De modo pacífico, en consecuencia, me parece que se puede concluir que “requerimiento” y “acusación” son actos jurídico-procesales diferentes, distintos, según se expresó, por los diferentes antecedentes que los preceden, por el contenido que conforme a la ley deben observar y, primordialmente, por la diversa gravedad de las infracciones penales cuyo procedimiento de juzgamiento integran.

Esta conclusión es relevante para el análisis y respuesta de la cuestión que se me ha consultado:

a) Si el derecho disciplinario conforma parte del género mayor que es el Derecho Sancionatorio.

b) Si al Derecho Sancionatorio le es, inexcusablemente, exigible la observancia de principio de garantía o reserva legal, en su vertiente de tipicidad.

El único resultado posible de arribar es que no se puede imponer sanción a una persona respecto de quien no concurren las precisas circunstancias que la ley ha determinado para hacer procedente la punición.

---

<sup>117</sup> Ésta constituye, en mi opinión, una de las más definitorias características del nuevo Código Procesal Penal chileno: A diferencia de lo que ocurría con el anterior, en el actual sistema la investigación sólo sirve para formar la convicción del órgano de la persecución penal, el Ministerio Público, en torno a si corresponde o no acusar. En consecuencia, no se investiga para saber si se debe condenar o absolver; se investiga para saber si se debe o no acusar.

Las sanciones, mayores o menores, aplicables a los jueces respecto de quienes se haya deducido una acusación no se pueden aplicar a aquellos respecto de quienes se haya verificado, con arreglo a la Ley Procesal Penal, un simple requerimiento.

Como conclusión, cabe sostener que el señor NN **no ha sido acusado** por crimen o simple delito, desde que en su contra sólo se ha formulado un requerimiento y la diferencia entre estos conceptos jurídicos conlleva el que el tipo penal sancionatorio del art. 256 N° 5 del Código Orgánico de Tribunales no contemple la suspensión como efecto de la formulación de un **requerimiento penal**, sino de **una acusación**, circunstancia que en la especie no concurre, por lo que –en sujeción cabal al principio de reserva legal proyectado al ámbito de la tipicidad– no es posible disponer la cesación de funciones del señor Cayo como juez, conforme a lo establecido en el art. 332 N° 1 del señalado cuerpo legal, o, lo que es lo mismo, **él no ha incurrido**, jurídicamente, **en una causal de expiración de funciones**.

Respondo, en la forma que antecede, a la primera de las cuestiones que se me propusiera.

#### 6.4. LA SUSPENSIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA

Tomando pie en antiguas disposiciones legales, y a la luz de lo que es la evolución de la criminología contemporánea, el Código Procesal Penal reprodujo la norma que permite al juez, atendida la escasísima entidad de las sanciones que se imponen en el procedimiento simplificado, dictar la sentencia y disponer la suspensión de la pena y de sus efectos por un plazo de seis meses (art. 398).

La cuestión pasa, ahora, por una visión sistemática, respecto de la cual anticipo la conclusión: decretada la suspensión de los efectos de la sentencia, todos ellos se dejan de producir y sólo en virtud de una norma legal expresa se consagra una situación diversa.

**– El art. 398 del Código Procesal Penal: suspensión de la pena y sus efectos.**

*“Cuando resultare mérito para condenar por el hecho imputado –afirma el art. 398 del Código citado–, pero concurrieren antecedentes*

*favorables que no hicieren aconsejable la aplicación de la pena al imputado, el juez podrá dictar la sentencia y disponer **en ella la suspensión de la pena y sus efectos por un plazo de seis meses.***

*Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior sin que el imputado hubiese sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa.*

*Esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito”.*

En consecuencia, si los efectos de la sentencia están suspendidos, la persona condenada no habrá adquirido esa condición en tanto dicho estado se prolongue en el tiempo. Y es que toda sentencia condenatoria lleva implícita una declaración, de allí que, a la hora de clasificar las sentencias judiciales, se pueda distinguir dentro de un género global, que son las sentencias declarativas –opuestas, en tal condición, a las ejecutivas–, las especies de sentencias declarativas, constitutivas y de condena.

La “suspensión” de los efectos de la sentencia condenatoria implica que los efectos de la declaración condenatoria no se verificarán durante un lapso determinado o hasta la producción de un evento.

A la inversa, para que la sentencia declaratoria de condena suspendida **surta algún efecto, será necesaria la existencia de texto expreso, como se demuestra reparando en que**, cuando el legislador quiso que ella surtiera algún efecto, procedió a consignar dicho texto expresamente.

En abono a la conclusión, traigo a colación los siguientes dos ejemplos:

a) *El inciso sexto del art. 196 E de la Ley N° 18.290:*

La pena asignada al delito de manejo en estado de ebriedad está contemplada ahora en el art. 196 E de la Ley N° 18.290 (Ley de Tránsito), en relación con el art. 115 de la misma ley, que describe el tipo penal. Se sanciona allí la conducción en estado de ebriedad con la pena de presidio menor en su grado mínimo y multa (inciso primero art. 196 E) y **la suspensión y cancelación de licencia de conducir por el tiempo que la misma norma señala** (inciso quinto art. 196 E).

Pues bien, el inciso sexto del mismo art. 196 E agrega que “las medidas indicadas en el inciso precedente (suspensión y

cancelación de la licencia) **no podrán ser suspendidas, ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en art. 398 del Código Procesal Penal** (suspensión de la pena y sus efectos).

En otras palabras, para que la sentencia condenatoria cuyos efectos han sido suspendidos por aplicación del art. 398 del Código indicado produzca algún efecto, es necesaria la existencia de texto expreso que así lo disponga.

Todavía más: la denominada “Ley Adecuatoria”, N° 19.806, modificó el art. 121 (hoy derogado) de la Ley N° 17.105 de Alcoholes, sobre manejo en estado de ebriedad, agregando la expresión que destaco:

“Las medidas indicadas en el inciso precedente (se refiere a las penas accesorias de suspensión de licencia de conducir) no podrán ser suspendidas, **ni aun cuando el juez hiciere uso de la facultad contemplada en el art. 398 del Código Procesal Penal**; pero, tratándose del retiro definitivo...”.

La modificación de esta ley fue necesaria toda vez que, durante la vigencia del art. 121 de la Ley de Alcoholes y antes de la introducción del texto señalado, la Corte Suprema –acertadamente– había resuelto que, suspendida la sentencia por aplicación del art. 398 del Código Procesal Penal (“el juez... podrá disponer en ella la suspensión de la pena y sus efectos...”), se suspendían **todos** los efectos, y por tanto, el infractor no podía ser privado de su licencia de conducir.

La Ley N° 19.925 (Ley de Alcoholes), que introdujo los tipos penales de manejo en estado de ebriedad en la Ley N° 18.290, repitió textualmente en el actual art. 196 E la norma antes citada.

b) *El inciso final del art. 398 CPU:*

Por último, el inciso final de la norma establece que “**esta suspensión no afecta la responsabilidad civil derivada del delito**”.

De modo que si la sentencia acoge la demanda civil e impone la obligación de restitución de una cosa o su valor (art. 393 inciso segundo Código Procesal Penal), se podrá perseguir la restitución, en conformidad al texto legal expreso que así lo permite.

El análisis conduce a determinar que en virtud de la suspensión de efectos que se autoriza al juez a disponer, ninguno de los propios de la sentencia condenatoria trasciende al mundo del Derecho, salvo que una norma expresa disponga lo contra-

rio: en tanto rija la suspensión, en consecuencia, jurídicamente la persona no está condenada sino para el preciso y excepcional efecto que una norma expresamente disponga y, como no existe disposición que se refiera a la situación funcionaria judicial, no resta sino concluir que si al señor juez don NN se le condena, pero se decreta la suspensión de los efectos de ese fallo, durante el lapso de la suspensión él no tendrá la calidad jurídica de condenado, sino sólo para los efectos de la responsabilidad civil que le hubiere podido empecer, *por lo que ningún estatuto jurídico de las personas condenadas le podrá ser aplicable.*

### – La sentencia condicional: otra visión del tema

Del inciso 2º del art. 398 del Código Procesal Penal se desprende, además, una línea de análisis diferente:

*“Transcurrido el plazo previsto en el inciso anterior –se lee en la norma– sin que el imputado hubiese sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa”.*

Aparece así que, decretada la suspensión de los efectos de la sentencia, en tanto durante el período de vigencia de dicha suspensión no se formule un nuevo requerimiento en contra del beneficiado con la suspensión o no se formalice, en su contra, una investigación, el tribunal dejará **sin efecto** la sentencia y, en su reemplazo, dictará sobreseimiento definitivo.

El acto jurídico-procesal sentencia tiene así una vida válida pendiente del acaecimiento y, en rigor, de la falta de acaecimiento de un suceso futuro e incierto: el nuevo requerimiento o la eventual formalización de una investigación, eventos ambos que, de no verificarse en el período de la suspensión, imponen al juez dejar sin efecto –anular–, restar validez, al fallo primitivo, para reemplazarlo por otro, que contenga el sobreseimiento definitivo del imputado.

De esta manera, la sentencia suspendida, aunque esté ejecutoriada, se ve expuesta a otra circunstancia que impide que de ella se puedan extraer consecuencias definitivas, a saber, la pendencia de una condición resolutoria que, ocurrida, conduce a que ella no solamente quede sin efecto sino a que se la re-

emplazado por otra que formulará una declaración equivalente, en todo sentido, a la sentencia absolutoria.

Corresponde, en mi opinión, reconocer que la sentencia suspendida conforme a lo prevenido en el art. 398 del Código Procesal Penal milita en una categoría de fallos poco elaborada en la dogmática procesal chilena, a saber, la de las sentencias condicionales, que, como todo acto jurídico, ven supeditada su existencia y efectos a que ocurra y, en este caso, a que no ocurra un hecho futuro e incierto.

Esta modalidad sentencial conduce, sin dudas, a que no se tomen, sobre la base de su contenido, decisiones jurídicas que, por descansar en su carácter enteramente eventual, se verán idénticamente afectadas por la incertidumbre de su existencia y vigencia.

#### – El principio *in dubio pro reo*

Este principio fundamental y propio del Estado de Derecho,<sup>118</sup> consiste en que “ante la duda se debe decidir en favor del acusado”, y en nuestro país informa diversas disposiciones, algunas vigentes y otras ya derogadas. Recuérdese, entre éstas, por ejemplo, el clásico art. 74 del Código Orgánico de Tribunales,<sup>119</sup> con arreglo al cual “*si en materia criminal, la mitad de los votos se uniforma a favor del procesado, ya sea para absolverlo, ya sea para imponerle una pena menor que la que le asignan los votos de los demás jueces, aquella opinión formará sentencia...*”, en el que la jurisprudencia había reconocido la concurrencia del principio.<sup>120</sup>

Entre las vigentes, en cambio, por su pertinencia y actualidad cabe citar el inciso 2º del art. 5º del Código Procesal Penal, que impone que “*las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de algunas de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”.

<sup>118</sup> Cfr. Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Editores del Puerto, Bs. Aires, 2000, p. 111.

<sup>119</sup> La norma debe entenderse rigiendo en la Región Metropolitana y en el resto del país, respecto de los procesos incoados bajo el antiguo régimen.

<sup>120</sup> Producido el empate de votos, el principio *in dubio pro reo* del art. 74 del Código Orgánico de Tribunales se aplica en la sentencia definitiva, diría, en su momento, la Corte Suprema: *Fallos del Mes*, 5 de noviembre de 1960, N° 24, p. 141.



Por lo demás, la vigencia del principio se reafirma continuamente por nuestros más altos tribunales, los que lo entienden proyectado incluso al ámbito de la interpretación de la ley, como se comprueba con el fallo de la Corte Suprema que sostiene que a propósito de dos vías diferentes de interpretación [aun] “suponiendo dudosa la conclusión, debe primar la interpretación *pro reo...*”.<sup>121</sup>

Por imperativo de este principio en su proyección de auxiliar en la tarea hermenéutica de las normas sancionadoras, debe concluirse, en caso de duda:

a) Que el requerimiento y la acusación son actos jurídico-procesales diferentes.

b) Que la exigencia de la última no se satisface con la presencia del primero y que, suspendidos los efectos de la sentencia condenatoria, no pueden éstos, durante el período de dicha suspensión, proyectarse al terreno funcionario como para servir de fundamento a una suspensión de funciones, ni, muchísimo menos, a una extinción de la condición de juez, a pretexto de haber constituido, en su momento, una causal de suspensión de tal condición.

c) Que el derecho a la presunción de inocencia, reconocido en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, impide aplicar a un juez los arts. 256 N<sup>os</sup> 5 y 6 y 332 N<sup>o</sup> 1 del Código Orgánico de Tribunales, durante el período de suspensión de los efectos de una sentencia condenatoria dictada en el procedimiento simplificado previsto en el Código Procesal Penal.

## 6.5. CONCLUSIONES

a) Las normas de los arts. 256 N<sup>os</sup> 5 y 6 y 332 N<sup>o</sup> 1 del Código Orgánico de Tribunales constituyen expresiones de Derecho Sancionatorio.

b) En cuanto tal, su aplicación está sujeta a principios comunes a este ámbito del Derecho, como la observancia del prin-

<sup>121</sup> Corte Suprema, 22 de junio de 1998, rol N<sup>o</sup> 1463-98, contra Yankele Enrique Álvarez Morales y otros.

cipio de inocencia, el principio de reserva legal y el criterio hermenéutico del *in dubio pro reo*.

c) La suspensión de los efectos de la sentencia condenatoria, decretada de conformidad a lo dispuesto en el art. 398 del Código Procesal Penal, impide que el fallo cuya vigencia queda sujeta a una condición resolutoria, consistente en que no se formule nuevo requerimiento al sujeto ni se formalice una investigación penal en su contra en el lapso de la suspensión, sirva de base o fundamento de sanciones, en tanto no haya transcurrido el período de la suspensión.

d) Un órgano jurisdiccional nacional no puede otorgar efectos punitivos a la circunstancia de haberse formulado requerimiento en juicio simplificado en contra de un juez, tanto porque sin sentencia condenatoria ejecutoriada se vulnera el derecho a la presunción de inocencia consagrado en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes y que el art. 5º inc. 2º de la Constitución Política vigente impone a ese mismo órgano respetar y promover, cuanto porque la hipótesis sancionadora legal discurre sobre la base de haberse deducido “acusación” en contra del juez, situación que en la especie no se verifica.

## 7. DESAFÍOS DE LA POLICÍA EN EL TIEMPO PRESENTE<sup>122</sup>

Cuando el siglo comienza y la normalidad democrática parece haberse reinstalado definitivamente en esta parte del mundo, para mejorar las condiciones de vida de nuestros pueblos –más allá de la tarea interminable que a todos nos cabe, en orden a velar porque ni los populismos, ni las demagogias o los excesos nos conduzcan a abandonar los canales de los Estados democráticos de Derecho–, otros afanes, no menos exigentes, irrumpen en la escena de nuestras inquietudes públicas, concitando relevantes ámbitos de concordia.

Así, llamados quizás por la íntima convicción de tratarse de aspectos extremadamente deficitarios de nuestra estructura social, como en pocas ocasiones precedentes, los operadores políticos, jurídicos, sociales, institucionales y culturales del país se unieron, promediando la primera mitad de la década anterior, tras el movimiento denominado la reforma procesal penal.

Como suele acontecer, es posible identificar motivaciones provenientes de orígenes perfectamente diferenciados, para explicar este enorme esfuerzo y consenso, que se enmarcó en lo que, políticamente, se llamó la “Democracia de los Acuerdos”, acusada característica de los años que siguieron al reemplazo del régimen militar de gobierno. Entre tales motivaciones, no ha sido ajena la ferviente convicción en el sentido de que el sistema de justicia constituye, sin dudas, uno de los fundamentales para la consecución de una sociedad de bienestar.

Es desilusionante pensar, empero, que antes que motivaciones derivadas del imperativo ético de dar la reparación que en justicia corresponde a tantos, sean las precedentes –motivaciones económicas– quizás las determinantes para que la sociedad se preocupe definitivamente del tema justicia.

La justicia, desde la perspectiva del ciudadano, no es más que un servicio estatal; una función que debe desarrollar el Estado en cumplimiento de sus fines y que, en cuanto servicio, debe

---

<sup>122</sup> El presente texto constituye la versión de una conferencia dictada en la Academia Superior de la Policía de Investigaciones, con motivo de su 27º aniversario, razón por la cual no se consignan notas a pie de página, indicativas de los textos consultados.

ser medida con varas de eficiencia y debe ser sometida a controles de calidad.

En el ámbito penal, sin embargo, sabemos que la justicia no se agota en los jueces ni los funcionarios judiciales, menos en países como el nuestro, en que no existe policía judicial, ni, por ahora a lo menos, se divisa la menor posibilidad de implementarla. De allí que, muchas veces, sea comprensible el lamento justificador de los jueces que se sienten injustamente censurados por la falta de resultados y que exigen derivar la responsabilidad a los organismos policiales encargados de las pesquisas penales.

La tradición y cultura política nacional desde antiguo, sin perjuicio de tomar además en consideración las serias modificaciones introducidas en el debate político chileno por el golpe militar del año 1973, que, en lo jurídico se retratará en la Constitución Política de 1980, han aceptado que el cuerpo policial de mayor antigüedad y al propio tiempo el más numeroso responda a esquemas militarizados.

La situación, entonces, impone la necesidad de determinar el modo como justicia y policía –estructurada ésta principalmente bajo cánones militares– pueden funcionar armónicamente, al tiempo que asegurar que esa policía no descuide sus funciones esenciales que son las de prevención y de cuidado del orden público.

Es que la policía –judicial y general– no es un mal necesario del cual la humanidad podrá llegar a prescindir, como suelen verla en su utopía abolicionistas del sistema represivo. Por el contrario, cabe suponer que en un Estado de Derecho ella ocupe un puesto destacado en la lucha contra la criminalidad y contribuya así a la defensa de la paz social sin menoscabo de libertades y garantías ciudadanas.

No obstante, eso depende de diversos factores, los cuales sólo pueden ser ponderados adecuadamente si de previo consideramos, como se ha justificado, los orígenes de la policía judicial, que desde algunos aspectos podemos asimilar a lo que conocemos como Policía de Investigaciones, y los criterios de distinción entre ella y la llamada policía de orden o seguridad.

La policía judicial, tal y como la concebimos hoy, incluyendo la misma denominación, es un fruto de la Revolución Francesa, época en la cual, aunque el juez inquisidor contaba con el auxi-

lio de alguaciles o comisarios, en los cuales podía delegar algunas de sus tareas, empero, no resultaba posible efectuar una clara distinción entre las funciones de policía y las funciones de justicia, de forma que el juez inquisidor cumplía funciones que, a partir del Código francés de 3 de brumario –25 de octubre de 1795– más tarde se dieron en llamar funciones de policía judicial.

#### 7.1. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE POLICÍA DE SEGURIDAD O ADMINISTRATIVA Y POLICÍA JUDICIAL

El artículo 19 del Código citado, también conocido por el inexacto nombre de Código de delitos y penas, pese a su naturaleza esencialmente procedimental, indicaba que la policía administrativa tenía por objeto el mantenimiento habitual del orden público en cada lugar y en cada una de las partes de la administración general y tendía principalmente a prevenir los delitos. En el art. 20, el Código señalaba la función de la policía judicial: investigar los delitos que la policía administrativa no pudo evitar, reunir las pruebas y llevar a los delincuentes ante los tribunales encargados de imponerles la sanción que corresponda.

De esta manera dicho Código desarrollaba un principio establecido por el artículo 189 de la Constitución del año III, que le había recientemente precedido, según el cual “las administraciones... no pueden inmiscuirse en las materias dependientes del orden judicial”.

Tonini estima que la distinción entre policía administrativa y policía judicial fue causada probablemente por la amarga experiencia del período revolucionario conocido como del terror, durante el cual se promulgó la Ley de Sospechosos, que estableció como delito la simple sospecha de ser “rebelde” o “traidor”. Durante dicho período fue completa la confusión de las funciones administrativas y jurisdiccionales, de manera que los órganos judiciales desarrollaron funciones de prevención, mientras que los órganos administrativos, como las municipalidades y el “Comité de Seguridad General”, ejercieron funciones judiciales. Cesada la etapa del terror y eliminado el delito de mera sospecha, señala el autor italiano, los órganos de justicia penal recuperaron sus propias características y se asistió a una aclara-

ción de las funciones genuinamente judiciales desarrolladas por los órganos de policía, de igual manera que todo lo correspondiente a la prevención del delito, a la seguridad y al orden público fue atribuido a la competencia del Poder Ejecutivo, es decir, a la función administrativa.

El criterio diferenciador de la función de policía –de seguridad o administrativa o judicial– no ha sido unánime en la doctrina. Entre las posiciones extremas de Garuad, que ve en la investigación del delito una función netamente administrativa y reduce el ámbito judicial penal al juicio, y Ranelletti, que niega la función de policía, se encuentran opiniones como las de Carnelutti, para quien la policía judicial no se diferencia en cuanto a la naturaleza de su función de policía preventiva o de seguridad, ya que dicho autor concibe el delito como un desorden, y Clariá Olmedo, que aunque atribuye a la policía de seguridad una finalidad eminentemente preventiva y a la policía judicial una finalidad decididamente represiva, encuentra como denominador común de ellas su carácter administrativo (administrativo-ejecutivo y administrativo-judicial) e igual que Carnelutti concibe al delito como una ruptura de orden, como un desorden.

Desde ese concepto de delito como desorden, del cual también participa en la Argentina contemporánea Cafferata Nores, la lucha contra el crimen viene a ser una lucha para restablecer el orden público, opinión en sí misma inobjetable, pero que puede dar pie para borrar toda distinción entre funciones policiales, ya que el concepto de orden público ha sido tradicionalmente asociado en forma muy estrecha con el de policía de seguridad.

Oportuno es recordar que la identificación o concepción unitaria de la función policial fue denunciada por Gleizal en la Francia de los años setenta como una manifestación del concepto extensivo del orden público que para el autor galo era consecuencia de la imperante ideología de capitalismo de Estado y que, en su criterio, tuvo como resultado la politización de la policía judicial al ser absorbida por la policía de orden, estrictamente hablando. Otros, en cambio, señalan como los aspectos positivos del sistema policial francés, su casi total neutralidad política.

El criterio diferenciador que asigna a la policía administrativa la función de prevenir el delito y a la judicial la de reprimi-

mirlo, ha sido objetado en Francia por numerosos autores, sosteniendo que la policía judicial realmente no reprime, sino que ella interviene para ayudar a la represión que derivará de la sentencia condenatoria. Asimismo, que la policía administrativa, además de prevenir, también reprime cuando emplea la fuerza para asegurar el respeto de sus órdenes, sin recurrir a la intervención de un juez.

A lo anterior habría que agregar lo que señala Clariá, en cuanto a la función preventiva de la policía judicial, desde el punto de vista procesal, cuando actúa para evitar o prevenir la alteración de las pruebas, la fuga de los sospechosos o la destrucción o separación de los elementos de convicción.

De igual forma debe ser tomado en consideración el criterio de nuestro destacado compatriota Juan Bustos Ramírez, en el sentido de que entre prevención y represión no hay diferencia conceptual, sino sólo temporal y cuantitativa. La prevención no sería sino la respuesta represiva contra las posibilidades de producción del hecho delictivo. En la misma línea de pensamiento, podemos decir que la represión del delito tiene también una función preventiva en cuanto factor que detiene la criminalidad, aunque en la época actual se ponga en tela de juicio el efecto ejemplarizante de la pena.

Otro criterio al que se ha recurrido para establecer la diferencia entre las dos funciones de policía está basado en la discrecionalidad de la policía administrativa en contraste con la legalidad que regula el ejercicio de la policía judicial.

## 7.2. FACTORES PARA EL BUEN FUNCIONAMIENTO DE UNA POLICÍA JUDICIAL

Diversos factores deben ser tomados en cuenta al estructurar la policía judicial en una sociedad democrática. Algunos de ellos son comunes a todas las funciones de policía, como la apoliticidad en el sentido de neutralidad política, la organización esencialmente civilista de los cuerpos de policía, y el control que sobre las actuaciones policiales deben ejercer diversos órganos y la misma comunidad. Otros son propios de la policía judicial, como su ubicación en el aparato estatal, su subordinación al mi-

nisterio público y a los tribunales de justicia, la capacitación específica que deben recibir sus miembros y las potestades que la ley otorgue al cuerpo policial.

#### A. *Apoliticalidad*

Si la falta de apoliticidad en la policía de seguridad es causa de disfunciones que pueden constituir verdaderas desviaciones de poder, tratándose de la investigación de delitos, la politización policial puede llegar a corromper todo el sistema de justicia, pues en la generalidad de los casos las primeras pesquisas suelen tener una influencia decisiva sobre la ulterior sustanciación del proceso penal.

#### B. *Organización civilista*

Piedra fundamental en la edificación de un buen cuerpo de policía es la formación de la mentalidad policial, es decir, una mentalidad claramente diferenciada de la militar, como diferentes son las funciones de la policía y del ejército.

En un Estado de Derecho, la policía no puede ser concebida sino como un servicio a la comunidad; es un servicio público de protección o tutela de todo el conglomerado social y de los derechos y garantías individuales. La mentalidad militar, orientada claramente al uso indiscriminado de la fuerza, sin repugnancia alguna a la brutalidad, es incompatible con la mentalidad con la que debe ser cumplida la función policial esencialmente protectora.

El acto militar exige reacción refleja del subalterno a la orden del superior o ante una situación determinada. El acto policial exige racionalidad, discernimiento, valoración de los riesgos a que están expuestos los bienes jurídicos confiados a su protección. De allí que no sólo sea sustancialmente distinta la mentalidad del policía de la mentalidad del soldado, sino también mucho más compleja y laboriosa la formación de la mentalidad policial.

De allí que además en un país como el nuestro, en el que comienzan a quedar atrás años de militarización excesiva, me



parece que constituye hoy una necesidad el crear, en la superioridad policial, la convicción de que sus lealtades y fines institucionales –coherentes con un Estado de Derecho de un sistema democrático y republicano– apuntan antes al poder civil –entiéndase Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerios encargados del orden público– que al poder militar.

### *C. Control*

Todo cuerpo policial necesita controles internos y externos. El más importante de los controles internos, es el que ejercen directamente los jefes y oficiales. Otro, lo constituyen oficinas especializadas de supervisión pertenecientes a la misma policía, en general conocidas como de asuntos internos.

Tratándose de una policía judicial y en virtud de su subordinación constitucional al Ministerio Público, al que se ha confiado de manera exclusiva la dirección de las investigaciones, lo adecuado sería que este Ministerio estuviere dotado de atribuciones suficientes para ejercer la jurisdicción disciplinaria de toda policía que trabaje bajo sus órdenes.

Hoy se puede recordar que tanto el Proyecto de Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público como el de Código Procesal Penal, conferían tutela disciplinaria al Ministerio Público sobre los policías encargados de cumplir funciones de policía judicial, regla que hubo de eliminarse por la cerrada oposición de una de las policías nacionales. ¿No es absurdo e incoherente que, ante la impericia, negligencia o simple negativa policial a cumplir una instrucción o una orden, la autoridad constitucionalmente autorizada para dirigir la investigación carezca de atribuciones para sancionar tales inconductas?

Es efectivo, empero, que el más democrático de los controles policiales es el que ejerce directamente la comunidad. Si la policía es un servicio a la ciudadanía, ésta tiene derecho a velar por su adecuada prestación. Entre policía y comunidad, en una sociedad democrática, no puede haber divorcio o antagonismo. Una relación armoniosa no sólo depara ventajas para la comunidad, sino para la misma policía, que adquiere reconocimiento de su legitimidad y el consecuente apoyo ciudadano.

En un asunto tan delicado y complejo como la función de policía judicial, el respeto y la colaboración de la comunidad rinden grandes beneficios. Por otra parte, el control comunitario sobre las actuaciones de la policía judicial es la mejor garantía del respeto por parte de ésta a la legalidad.

Con todo, debe aclararse que control comunitario no puede significar, en caso alguno, interferencia en las investigaciones policiales, sino acceso a información sobre organización, recursos y funcionamiento del cuerpo policial por ciudadanos o grupos de personas que revelen legítimo interés en tales aspectos, así como facilidades al público en general para presentar quejas por actuaciones indebidas y dar seguimiento a las investigaciones disciplinarias a las que aquéllas dieren lugar.

#### *D. Ubicación*

En algunos países, el problema es librar a la policía de la influencia político-partidista; en el nuestro, en cambio, y dentro de lo que se vino llamando el período de transición, me parece que ha sido el de asegurar sumisión total a las directrices de la autoridad civil del Estado, representada, principalmente, por la judicatura y el Ministerio Público, sin perjuicio de anotar como cuestión inaceptablemente pendiente el que el régimen de doble militancia policial, que significa que Carabineros dependa del Ministerio de Defensa y la Policía de Investigaciones del Ministerio del Interior, representa el absurdo de que la autoridad llamada a responder por el orden público carece de atribuciones sobre el órgano que cuenta con la fuerza para reprimir los desmanes en contra de tal orden.

#### 7.3. LA ACTUACIÓN DE LA POLICÍA DE CARA A LA SENTENCIA PENAL

En Chile necesitamos imperiosamente que la relación Ministerio Público y policía se estructure sobre un ambiente de confianza recíproca: lo anterior no deja de ser paradójal, si se recuerda que la Constitución Política confía al Ministerio Público

la dirección exclusiva de la investigación criminal, por lo que, en rigor, sólo debería necesitarse la confianza del Ministerio Público en la policía.

Empero, el estado de desarrollo del proceso democrático institucional del país impone asumir la actuación de las diversas instituciones reconociendo las realidades efectivas: como se ha dicho ya tantas veces, el Ministerio Público deberá orientar la actuación policial, para que el resultado de sus investigaciones se traduzca en material jurídico y constitucional idóneo para fundar las acusaciones y, a la postre, las sentencias.

La tarea se cumplirá por instrucciones precisas del fiscal y por un proceso de capacitación jurídica conveniente, sin que se deje de lado la necesidad de una actuación conjunta permanente, que permita ilustrar con el ejemplo continuo: la policía deberá asumir que bajo el nuevo Código prácticas, usos y costumbres entronizados en los enjuiciamientos penales anteriores deben desterrarse.

De allí la necesidad imperiosa de una adecuada sumisión –finalmente intelectual– de la policía al Ministerio Público.

O el Ministerio Público controla la actividad de la policía judicial que se desempeña bajo sus órdenes o la policía controla buena parte de la actividad del Ministerio Público.

La supervisión del Ministerio Público sobre la policía debe ser cercana y rigurosa, no sólo para garantizar el éxito de las investigaciones policiales, sino también para controlar la legalidad de sus actuaciones.

En la relación que debe crearse, tocará al Ministerio Público velar por un adecuado proceso de capacitación de la policía, a fin de que quienes cumplan las tareas de policía judicial se encuentren efectivamente en condiciones de desarrollar las tareas, cada vez más complejas, que la actividad delictual moderna requiere.

Es que la actividad de la policía, en su vertiente judicial, se torna día a día más difícil: junto a las insalvables limitaciones que impone el desempeñarse en un sistema respetuoso de las garantías individuales, aparecen desafíos delictuales desconocidos, sea por la violencia en el actuar, sea por la sofisticación de los métodos, sea por la inédita colaboración que, a veces, se dispensa en la comunidad a los delincuentes.

Este caminar juntos de policía y Ministerio Público necesariamente llevará a este último a tornarse en el defensor de la policía: velará porque se la dote de más y mejores materiales; que se aumente su personal; que se la capacite mejor, etc.

#### 7.4. ¿ES LA TAREA POLICIAL DIFERENTE HOY A LA TAREA POLICIAL DEL SIGLO XIX? ¿O A LA QUE SE VERIFICÓ EN ETAPAS ANTERIORES?

En otros términos, ¿corresponde asignar una atención diferente y, quizás, preferente, a la actividad policial de nuestros días? Pareciera que, sin mayores análisis, todos tendemos a coincidir contestando afirmativamente a estas interrogantes y, si así aconteciera, parece, casi desde luego, manifiesto que si establecemos las razones por las que tal respuesta afirmativa es correcta, estaremos en condiciones de determinar la razón que condiciona esta diferencia en la calidad y modalidad del trabajo policial y, todavía, de asumir la posibilidad de describir cómo debe realizarse esta labor.

Por ejemplo, ¿qué se entiende por participación de la comunidad en la prevención del delito?, ¿con qué finalidades se ejercería?, ¿cuáles serían sus principales modalidades concretas?, ¿qué responsabilidades incumbirían a este respecto al Estado, a los organismos oficiales y a la comunidad?, ¿cómo evaluar la acción de esta última, así como su eficacia?, ¿cómo asegurarse de que la participación comunitaria en la prevención del delito no supondrá que todos o la mayoría de los ciudadanos se conviertan en vigilantes de la paz y el orden (la historia demuestra que la comunidad puede ser más represiva que el sistema penal y también más conservadora), o que mediante ella el Estado no multiplicará sus actividades de control social, que nunca se llegará a una sociedad “de mirada permanente”?

La idea de la participación de la comunidad en la prevención del delito ha encontrado desde el principio una acogida más favorable en la policía que en la población. Se trata de una reacción perfectamente comprensible. La policía sabe, en efecto —y la investigación lo confirma—, que los ciudadanos no suelen denunciar numerosos delitos de los que son víctimas o testigos;

que el porcentaje de solución de las infracciones conocidas es bastante bajo y que, pese a las patrullas y otras actividades preventivas, en nuestro mundo contemporáneo la criminalidad no cesa de crecer. Ante tales condiciones, el recurso a la colectividad puede constituir para las fuerzas del orden una operación sumamente rentable en la medida en que, gracias a dicho recurso, les es posible, por un lado, intentar sinceramente solucionar un problema social relativamente importante, y, por otro, legitimar una nueva acción policial reduciendo las ocasiones de producir reacciones o efectos negativos.

### 7.5. SEGURIDAD CIUDADANA

Éste parece ser el tema de nuestros días, alentados, por las encuestas que de uno y otro extremo del espectro político saltan al debate público, demostrando, según se dice, que un elevado número de nuestros compatriotas viven bajo un régimen de inseguridad y de temor a ser víctimas de delitos.

En este tema es indispensable que la autoridad asuma una actitud de liderazgo: vanamente hemos esperado del Ministerio de Justicia la palabra que con mesura, pero con energía, centre la cuestión en su verdadero equilibrio y traiga tranquilidad a la ciudadanía.

Es que, como se ha sostenido recientemente por una académica y directora de una carrera de Sociología,<sup>123</sup> “la inseguridad es un problema mundial...” y en relación al tema de las encuestas, lúcidamente se ha anotado que “en las encuestas se pregunta a las personas si tienen miedo o si creen que hay inseguridad, entonces lo que hay es una opinión respecto de que existe inseguridad... en este momento, hay más sensación de inseguridad que inseguridad propiamente tal...”.

¿Quién hará efectiva la responsabilidad social de los medios de comunicación, en especial de la televisión, que día a día compete por presentar como primeras noticias de sus noticieros cen-

---

<sup>123</sup> Cfr. El Mercurio de Valparaíso, 2 de mayo de 2004. Patricia Muñoz Sánchez, Directora de la carrera de Sociología de la Universidad de Playa Ancha.

trales dos o tres delitos, cometidos en Santiago, ciudad con más de 6 millones de habitantes, induciendo no sólo a los habitantes de la capital, sino a los del resto del país, a estimar que vivimos en una sociedad de terror?

¿Quién exigirá a esos medios acotar que en todo proceso estadístico guarismos inferiores al 1% no se toman en consideración, por lo que destacar, como se hace entre nosotros, delitos que no lleguen ni siquiera al 0,001%, representa, directamente, faltar a la verdad social?

## 7.6. HACIA LA SOCIEDAD DEL RIESGO<sup>124</sup>

El desarrollo casi sin límites del conocimiento humano, en tanto nos abre un mundo cuyas beneficiosas proyecciones prácticamente no somos capaces de concebir cabalmente, de inmediato impone recogernos, inquietos, ante la cuasi certeza del uso distorsionado que brindaremos a este caudal informativo futuro. Pongo así de manifiesto una constante humana: cualquiera sea la época en que el hombre viva o haya vivido, junto a los avances y al conocimiento obtenido, caminan opciones y modalidades de problemas y acechanzas que, poniendo en riesgo nuestra tranquilidad y existencia, nos imponen aceptar que la naturaleza gregaria del hombre supone la posibilidad del peligro. Al propio tiempo, parece posible enunciar una clara relación, que señala que a mayores conocimientos y adelantos tecnológicos, mayores peligros para la seguridad de las personas y el orden colectivo.<sup>125</sup> Quizás, entonces, corresponda coincidir con las modernas concepciones sociológicas que afirman que la denominación que mejor se corresponde con las características de la sociedad contemporánea es, simplemente, la de “sociedad del riesgo”, nominación que teniendo mera intención

---

<sup>124</sup> Véase, sobre este tema y más extensamente, la Seguridad Ciudadana y el Proceso Penal en la Sociedad del Riesgo, en el presente libro. A ese artículo pertenece el párrafo siguiente...

<sup>125</sup> Las empresas Mastercard y Visa han reconocido en el año 2002 que un hacker ha podido ingresar a sus sistemas y acceder a 8 millones de tarjetas de sus clientes.

descriptiva, no importa adhesión a quienes persiguen establecer una modalidad de convivencia basada en el temor y en el olvido de los derechos de las personas.<sup>126</sup>

Reitero, en palabras de un muy querido discípulo,<sup>127</sup> que muchos de los problemas y conflictos que se generan en la sociedad vienen determinados por conflictos y problemas creados por la producción, definición y distribución de los riesgos que la técnica y la sociedad generan.

Gran parte de las amenazas a que los ciudadanos estamos expuestos provienen de las decisiones que otros ciudadanos adoptan en el manejo de los avances técnicos, pero también son consecuencia del desplazamiento hacia la marginalidad que la sociedad tecnológica –altamente competitiva– impone a muchos, quienes de inmediato pasan ser percibidos como fuente de riesgos personales y patrimoniales.<sup>128</sup>

En los tiempos actuales, según expondré más adelante, la cuestión parece ser la inquietud ciudadana por la seguridad pública o, simplemente, por lo que se estima es un incremento en el número de delitos que se cometen, sin que, correlativamente, se advierta una respuesta estatal enérgica, lo que justifica, por algunos, una suerte de verdadero clamor por la adopción de reglas, normas y leyes que confiriendo más atribuciones a los órganos de la persecución penal, permitan a éstos actuar con mayor celeridad y, en especial, con mayor rigor, sobre quienes son imputados de la comisión de hechos delictuales.

Se vuelca, así, inexorablemente la mirada a esta relevante función estatal que es la función policial: el hombre, el ciudadano, las personas de nuestros días esperan y exigen del funcionario policial, una respuesta que permita una vida mejor.

---

<sup>126</sup> El mundo parece asistir indiferente a situaciones como las que se presentan con los talibanes presos en Guantánamo, sin acusación, juicio próximo ni tribunal que vele por sus derechos, todo lo cual es obra del país que ha hecho de la libertad individual una condición de su desarrollo y que, a partir de 1868, con la Enmienda Catorce, prescribe en su Constitución que "...nor shall any state deprive any person, of life, liberty or property, without due process of law..."

<sup>127</sup> Cfr. Raúl Núñez O., *Los procedimientos del Derecho Penal Moderno y del Derecho Penal clásico*, paper.

<sup>128</sup> Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho Penal*, cit. por Raúl Núñez, ídem anterior.

La tranquilidad, la seguridad y/o lo que en general se entiende por orden público, o simplemente por el orden, ha representado una característica largamente anhelada por los grupos humanos a lo largo de los tiempos; de algún modo, se trata de un sentimiento propio de la naturaleza humana y expresión parcial, matizada y distante, del ancestral instinto de conservación.

Así, entonces, el afán colectivo de seguridad no puede ser objeto de una repulsa o rechazo irreflexivos ni peyorativos; antes, por el contrario, se le debe dispensar un reconocimiento real y efectivo. Su observancia coadyuvará en el establecimiento de reglas y normas de convivencia prudentes y equilibradas. De lo que se trata, empero, es de evitar que la expresión de tal sentimiento, sea que el mismo emane de una convicción originaria, sincera y profunda, sea que, en cambio, él constituya el resultado de masivos y, normalmente, disimulados procesos de persuasión, se eleve a la condición de insalvable valla, frente al deseo de regular el ejercicio del poder sancionador del Estado, en términos que se preserve la dignidad y los derechos fundamentales de todas las personas involucradas.

La violencia, el riesgo y la amenaza, insiste Hassemer,<sup>129</sup> son hoy fenómenos centrales de la percepción social. Cada vez con mayor intensidad aparece la seguridad ciudadana<sup>130</sup> como un “bien jurídico”, alimentando una creciente industria al respecto.

El terrorismo y el tráfico de drogas han hecho surgir el concepto de criminalidad organizada, como una especie de realidad social, que los expertos policiales presentan con connotaciones especiales. Así, por ejemplo, ya es común escuchar frases como

---

<sup>129</sup> “El Destino de los Derechos del Ciudadano en el Derecho Penal Eficaz”, en *Persona...*, cit. p. 40.

<sup>130</sup> Lo que se nota actualmente en Latinoamérica es que luego del abandono de la doctrina de la seguridad nacional –apunta Javier Llobet R., desde Costa Rica–, que pregonaba la existencia de una guerra contra el marxismo que justificaba su combate con la tortura, las desapariciones y las ejecuciones extrajudiciales, defiende... la existencia de una guerra en contra de la delincuencia en la que se utilizan métodos similares a los que se utilizaron durante la vigencia de la doctrina de la seguridad nacional... a esta respuesta autoritaria frente a la inseguridad jurídica, es lo que se ha llamado... doctrina de la seguridad ciudadana”. Cfr. *La Prisión Preventiva*, Univ. para la Cooperación Internacional, San José, 1997, p. 117.



“el Derecho Penal y el Derecho Procesal Penal deben adaptarse a las exigencias de una lucha eficaz”.<sup>131</sup>

El que la violencia, el riesgo y la amenaza se hayan convertido en los fenómenos centrales de la percepción social tiene importantes e inevitables consecuencias en la actitud que adopte la sociedad ante la violencia. Para algunos, parece haber llegado la hora de conceptos como “lucha”, “eliminación” o “represión” en detrimento de otros como los de “elaboración” o “vivir con”. Incluso la idea de prevención ha perdido su sabor terapéutico, social o individual y se estructura como un instrumento efectivo y altamente intervencionista en la lucha contra la violencia y el delito.<sup>132</sup>

La sociedad que así piensa, sostiene Hassemer, no puede darse un Derecho Penal (y Procesal Penal, agregó) que realmente sea una garantía de libertad, verdadera Carta Magna del delincuente, en las viejas palabras de Von Liszt; lo que ella parece necesitar es una “Magna Carta del Ciudadano”, esto es, un arsenal de medios efectivos de lucha contra el delito y la represión de la violencia. El delincuente tiende a convertirse en un enemigo, y el Derecho Penal y el Procesal Penal, en un derecho para enemigos.<sup>133</sup>

Armonizar el indiscutido deseo popular de seguridad con la imperiosa necesidad de la libertad, representa el desafío actual de los juristas y de los políticos. Se trata, como tantas veces acontece en la regulación de la cosa pública, de conducirse por la senda de la prudencia, siguiendo dictados de la razón y escuchando la voluntad popular, cuidando empero de no caer en vicios de enorme gravedad:

Uno es el de pensar que el pueblo, la ciudadanía, el conglomerado social, carece de la madurez, la visión, la preparación y la perspectiva cultural y política suficientes para resolver estos tópicos; tras visiones lógicas semejantes, se esconden reconocidos peligros que conducen a modalidades claramente antidemocráticas, bajo el disfraz de proteger a la democracia de los excesos populares.

<sup>131</sup> *Ibídem.*

<sup>132</sup> *Ibídem.*, p. 41.

<sup>133</sup> *Ibídem.*

Otro riesgo relevante es el dejarse conducir por repetidos slogans o los llamados sentimientos populares generales. Esta tentación, permanente para gobiernos y políticos, se combate difícilmente, por los atractivos electorales que dispensa y aunque caer en ella ofrece el consuelo de un pretendido democratismo, su aceptación representa una modalidad de inexcusable autoritarismo, esto es, a la postre, una exhibición precisamente contraria a la noción democrática de que ese gobierno o político se podría ufanar.

Una concepción moderna del trabajo policial ha superado la idea de la policía como el mero órgano por el cual el Estado actúa frente a la criminalidad y, en cambio, entiende que el papel policial en una sociedad democrática va más allá de la participación en la lucha contra la criminalidad sobre la base que los problemas que aquejan a la sociedad y que se vinculan a la delincuencia son, normalmente, problemas sociales más complejos, que no se relacionan necesariamente con el delito en sentido estricto, por lo que su solución compete también a otras agencias estatales.

Esta concepción privilegia las vinculaciones de la policía con la comunidad y se ha desarrollado con gran fuerza a partir de los años 70, dando origen a lo que se denomina *Community Policing*.<sup>134</sup>

La policía debe establecer relaciones de recíproca confianza con las personas, en especial con los sectores más desposeídos, que son, en los hechos, los que mayor protección policial requieren, no sólo porque la experiencia chilena y comparada demuestra, sin duda alguna, que la colaboración de la ciudadanía es la razón más frecuente de esclarecimiento de delitos, sino porque ese vínculo conduce a un mayor respeto a la normativa y, por ende, a una mejor convivencia.

En todo caso, frente a la actividad policial chilena, parece indispensable cumplir con dos tareas pendientes: Acelerar una profesionalización capacitacional y una adecuada ubicación institucional de la policía.

<sup>134</sup> Cfr. por todo: M. Duce y F. González, "Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización", en *Policía y Sociedad Democrática*, cit., p. 59.

El tema es relevante por muchos motivos,<sup>135</sup> entre los cuales, desde luego, se impone el que resulta de la convicción de que la investigación y persecución de los delitos en un Estado de Derecho, con respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales de las personas, son extremadamente más complejas que bajo un régimen en que los tales derechos no se observan. Hemos sido testigos, durante los primeros meses de vigencia del proceso reformador chileno, de una contemplativa actitud policial, basada en la presunta falta de atribuciones para el cumplimiento de sus deberes, en circunstancias de que las carencias que se advertían no eran sino el resultado, precisamente, de desconocimiento de las disposiciones legales que resolvían las materias.

Me parece, además, que la función policial se cumple de mejor forma y de acuerdo a lo que se espera de un cuerpo de este tipo, en la medida en que se acentúa su carácter policial por sobre los aspectos militares que pudieren incidir en su estructura, organización y funcionamiento. Es que todos sabemos que, a diferencia del rol que se confiere a las Fuerzas Militares, la policía tiene ante sí una tarea que, por momentos, puede parecer hasta contradictoria: mientras por un lado le compete preservar el orden público, de otro, es de su responsabilidad garantizar que las personas puedan ejercer libremente los derechos que el ordenamiento les reconoce. Al efecto, se ha podido fundadamente sostener que el modelo policial chileno enfrenta serios dilemas y desafíos en el contexto del paso de un régimen autoritario de carácter militar a uno democrático, del aumento del temor al crimen que experimenta la población y del inicio de un proceso incipiente de descentralización política que choca con el carácter centralizado, jerárquico y corporativo de la policía.<sup>136</sup>

<sup>135</sup> La denominada Cuarta Enmienda de la Constitución americana otorga a las personas la seguridad de que no serán ellas, ni sus bienes objeto de registro o medidas infundadas (*unreasonable searches*), garantía que se protege a través de la llamada regla de exclusión, conforme a la cual no se podrá utilizar en juicio evidencia obtenida con infracción a esta norma. La jurisprudencia de los tribunales de los Estados Unidos de América ha aceptado, entre otras hipótesis, que tal evidencia será admisible en juicio cuando la infracción se ha cometido de buena fe, pero, principalmente, cuando un policía razonablemente bien capacitado (*reasonably well-trained*) ha creído que no existía infracción.

<sup>136</sup> Cfr. Hugo Frühling, "Carabineros y Consolidación democrática en Chile", en *Policia y...*, cit., p. 82.

Es imperioso que se inculque en el policía la efectiva convicción de satisfacción personal e institucional por la función que cumple, para que se supere esa soterrada pero evidente nostalgia de igualarse o de identificarse con las actividades militares. Este resultado sólo se obtendrá cuando, en los hechos, el sistema político genere las condiciones para que se confiera a la función policial un debido reconocimiento social, como resultado de dispensársele un marco jurídico y económico adecuado.

De cara al efectivo perfeccionamiento profesional, es indispensable que la dependencia institucional de la policía pase al Ministerio del Interior,<sup>137</sup> decisión que no se puede aún llevar a cabo por falta de respaldo político.

En consecuencia, la tarea importa fortalecer en la superioridad policial la convicción de que sus lealtades y fines institucionales, coherentes con un Estado de Derecho en un sistema democrático y republicano, apuntan antes al poder civil (Poder Judicial, Ministerio Público, Ministerio encargado del orden público) que al poder militar.<sup>138</sup>

Como sea, reaparece –en toda su dimensión– el dilema del desafío que nuestros tiempos imponen a la policía, demandándole proporcionar niveles de seguridad que todos anhelamos, pero bajo criterios de actuación respetuosos de los derechos y la dignidad de las personas.

La cuestión es extremadamente relevante, porque en muchos países,<sup>139</sup> y sin duda en el nuestro, ha cobrado creciente respal-

<sup>137</sup> Con cierta deliberada simpleza, en mi opinión, se sostiene que esta dependencia conlleva el riesgo de la politización, olvidando que durante el siglo XX y hasta que se produjera el golpe militar de 1973, la policía dependió del Ministerio del Interior sin los resultados que se temen, y que en la experiencia comparada una de las policías más exitosas, la de Nueva York, depende del alcalde.

<sup>138</sup> Sobre este tema mi artículo “La actividad policial bajo la dirección del Ministerio Público”, en *Los desafíos en las relaciones Policía-Ministerio Público*, publicación conjunta del Ministerio de Justicia chileno, la Fundación Konrad Adenauer, la U. Central de Chile y otros, Stgo., 1999, p. 61.

<sup>139</sup> El sistema norteamericano, caracterizado por poseer una de las más altas proporciones de ciudadanos privados de libertad, aprobó en 1984 una *Federal Bail Reform Act*, por la que expresamente se autorizó a los jueces para disponer la privación de libertad si “...no existe una condición o combinación de condiciones que razonablemente aseguren la comparecencia del imputado cuando se le requiera o la seguridad de cualquier otra persona y de la comunidad”. En el caso

do el criterio de la seguridad de la sociedad, como elemento regulador de la libertad del imputado,<sup>140</sup> lo que importa contrariar toda la filosofía de un régimen de garantías reales e importa que, por sobre un proceso racional de análisis y persuasión, prevalece el ancestral afán de decidir apresuradamente las controversias, sobre la base de los pareceres mayoritarios, al propio tiempo, siempre temerosos, influenciables y cambiantes por definición, irremisiblemente morbosos y crueles por antonomasia.

A estas alturas, resulta inevitable volver a la relación “régimen político” y “normativa procesal penal”, reparando, como enseña Roxin, que en los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, se exagerará fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano. El Estado mismo está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano.<sup>141</sup>

Al concluir, es preciso reconocer, en palabras de Ferrajoli,<sup>142</sup> que una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es, precisamente, una de aquéllas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger,

---

United States vs. Salerno, por 6 votos a 3, la Corte Suprema declaró constitucional la disposición. U.S.739 (1987).

---

<sup>140</sup> El principio de la seguridad de la sociedad como elemento que obsta a la libertad del imputado, si bien estaba en el Código, fue lamentablemente recogido, por primera vez en nuestra historia constitucional, por la Constitución de 1980. Al efecto, es preciso recordar que el origen del instituto, en el derecho occidental, son los regímenes fascistas y su doctrina de respaldo.

“*El Estado fascista a diferencia del Estado democrático-liberal*—escribía Manzini— *no considera la libertad individual como un derecho preeminente sino más bien como una concesión del Estado acordada en interés de la colectividad...*”, y el famoso Ministro de Justicia Rocco declaraba que “*...La libertad, por tanto, es concedida al individuo y a los grupos, en interés de la sociedad. Como todos los derechos individuales, también la libertad es una concesión del Estado...*” ambos *cit.* por Ferrajoli, *Teoría...*, *cit.*, p. 632.

<sup>141</sup> Cfr. Roxin, *ob. cit.*, p. 258.

<sup>142</sup> *Teoría*, *cit.*, p. 561.

incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables... (es que) las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero, por sobre todo, históricamente cambiantes.

Es responsabilidad intelectual y política de los juristas y de los legisladores, defender y consolidar los valores de la racionalidad, de tolerancia y libertad que están en la base de esa conquista de la civilización que es la presunción de inocencia y que en buena parte se identifican con los valores mismos de la jurisdicción, esto es, del Derecho.

### 7.7. CONCLUSIONES

Lo expuesto muestra algunos de los problemas, retos y alternativas de solución que, como en otros países, se plantean en América Latina con respecto a los aspectos del sector policial aquí considerados, por lo que sólo resta apoyar, enérgicamente, la actual tendencia consistente en considerar a la policía como un servicio esencialmente civil y profesional, sin que ello implique necesariamente la desaparición de algunos conceptos (por ejemplo, jerarquía y disciplina) propios a la institución castrense.

En cuanto a un nuevo modelo de policía comunitaria (o de proximidad), conviene tener en cuenta la oportunidad de introducirlo, con las adaptaciones que se impongan, ya que se trata de un modelo que no sólo ha demostrado en numerosos países su potencial en la prevención de la delincuencia, sino que además se corresponde con el tipo democrático de sociedad deseado para el continente.

La necesidad de no considerar este modelo como una panacea universal, por lo que su aplicación debe acompañarse de experiencias piloto debidamente evaluadas.

Su utilidad social, ya que este modelo no está concebido como un instrumento destinado a aportar soluciones únicamente a los fenómenos de la criminalidad y de la inseguridad ciudadana, sino también como una herramienta capaz de resolver otros problemas de la comunidad, contribuyendo de esta suer-

te a la convivencia pacífica entre sus residentes y a la mejora de su calidad de vida.

Comienza un período fascinante de la evolución jurídico-institucional del país: de todos los operadores y, en especial, de la policía y de quienes componen y dirijan el Ministerio Público, dependerá que mucho más temprano que tarde podamos sentirnos orgullosos de un sistema procesal penal que satisfaga, al propio tiempo, los requerimientos de eficacia penal que la vida en sociedad requiere, con el respeto a la dignidad de las personas en la lucha contra el crimen.

8. DE FISCALES, DEFENSORES Y JUECES<sup>143</sup>

Permítanme comenzar mis palabras con un agradecimiento, con una excusa y con una conjetura.

El agradecimiento va a los organizadores, que tuvieron la gentileza de invitarme a inaugurar esta actividad conjunta de tanta importancia para el éxito de la reforma en las tres regiones en las que, durante el próximo mes de octubre, comenzará a regir.

La excusa, a los nuevos defensores públicos, quienes con motivo de su propio proceso de capacitación, en Santiago, ya me escucharon parte importante de las ideas que hoy les expondré, y

La conjetura, que persigue entender el motivo por el que los organizadores pensaron en mi nombre: estoy convencido de que no existe otra explicación que la conciencia que les anima, en orden a saber que, a la hora de analizar el proceso reformador actual, yo estoy comprometido con él. En otros términos, que claramente no soy neutral.

Y esta condición puede graficarse, insuperablemente, con la fina ironía de Benedetti, que alguna vez apuntaba:

*Por fin un crítico sagaz reveló —ya sabía yo que iban a descubrirlo— que en mis cuentos soy parcial y tangencialmente me exhorta a que asuma la neutralidad como cualquier intelectual que se respete.*

Y agregaba

*Creo que tiene razón.*

*Soy parcial, de eso no cabe duda.*

*Más aún, yo diría que un parcial irrescatable.*

*Caso perdido, en fin,*

*ya que por más esfuerzos que haga,*

*nunca podré llegar a ser neutral...*

Y concluía

*De manera que como parece que no tengo remedio,*

*y estoy definitivamente perdido para la fructuosa neutralidad,*

*lo más probable es que siga escribiendo cuentos no neutrales*

<sup>143</sup> Conferencia pronunciada en Antofagasta, el 10 de septiembre de 2001, con ocasión de la inauguración del proceso de capacitación interinstitucional de jueces, fiscales y defensores para las Regiones II y III.



*y poemas y ensayos y canciones y novelas no neutrales.  
Pero advierto que será así,  
aunque no traten de torturas y cárceles  
u otros tópicos que al parecer resultan insoportables a los neutros.  
Será así, aunque traten de mariposas y nubes  
y duendes y pescaditos.*

La vigencia de un estatuto jurídico procesal penal enteramente nuevo en un país y época determinados provoca excitantes y repetidos desafíos al intérprete: es la ocasión de recordar perennes inquietudes del jurista de todos los tiempos. Es hora de volver al estudio, a la solitaria concentración en las ideas, para alcanzar la claridad, ésta que conforme enseñaba Ortega y Gasset, significa tranquila posesión espiritual, dominio suficiente de nuestra conciencia, porque toda labor de cultura es una interpretación, esclarecimiento, explicación o exégesis de la vida.

Es pues hora de preguntarse, en primer término, por los fundamentos del ordenamiento que comienza a regir, cuestión que, más allá de toda duda, nos lleva al tema de los valores.

Reiteradamente y a través de épocas diversas, Goldschmidt, Roxin, Binder nos vienen insistiendo en que el proceso penal constituye el sismógrafo de los caracteres libertarios o autoritarios de una sociedad.

De allí que, con mayor énfasis que en lo referente a otros ámbitos del Derecho, en el que nos ocupa cobra vigencia el tema de los **fundamentos** normativos que hemos identificado como el de los valores que subyacen a la novel legislación.

Volveré sobre el tema: séame por ahora permitido anticipar que en las postrimerías del siglo XX y cuando el XXI es una realidad, no puede existir otro sustrato valórico de una legislación procesal penal que la necesidad de ensalzar y respetar los derechos humanos

Adicionalmente, empero, la estructura procesal penal debe configurarse teniendo en cuenta el ordenamiento institucional del sistema: en otras palabras, sin desatender a los requerimientos de un Estado democrático de Derecho, que requiere dispensar seguridad individual, certeza jurídica y tolerante respeto social.

Esta perspectiva reconduce el proceso penal al interior del Derecho Político y, en especial, del Derecho Constitucional: así,

no es fortuito que desde Barcelona, en tiempos recientes, Ramos Méndez nos invite a efectuar una “lectura constitucional” del proceso penal.

El fenómeno jurídico que reconoce la fundamentación anticipada se plasma en la norma –objeto natural de la reflexión y del análisis del jurista, del abogado y, en el caso particular nuestro, de jueces, fiscales y defensores–, pero se agota en la aplicación efectiva.

El deber del hombre de derecho de nuestro tiempo, en consecuencia, viene condicionado por el tema epistemológico, se retrata en la norma y se proyecta en la realidad, haciendo práctica la teoría tridimensional del derecho que Reale nos propusiera desde Brasil.

En su cometido analítico y práctico, el operador del sistema procesal penal no puede transar ni ser imparcial: con su noción referida a los valores y propósitos en juego, su tarea no puede ni debe ser jamás neutral.

En su labor de exégesis, de análisis, de comparación y, en especial, de aplicación del ordenamiento procesal penal, ustedes, los jóvenes operadores que definirán este nuevo ordenamiento procesal penal, no deberán jamás ser neutrales: por el contrario, les demandamos una actitud de compromiso volitivo, intelectual y físico con los fundamentos y valores del sistema, que son, al final, los del hombre de nuestro tiempo.

Todo proceso penal admite lecturas diversas en función de la perspectiva desde la que el lector se ubique: la más tradicional, y por ende menos llamativa, es la que hace descansar al proceso penal en el binomio de la eficacia y la garantía. Garantismo y eficacia constituirían, en esta aproximación, los elementos esenciales para analizar y calificar un proceso penal determinado.

La vieja y recordada sentencia en orden a que el proceso penal constituye el barómetro para medir los elementos autoritarios de la organización estatal puede ponerse a prueba, identificando los énfasis que demuestra un proceso penal de un tiempo y un lugar determinado.

En nuestros días, el debate se ha tornado complejo en grado creciente: si, por doquier, al influjo del desarrollo incontenible de los Derechos Humanos, se batan en retirada sistemas procesales penales que avasallan la dignidad del ser humano,

para adoptarse formas respetuosas de tal dignidad y de los derechos esenciales de las personas, subsiste, inalterable la irrenunciable función del Estado de asegurar una pacífica convivencia entre sus súbditos, tarea que habrá de ajustarse a estos parámetros descritos.

La preocupación estatal por los derechos de las personas se comprueba reparando ya no sólo en las regulaciones legales de los países, sino advirtiendo el afán generalizado de elevar estas reglas a los estratos más altos de la jerarquía normativa.

Así los pactos y tratados internacionales darán el ejemplo de regulaciones respetuosas de los derechos de las personas, para permitir que las Constituciones sigan su camino introduciendo principios semejantes que terminarán constituyendo las guías de los Códigos o leyes procesales penales.

La cuestión comienza con las proclamaciones generales; éstas que anticipan que todas las personas nacen iguales en dignidad y derechos y que la soberanía, esto es, el poder estatal, reconoce como limitación el respeto a los derechos que emanan de la naturaleza del hombre.

En el derrotero de nuestra propia Constitución, basta recordar la sentencia que señala que Chile es una república democrática, para extraer de esa simple afirmación un sugerente conjunto de conclusiones, porque, como afirma Dworkin, se requiere que la Constitución esté redactada en un lenguaje abstracto y, por ende, que ella sea interpretada a través de los procedimientos legales ordinarios por jueces que la entiendan como un ejercicio en el ámbito de la filosofía política.

El marco constitucional de nuestro propio proceso penal se **conforma**, entonces, con la disposición que nos recuerda que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos; se **desliza** hacia la teoría política de una república democrática, según señalé, configurada con la limitante impuesta al poder del Estado por el ejercicio de los derechos que emanan de la naturaleza de las personas y se **enmarca** dentro de un Estado de Derecho, conocido por la exigencia de actuar los órganos del Estado dentro de su competencia, so pena de nulidad de lo que se verifique en contravención.

Aparece así que en los arts. 1º, 4º, 5º, 6º y 7º de la Carta se configura el estatuto constitucional del sistema jurisdiccional,

confiándose básicamente al art. 19 N° 3 la tarea de referirlo, con precisión, al ámbito penal.

Bajo semejantes marcos reguladores, puede cobijarse un proceso penal de nuestros tiempos, en un régimen regulador que deberá pergeñar un procedimiento caracterizado por gruesas líneas:

**La primera** es el reconocimiento de un notorio grado de desigualdad que debe emanar de la normativa para compensar lo que ocurre en la vida real fuera del ámbito ideal del proceso como institución.

El proceso penal es un elemento de la vida política de un país. Es más, pocos derechos vienen tan empapados de concepciones políticas como el derecho procesal penal, cuestión que no debe asombrar ni menos escandalizar. Es que el proceso penal decide cómo se regularán las relaciones del Estado y los hombres, del Estado y los ciudadanos, cuando aquél pone en juego el terrorífico poder de que se le ha revestido, ese que, por siglos, ha sido capaz de determinar si la persona puede seguir viviendo o no; si la persona debe seguir en libertad o, como no se cansa de predicar Binder, si debe ser encerrada en una jaula; si, en fin, la persona tiene o no derecho a continuar ejerciendo los derechos que las Cartas Políticas prometen, desde libertad ambulatoria a posibilidad de expresarse y actuar libremente.

Cuando el Estado pone en juego, en funcionamiento, su poder persecutorio y sancionatorio, se desata un cúmulo de actividades que deja al sujeto, al individuo, en una muy precaria situación de oposición, reconocimiento que ha movido al destacado penalista italiano contemporáneo y Decano de la Facultad de Derecho de Urbino, Gustavo Pansini, a sostener que el imputado es la primera víctima del proceso penal.

Es cierto que la actividad estatal es, normalmente, de reacción, vale decir, se produce cuando el atentado social que constituye el delito ya ha tenido lugar, lo que confiere al sujeto un nivel de ventaja, pero es tanta y tan fuerte la actividad estatal que no hay, normalmente y es adecuado que así ocurra, posibilidad alguna de equilibrio.

Llevadas las cosas al ámbito jurisdiccional y, según veremos más adelante, incluso antes, el ordenamiento se esfuerza en provocar niveles de igualdad.

De allí que en general se declare que toda persona tiene derecho a ser tratada como inocente en tanto no se establezca su responsabilidad por sentencia firme, lo que constituye la denominada **presunción o principio de inocencia**.

Personalmente, me inclino por estimar que se trata de un principio antes que de una presunción: en efecto, como presunción, puede fácilmente desvanecerse por una o varias pruebas en contra; como principio, en cambio, constituye un basamento ideológico sobre el que descansa el ordenamiento procesal penal, inmodificable o inderogable por una nueva ley o norma jurídica.

El tema de la inocencia, empero, tiene sólo sentido en función de una imputación penal; en otras palabras, la generalidad de las personas que circulan por las calles no son inocentes, son libres, porque ése es el estado normal. Sólo en cuanto el sujeto enfrenta el riesgo de la imputación penal, tiene sentido atribuirle como principio básico el de inocencia.

En Chile, la situación es compleja en virtud de muchas circunstancias, que obviamente no podríamos analizar en esta ocasión. Apenas algunas reflexiones: No somos –me parece– un país especialmente ocupado de generar un marco normativo o fáctico de respeto a los derechos de las personas, a los derechos de cada persona. Usualmente, en el ámbito jurídico y político, se antepone al análisis la consideración por los llamados derechos de la colectividad; la noción de orden público; los derechos colectivos; singulares referencias al bien común; etc.

Pero los derechos individuales, los del sujeto singular, francamente carecen de especial protección, en especial si la cuestión está referida al ámbito del proceso penal.

Una prueba elocuentísima la constituye el art. 156 del CPP, que autoriza a la policía para que en casos de delitos flagrantes y siempre que hubiere fundadas sospechas de encontrarse el responsable de un delito en un recinto cerrado, entrar y registrar ese recinto sin previa orden judicial... sin que nadie –en obsequio al éxito de la persecución penal– repare en los derechos del tercero, propietario de la casa o lugar cerrado y que ninguna participación ha tenido en los hechos delictuosos y a quien la Constitución le asegura no sólo la inviolabilidad del hogar, sino además el derecho de propiedad.

Pues bien, de cara a equiparar en algún grado la notable diferencia que existe entre Estado e imputado, reconocemos en el país, con jerarquía meramente legal, en art. 42. del CPP que a nadie se considera culpable de delito, sino en virtud de sentencia fundada en un proceso previo legalmente tramitado, pero, agregamos, el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso.

Aparece así la que Carnelutti llamara la fórmula de la implicancia, que puede enunciarse afirmando que **no se puede castigar sin proceder ni proceder sin castigar**, implicancia que, según San Agustín, denuncia la pobreza del intelecto humano, que nos constriñe a castigar para saber si uno debe ser castigado, lo que constituye el verdadero drama del proceso penal y que importa reconocer que al excluir la implicación el castigo en el proceso no es posible.

El sufrimiento del inocente es, desgraciadamente, el costo insuprimible del proceso penal.

La presunción de inocencia en el país se recoge a nivel legal y no constitucional. Es más, en el ámbito de las presunciones penales, la Carta Política no puede ser más desafortunada, como lo es, por lo demás, en todo lo referente a garantías de las personas sometidas a procesos penales, en clara demostración que en la disyuntiva entre seguridad y libertad el constituyente se inclinó siempre por la primera en desmedro de la segunda. Así, encontramos una norma que asegura que la ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal, regla que puede ser bien venida, aunque su presencia es elemental, toda vez que la norma inversa constituiría un simple resabio de oscurantismo medieval.

Con todo, la redacción del precepto es ya equívoca: si la Carta, se podría razonar, asegura que la ley no puede presumir de derecho la responsabilidad penal, es evidente que el legislador podrá establecer presunciones legales de responsabilidad, presunciones que, cada vez que se introduzcan, eliminarán la presunción de inocencia.

Que la cuestión no es baladí se comprueba recordando el entusiasmo y candor con que algunos parlamentarios han aparecido en los medios, últimamente, anunciando leyes por las que

se impondrá a cada persona acreditar el origen legítimo de sus bienes.

Pero lo que ocurre es que en el país **no** existe o no se reconoce el principio de inocencia, como sustrato básico, y así, en la Ley de Quiebras, en la de Valores, en la de Sociedades Anónimas, etc., encontraremos un sinnúmero de presunciones de responsabilidad penal.

Establecer y acatar un principio de inocencia importa no sólo imponer al Estado y a sus agentes que traten a las personas imputadas como inocentes, sino afirmar que, al final, sobre ellos recae enteramente el peso de la prueba incriminadora: es consecuencia de este principio el derecho que tiene el sujeto de guardar silencio, derecho que, otra vez, lamentaremos que carezca de *explicito reconocimiento constitucional*. En efecto, confirmando lo que anticipaba acerca del disfavor con que el constituyente reguló los derechos de los imputados, encontraremos en la Carta una norma que asegura que las personas no pueden ser obligadas a declarar bajo juramento sobre hecho propio en causa penal. Observen que la norma, así construida, permite que el intérprete estime que la **persona puede ser obligada a declarar** aunque no sea bajo juramento.

Insisto, del principio de inocencia arranca el derecho a guardar silencio, actitud de la cual no puede desprenderse consecuencia jurídica o fáctica perjudicial para el sujeto. Se traducirá la conjugación de estos elementos en la comprobación de una idea básica de todo proceso penal contemporáneo: la responsabilidad del imputado debe establecerse sin su cooperación.

Esto implica que el Estado deberá ser capaz de acreditar la responsabilidad del individuo, sin contar con su ayuda o, lo que es lo mismo, que el imputado tiene el derecho a exigir que se le absuelva si el Estado —a través del Ministerio Público— no es capaz de probar los hechos que son materia de la acusación.

La cuestión tiene amplia difusión en el moderno Derecho Comparado y se expresa en la fórmula que el cine y la literatura nos han traído desde los EE.UU., recordando el famoso fallo de *Miranda vs. Arizona*, ocasión en que, aplicando meramente los principios constitucionales, se resolvió que la policía debía indicar en términos claros e inequívocos al imputado que tiene derecho a guardar silencio, con la explicación subsecuente de

las consecuencias, para lo cual se agregará que “todo lo que diga puede ser y será usado en su contra en tribunales, seguido del reconocimiento de que tiene derecho a consultar un abogado y a que éste esté presente durante el interrogatorio, para concluir con la afirmación de que si carece de dinero para proporcionarse un abogado, le será asignado uno por el Estado”.

La idea se puede sintetizar en la siguiente afirmación: el imputado no es ni puede ser órgano ni fuente de prueba.

En su rol de sujeto y no objeto del proceso penal moderno, tiene derecho a hacerse a un lado a la espera de que el sistema establezca su responsabilidad

La cuestión no es meramente teórica: si de acuerdo al art. 8º N° 2 letra g) del Pacto de San José, derecho interno a lo menos de nivel constitucional, conforme al art. 5º inc. 2º de la Carta, el imputado tiene derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo, habremos de contestarnos cuál es el alcance de esta declaración. Se tratará acaso sólo de no hablar, o de escribir una declaración, o, en cambio, como antes se proponía, se trata del derecho a no constituir órgano de prueba.

El art. 197 del Código Procesal Penal dispone que podrán efectuarse exámenes biológicos al imputado, como exámenes de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo a la salud o dignidad del interesado.

Supongamos, por un momento, que fuere este último el verdadero alcance: ¿qué decir frente a la exigencia de someter al imputado a exámenes corporales? Si yo no estoy obligado a colaborar con el Estado en la tarea de probar mi culpabilidad y expresamente se me confiere el derecho a no incriminarme, ¿debo aceptar que alguna parte de mi cuerpo se use en mi contra? En otras palabras, ¿sólo me incrimino cuando hablo o escribo?

Este punto está estrechamente vinculado con una muy importante limitación a la que el Estado debe sujetarse en su actividad persecutoria: si la soberanía se detiene ante los derechos que emanan de la naturaleza de las personas y si todos nacemos iguales en dignidad y derechos, quiere decir que la dignidad es un atributo básico de las personas.

Pues bien, ¿cómo conciliamos estos dos principios, el derecho al silencio y el derecho al respeto a la dignidad esencial y a la integridad psíquica y física de las personas—incluyendo a los impu-



tados—, con la práctica de exámenes invasivos, como aquellos encaminados a analizar fluidos seminales o corporales en general?

¿No estoy, acaso, convirtiendo al imputado mismo en la fuente de prueba cuando lo obligo a practicarse esos exámenes?

La importancia de esta cuestión no sólo radica en los términos de la respuesta que uno entregue o con la que coincida; me parece a mí que ya el propósito está logrado si nos planteamos seriamente el problema y somos capaces de vislumbrar que tras una situación que ha venido pareciendo tan pacífica —practicar exámenes de ADN o de fluidos seminales— se encierra una marcada toma de partido en el debate perenne que se mantiene entre la garantía y la eficacia.

La cuestión, como es obvio, se extiende a todo el ámbito procesal penal; constituye el trasfondo ideológico del debate sobre la admisión de la teoría de la prueba ilícita emanada de la conocida Cuarta Enmienda a la Constitución norteamericana —finalmente recogida en nuestro nuevo Código—, y en particular de la prueba derivada, la famosa fruta del árbol envenenado, temas todos sugerentemente aguardando que los intérpretes, principalmente los defensores, lleven a los jueces para elaborar la respuesta de los juristas chilenos del siglo XXI, respuesta que confiamos sea armónica con la que ya 25 años atrás diera el Tribunal Constitucional alemán, **declarando que la investigación de la verdad no es un valor absoluto del proceso penal**.

Porque el actuar del Estado se detiene donde comienza la dignidad de la persona a la que se confiere el derecho a no inculparse, antecedente o consecuencia del principio de inocencia, que lo mismo da, hemos de reconocer que la regulación positiva consagra grados de desigualdad a favor del imputado que se traducen ya no sólo en el derecho a la última palabra en el juicio oral, sino en el derecho a obtener que acogido el recurso de nulidad en su favor, se dicte sentencia de reemplazo absolutoria o que rebaje la pena o, por último, que la revisión sólo puede deducirse en favor del imputado.

Estoy concluyendo así esta primera parte del análisis encaminado a demostrar que en el proceso penal existe y debe existir una desigualdad intrínseca a favor del imputado, para pasar a **la segunda**, que destaca la actividad defensorial al interior de un proceso penal.

La verdad es que la expresión es aún mayor, habrá derecho y necesidad de defensa incluso antes que la cuestión acceda a sede jurisdiccional.

Comencemos recordando que conforme a los términos de la Constitución, “toda persona tiene derecho a defensa jurídica”, afirmación que no hace sino confirmar cuanto afirmaba antes en torno a las carencias del texto constitucional en el ámbito procesal penal, sin perjuicio de que el intérprete termine dudando: ¿serían omisiones voluntarias o involuntarias las de la Carta? Es que son tantas y tan severas, que dadas las circunstancias de generación de la Constitución, no sería de extrañar que los silencios fueran deliberados.

En el caso que nos ocupa, la situación no puede ser más dramática; que una Constitución de las postrimerías del siglo XX declare que toda persona tiene derecho a defensa jurídica suena casi a mofa. ¿Es que existiría la posibilidad de la regla contraria? ¿Pudo alguien pensar que era necesario proclamar esta idea en la Constitución? Son tan vagos y genéricos los términos, que de poco sirven, en especial cuando se les compara con otras normas del Derecho Constitucional Comparado, que, por el contrario, ora proclaman que no podrá sustanciarse válidamente un proceso sin defensa, ora que la defensa en juicio es inviolable, al modo del constitucionalismo argentino, ora, por último, en los términos de la Carta española de 1978, que se debe dispensar a los sujetos una tutela jurídica efectiva que asegure que no habrá indefensión.

El Código nuevo y su legislación complementaria han venido a colocar las cosas en sus términos justos: el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra, dispone el art. 8º, regla que la Ley de la Defensoría Penal Pública reiterará, recogiendo un principio rector en el mundo occidental.

Lo llamativo, al tiempo que remarcable, es que la Ley ha cambiado el criterio decimonónico que tiene nuestra Constitución, conforme a la cual si el sujeto no tiene medios para procurarse un abogado, la ley arbitrará los medios para otorgarle asesoramiento, lo que constituye la vieja fórmula de la asistencia por caridad a los que no tienen dinero o, lo que es lo mismo, la filosofía que dio lugar a esa exquisita ironía conforme a la cual se otorga a algunos el privilegio de ser pobres.

El nuevo sistema, en cambio, otorga asistencia de abogados no a los que carecen de dinero, sino a los que carecen de abogado, bajo una perspectiva completamente diferente: Es, al final, la idea que en un Estado democrático y republicano de Derecho las decisiones de la autoridad valen en función de su legitimidad, diríamos de su *auctoritas*, legitimidad que viene dada por la observancia de los derechos fundamentales de las personas y de la publicidad con que se procede, única vía de controlar cabalmente el ejercicio del poder.

Ésta es la lectura moderna de la institución de la defensoría: la actuación del defensor es condición de validez y legitimidad del juicio penal, de allí que los pactos establezcan el derecho irrenunciable a la asistencia letrada y que contrariando todos los precedentes, el nuevo Código confiera al defensor condición *autónoma de interviniente en el proceso penal*, demandando su presencia como condición de validez de un conjunto de actuaciones que no pueden verificarse sin él.

Esta circunstancia coloca al defensor en una singular situación; si su presencia es condición para la realización del proceso, podría asimilarse su status al de un órgano colaborador del Estado o de su función jurisdiccional. Así se sostiene muchas veces. A mí, empero, me parece que no puede ser de ese modo; sin imputado presente, no hay proceso penal válido y nadie osaría afirmar que el imputado es un colaborador del Estado para realizar la pretensión punitiva. El defensor está para hacer valer los derechos del imputado, no para coadyuvar al Estado en su tarea persecutoria, todo lo cual creo que reconoce una evidente situación de realidad, pero que no olvida las limitaciones éticas a que el defensor debe someterse.

La defensa es una delicada tarea y la defensa penal pública lo es aún más. Es que se corre siempre el riesgo de que por ser pública decaiga en calidad e interés. Aparece acá la importancia que tiene la función que la ley asigna al Defensor Nacional, en orden a fijar los estándares a los que debe sujetarse la actuación de los defensores, desde que éstos podrán controlarse a través de las inspecciones y auditorías que, especialmente a quienes liciten defensas, se practicarán en el futuro.

La defensa del imputado y la presencia de éste en el juicio constituyen exigencias de la legitimación democrática de la sen-

tencia. De allí que se proscriba el juicio en ausencia y que se respalde la posibilidad de la prisión preventiva, fundamentalmente, de cara a asegurar no que el imputado no se fugue, sino que conforme con su presencia el conjunto de condiciones que determinan un proceso debido.

La actuación del fiscal, a su turno, vuelve a recordarnos que en un Estado de Derecho éste, el Derecho, es el límite al ejercicio del poder. Es la tarea del fiscal, su actividad, sus requerimientos y peticiones, lo que pone en marcha al sistema jurisdiccional, bajo el viejo apotegma de *nemo iudex sine actore*, principio básico del régimen acusatorio.

Es que por sobre toda otra característica, el proceso acusatorio se identifica por la separación de funciones: un fiscal, para acusar; un defensor, para defender, y un tribunal, para resolver.

El fiscal no será nunca imparcial. No puede ni debe serlo. Por lo demás, la sola expresión resulta incompatible con su rol. Si “im-parcial” es no ser parcial, esto es, no ser una parte, no se divisa cómo podría exigirse tamaña actitud del fiscal. Éste será objetivo, proponiendo la garantía de lo que los ingleses denominan un *fair trial*, un juicio limpio, y velará –en términos de Ada Pellegrini Grinover– porque la actividad persecutoria estatal se sujete a una escrupulosa regla moral.

El fiscal se embarca en la tarea escudriñadora sin preconcep- tos: no sabe lo que encontrará y lo debe buscar con buena fe y limpieza de armas, partiendo de la base que, como recuerda Octavio Paz, no son las teorías las que justifican la experiencia, sino a la inversa. A veces la prueba contradice nuestras previsiones y se producen efectos distintos a los que esperábamos. Al poeta y al investigador –escribe Paz– no les cuesta mucho trabajo resignarse; ambos aceptan que la realidad tiene una manera de conducir que es independiente de nuestra filosofía. Las verdades que buscan son distintas, pero para alcanzarlas usan métodos parecidos. Al rigor material se une la objetividad más estricta.

Recae sobre los hombros de los fiscales del nuevo sistema una enorme carga. La ilusión, justificada o no, y a veces, digámoslo claramente, demagógicamente explotada, de anhelos de seguridad por grandes sectores de la ciudadanía y, en particular, por los más modestos, merece una satisfacción.

La paradoja consiste, en cambio, en que la tarea no es ni privativa, ni exclusiva ni, en verdad, principalmente de los fiscales. Son otros órganos del Estado los que deben proporcionar la efectiva seguridad ciudadana, por más que muchos se empeñen en olvidarlo.

Toda lectura del nuevo régimen procesal permite comprobar que las decisiones más relevantes en el nuevo sistema procesal que el fiscal quiera adoptar, están condicionadas a la reacción de la víctima o del juez de garantía.

En ocasiones, las facultades conferidas a la víctima parecen excesivas: recuérdese sus posibilidades de impugnar la decisión de ejercer oportunidad, para lo cual no requiere de fundamentos ni formalidades (“de cualquier modo”), con lo que este instrumento de aplicación de políticas públicas parece perder su sentido. No obstante y dada la circunstancia de carecer el fiscal de legitimación democrática, esta, en principio, excesiva atribución de la víctima concluye tornándose en un efectivo o potencial control popular de su gestión.

Con todo, y aunque los términos legales no sean suficientemente explícitos, lo que se demanda del Ministerio Público es que asuma, con valentía y realismo, la elaboración y ejecución de verdaderas políticas públicas de persecución penal, tarea para la cual se le han otorgado los instrumentos necesarios.

Es en esta perspectiva en la que se debe entender, entre otros institutos del nuevo orden legal, el sentido del principio de oportunidad, del archivo provisional o de la suspensión condicional de procedimiento.

Fiscales que entienden que la finalidad de la actividad investigadora, que es, a la postre, la actividad probatoria de la etapa de investigación, no es más que formar su propia convicción acusadora o, por decirlo en palabras diversas, fiscales que asuman que se investiga para saber si se acusa, en contraste con la actividad probatoria del juicio, que es el único respaldo posible de la sentencia, confirmando aquello de que, en cambio, la actividad probatoria del juicio se encamina a decidir si se condena o si se absuelve.

La relación se agota en la intervención del juez: a él le pedimos nada más, pero nada menos, que asumir el papel tradicional del tercero imparcial frente al conflicto. Del tercero que

asume su propio rol de neutralidad, que entiende que para el desarrollo del Estado de Derecho su tarea consiste en declarar el Derecho ante la cuestión propuesta, sin dejarse llevar por la fuerza del Estado ni la fragilidad del imputado, por la simpatía de una postura ni por el horror que le produzca la acusación.

Un juez que deberá absolver cada vez que la insuficiencia probatoria, sea porque no existe prueba de cargo, sea porque la impericia o la desidia del fiscal no permitieron su producción, no le permita formarse una convicción condenatoria más allá de toda duda razonable, expresión que si traída de otras tradiciones jurídicas, no representa más que una elevación de los estándares de convicción.

El juez de este nuevo sistema no forma parte del aparato represor o preventor de delitos del Estado: debe saber que su función es otra y no debe vacilar en absolver en las hipótesis anticipadas.

De él, aguardamos la fortaleza para no sucumbir ante la presión pública; el talento, para imponer el respeto a los derechos de todas las personas, y la sabiduría, para no dejarse impresionar por los efectos ni las consecuencias.

Esperamos, por último, jueces con coraje: nuestra propia experiencia nacional ha confirmado lo que Couture enseñara más de 50 años atrás, en un breve curso que dictara en la Facultad de Derecho de París: “De la dignidad del juez depende la dignidad del derecho”, sostuvo entonces, agregando: “El derecho valdrá en un país y en un momento histórico determinados lo que valgan los jueces como hombres. **El día en que los jueces tengan miedo, ningún ciudadano podrá dormir tranquilo**”.

La controversia del nuevo sistema penal, bien sabemos, se dilucida en audiencias orales, que tienen en el juicio oral y público su momento central, centralidad que se asegura –entre otros mecanismos de resguardo– con la prohibición de la suspensión del juicio por más de diez días; con la garantía de que sólo la prueba rendida en el juicio podrá fundar la sentencia y con la imposibilidad para otros jueces o tribunales de revisar la ponderación de la prueba.

Oralidad que conlleva intermediación, pero que es mucho más que la palabra hablada, más que la ocasión de paladear las pa-

labras, en términos de Borges; más que la expresión verbal: el juicio oral es el juicio de los lenguajes, que se aprehenden con los sentidos; es el juicio de la expresión corporal, es el juicio de los silencios: de los balbuceos y de las afirmaciones seguras. Es, además, el del caso de cada cual; caso que habrá que dominar cabalmente.

Y es que la oralidad y la publicidad no sólo son el resultado de la regulación legal, sino la única opción del Estado de Derecho, caracterizado por el control que los súbditos debemos ejercer sobre quienes detentan por nosotros el poder. Sólo en un juicio oral y público conoceremos de qué manera los fiscales –el Estado– cumplen su misión persecutoria y verificaremos qué resuelven los jueces y cuáles fueron sus motivaciones y antecedentes. Esto constituye, una vez más, la esencia del Estado republicano de Derecho.

La oralidad traerá aparejada una enorme simplificación de las formas, se pondrá fin a lo que la jurisprudencia argentina y la espléndida sistematización de Bertolino han llamado “el exceso ritual manifiesto”, anticipando quizás lo que hemos denominado el réquiem a la técnica de los procedimientos.

Obtendremos una decisión de los conflictos, de cara a la sociedad, con igualdad de alternativas de defensa para dos sujetos involucrados ante el órgano jurisdiccional, porque, en sentencia conocida, el destino del proceso se liga al destino del Derecho y el de éste, al destino del individuo.

Como en el juicio de Oreste en *Las Euménides*, todo juez debe recordar las palabras que el trágico puso en boca de Atenea: “Nunca habrá justicia si habiendo dos partes sólo se ha oído la voz de una”, y, al decir del clásico, por no haberlo hecho, más de una vez, a lo largo de la historia del hombre, se tiñeron en sangre las manos de la justicia.

## 9. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS Y DOGMÁTICAS SOBRE EL DESAFUERO DE PARLAMENTARIOS

La I. Corte de Apelaciones de Rancagua, accediendo a lo solicitado por el señor Ministro en Visita don Carlos Aránguiz Z., ha procedido a conceder el desafuero de seis diputados por hechos públicamente difundidos,<sup>144</sup> sentencia que comentamos a continuación.

### 9.1. ANTECEDENTES DEL DESAFUERO EN CHILE

El Capítulo II del Título III de la Constitución Política de 1818 determinaba en su art. 5º que “el Senado tendrá tratamiento de Excelencia; los senadores serán inviolables; sus causas serán juzgadas por una comisión que con este objeto nombrará dicho Senado”, constituyendo, nos parece, la primera norma de Derecho Positivo Público nacional encaminada a preservar la integridad de la función parlamentaria y, con ella, se da inicio a una reiterada trayectoria institucional de protección al desempeño de esta determinante función pública-política,<sup>145</sup> que se reafirmará con la Carta promulgada en diciembre de 1823, que ya contenía una norma con arreglo a la cual “en las acusaciones i causas criminales juzga a los senadores la Suprema Corte de Justicia, declarando previamente la Cámara Nacional, haber lugar a la formación de causa, por consulta del Senado...”<sup>146</sup>

La regulación actual del desafuero parlamentario reconoce origen directo en los términos de los arts. 15 y 16 de la Consti-

<sup>144</sup> Porque se trata de hechos acaecidos antes de que entrara en vigencia, en la VI Región, la Reforma Procesal Penal, las consideraciones de Derecho Positivo vigente que se citan no están referidas al Código Procesal Penal, con alguna ocasional excepción, que, en su momento, anoto.

<sup>145</sup> En el art. 45 de la Constitución de 1822 se declara que “en ningún caso, ni por autoridad alguna se reconvendrá a los diputados por sus opiniones, no podrá demandárseles por deudas mientras duren las sesiones i si dieren mérito para alguna causa criminal, serán jueces cinco abogados, sorteados de veinte que nombrará la misma Cámara de Diputados”.

<sup>146</sup> La Cámara Nacional se regulaba a partir del art. 60, como una “reunión de consultores nacionales en una asamblea momentánea”, cuyos integrantes no podían bajar de 50 ni pasar de 200, “aunque progresa la población”.



tución Política de 1833, que, respectivamente, establecían que “ningún senador o diputado, desde el día de su elección, podrá ser acusado, perseguido o arrestado, salvo en el caso de delito in fraganti, si la Cámara a que pertenece no autoriza previamente la acusación, declarando haber lugar a formación de causa” (art. 15) y “ningún diputado o senador será acusado desde el día de su elección, sino ante su respectiva Cámara o ante la Comisión Conservadora, si aquélla estuviere en receso. Si se declara haber lugar a formación de causa, queda el acusado suspendido de sus funciones legislativas i sujeto al juez competente” (art. 16).

Aparece entonces que el sistema constitucional chileno, como muchos otros en el mundo, se inclinaba por entregar la decisión de levantar el fuero de sus parlamentarios a la propia Cámara a la que el aforado pertenecía, cuestión respecto de la cual uno de los más importantes comentaristas de la Carta de 1925 y directo e importante partícipe en su aprobación, opinaba: “Mientras el precepto constitucional fue aplicado con rectitud y sabiduría, produjo los buenos resultados que él perseguía, sin ocasionar mal alguno. Pero a la larga, llegó a relajarse la disciplina moral de los Congresos, hasta ser substituida por el interés político o personal y el fuero parlamentario llegó a convertirse en una patente de impunidad para los delitos comunes, mediante un pacto tácito de complicidad recíproca de los partidos a favor de sus miembros”.<sup>147</sup>

No pudo sorprender, entonces, que con motivo del proceso político-social que condujo a la dictación de la Carta de 1925, una de las cuestiones en las que se innovó fue en este tópico, materia, sin embargo, respecto de la cual existen escasísimos antecedentes históricos. En efecto, la única referencia concreta aparece en el acta de la tercera sesión de la Subcomisión de Reformas Constitucionales, celebrada el 24 de abril de 1925, documento en el que se lee que “...se cambiaron algunas ideas sobre la inconveniencia del sistema imperante que permite a los parlamentarios que cometen delitos comunes escudarse en el fuero parlamentario para burlar la acción de la justicia ordinaria. Concretando su pensamiento, la Subcomisión, por unani-

---

<sup>147</sup> Cfr. José Guillermo Guerra, *La Constitución de 1925*, Establecimientos Gráficos Barcells & Co, Santiago, 1929, p. 214.

midad, acordó que sea la Corte de Apelaciones, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda, quienes deban declarar si hay o no lugar a formación de causa, quitando a la Cámara, por consiguiente, toda injerencia en el desafuero”.<sup>148</sup>

Se dio a luz, de este modo, al que fue, en su momento, el art. 33 de la Constitución de 1925, que disponía que “ningún diputado o senador, desde el día de su elección, puede ser acusado, perseguido o arrestado, salvo el caso de delito flagrante, si la Corte de Apelaciones de la jurisdicción respectiva, en Tribunal Pleno, no autoriza previamente la acusación declarando haber lugar a la formación de causa”.

En tanto, regía en el país, desde 1907, el Código de Procedimiento Penal, elaborado en base al proyecto de Manuel Egidio Ballesteros, cuyo art. 656, en armonía con la norma de la Carta de 1833, rezaba: “ningún tribunal, aunque halle mérito para imputar un delito a un senador o diputado, procederá contra él sino cuando la Cámara respectiva o la Comisión Conservadora, en su caso, declare que ha lugar a formación de causa”.

Es importante tener en cuenta, sin embargo, que el Proyecto original de Ballesteros estaba redactado, en esta parte, en forma diferente. En efecto, el que era su art. 673 sostenía que “el Tribunal **que hallare mérito para procesar por causa de delito a un senador o diputado** se abstendrá de dirigir el procedimiento en contra de él hasta que la Cámara respectiva declare haber lugar a formación de causa contra el inculcado...”, cuestión sobre la que volveré más adelante, no sin consignar, desde luego, que la redacción definitiva del art. 656 transcrito y que corresponde al actual art. 611, fue obra de una indicación de don José Bernardo Lira, integrante de la Comisión Mixta de diputados y senadores que revisó el Proyecto.<sup>149</sup>

Lo cierto es que, en virtud del acuerdo del nuevo texto constitucional, se dictó el Decreto Ley 554, de octubre de 1925, que modificó el Código de Procedimiento Penal y le dio su redac-

---

<sup>148</sup> *Actas Oficiales de las sesiones celebradas por la Comisión y subcomisiones encargadas del estudio del Proyecto de Nueva Constitución Política*, Stgo., Impr. Universitaria, p. 59.

<sup>149</sup> *Cfr. Santiago Lazo, Los Códigos Chilenos Anotados. Código de Procedimiento Penal*, Poblete Cruzat Hnos. Edit., Stgo., 1916.

ción actual, consagrando que la decisión de si corresponde hacer o no lugar a la formación de causa compete a los tribunales de justicia y no más al Congreso.

Finalmente, es necesario tener presente que el art. 58 de la Constitución Política de la República, actualmente vigente, dispone:

“Ningún diputado o senador, desde el día de su elección o designación o desde el de su incorporación, según el caso, puede ser procesado 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.

En caso de ser arrestado algún diputado o senador por delito flagrante, será puesto inmediatamente a disposición del Tribunal de Alzada respectivo, con la información sumaria correspondiente. El Tribunal procederá, entonces, conforme a lo dispuesto en el inciso anterior.

Desde el momento en que se declare, por resolución firme, haber lugar a formación de causa, queda el diputado o senador acusado suspendido de su cargo y sujeto al juez competente”.

Por ahora, puede destacarse que desde el lejano diciembre de 1823, en adelante, todos los textos constitucionales aluden a que para proceder penalmente en contra de un parlamentario, se precisa que algún órgano, político o judicial, declare si ha o no lugar a la formación de causa, sin que, hasta hoy, aparezca algún texto legal que determine en qué consiste la formación de causa o, lo que es lo mismo, cómo se cumple la orden que dispone que corresponde formar la causa. Adicionalmente, sólo desde 1907 aparece en el ordenamiento positivo una exigencia de mérito a que debe atenderse el órgano –por ahora, jurisdiccional– encargado de la investigación, para proponer al tribunal superior la posibilidad de desaforar al parlamentario. Esta exigencia de mérito, como se sabe, viene regulada en el actual art. 612 del Código de Procedimiento Penal, que dispone que “tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte, aparezcan contra un diputado o senador datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal su-

perior correspondiente a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa”.

## 9.2. LA FORMACIÓN DE CAUSA

¿A qué se aludirá con la frase “formación de causa”?<sup>150</sup> ¿Significará esta expresión que se autoriza para dar comienzo a un proceso penal? Me parece que la negativa es manifiesta, vale decir, aunque el significado literal de la expresión y su sentido gramatical induzcan a pensar que la declaración en orden a que se hace lugar a la formación de causa importa sostener que se puede dar origen, dar nacimiento a una causa penal que antes no existía, me inclino por una interpretación diferente. En otras palabras, no me parece que cuando una Corte declara que se hace lugar a la formación de causa, lo que está afirmando es que, como lo señala el art. 81 del Código de Procedimiento Penal, deba comenzar el juicio penal, por denuncia, querella, requisición del Ministerio Público o por pesquisa judicial, hipótesis todas que se descartan a la luz del mero tenor del art. 612 del Código invocado, que, como se anticipó, permiten al juez pedir el desafuero cuando los antecedentes del proceso arrojen determinados datos, esto es, se discurre a partir de un proceso que ya se encuentra en tramitación.

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, aunque con imprecisiones, ha sostenido que **“un parlamentario no puede ser sometido a juicio sin ser previamente desaforado”**,<sup>151</sup> en otra ocasión, sostuvo que **“el desafuero no es sino un permiso dado por la Corte de Apelaciones para que pueda seguirse un proceso en contra de un parlamentario”**, y agregó que **“...el desafuero es un permiso para que pueda procesarse a los parlamentarios y desde que se da esa resolución por resolu-**

<sup>150</sup> Vid. *infra* la respuesta que a esta interrogante dio, sin distinción alguna, la Comisión que redactara la Constitución de 1980.

<sup>151</sup> 26 de abril de 1933, *Boletines de Sesiones del Senado*. Legisl. Extraord. 1932-1933, pp. 1544-1545, tomo II, cit. por Rolando Acuña Ramos, *La Constitución de 1925 ante la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado*, Editorial Jurídica de Chile, 1968.

ción firme de la Corte de Apelaciones, el congresal queda inhabilitado para el desempeño de sus funciones parlamentarias”.<sup>152</sup>

Informando al Senado, con motivo de las condenas múltiples impuestas al Senador Carlos Altamirano, y la consulta en torno a si quedaba inhabilitado para el ejercicio de su cargo, a fines de los años 60, la Comisión cita al profesor Jorge Ovalle, para quien **“el desafuero es una mera autorización para procesar al parlamentario”**.

En la misma ocasión, el Senador R. Fuentealba dejó constancia que a él **“le parece absolutamente claro que el desafuero tiene por objeto no sólo permitir el procesamiento del parlamentario**, sus efectos se extienden más allá de la dictación de la sentencia hasta el cumplimiento total de la misma (...) porque el parlamentario queda sujeto al tribunal competente para todos los efectos sin excepción”.

Fundando en esa oportunidad su voto, el Senador R. Juliet expuso que **“...mientras el fuero desde un aspecto sustantivo es una garantía de libertad del parlamentario, el desafuero aparece como una norma procesal que permite someter a juicio al parlamentario** y con ello dejarlo sujeto a las penas que pudieran imponérsele en la sentencia respectiva”.<sup>153</sup>

Comentando estos informes, el compilador, don Rolando Acuña Ramos, expone: “La Comisión solamente se ha referido en dos oportunidades acerca del problema jurídico que plantea el desafuero de un H. Senador. Estas oportunidades han sido en 1948, con motivo del desafuero del H. Senador señor Neruda, y en 1968, con ocasión del desafuero del H. Senador señor Altamirano” y *agrega* “la Comisión, voto de mayoría, afirma enfáticamente que **el desafuero es una simple autorización o permiso para que pueda procesarse a un parlamentario** y esta autorización o permiso, concedido por la resolución firme de la Corte de Apelaciones, produce como efecto suspender al parlamentario de su cargo”.

“Nosotros concordamos con este planteamiento *–sostiene–* y creemos que sirve de base, como lo veremos más adelante, para

<sup>152</sup> Ídem. cit. ant., 23 de abril de 1948, Boletines, Legisla. ord., 1948, sesión 25.5.48, pp. 260 a 267, tomo I.

<sup>153</sup> Ídem. cit. ant., 15 de abril de 1968.

sostener que una vez extinguidos los efectos del desafuero –**autorización para procesar**–, que se produce por la resolución judicial condenatoria o absolutoria, el parlamentario no queda suspendido del ejercicio de su cargo”.

“Tenemos entonces, *concluye*, que la institución jurídica del desafuero –insistimos simple **autorización para procesar**, con lo que están de acuerdo los tratadistas y hay informe de la Comisión al respecto– terminó con la sentencia”.<sup>154</sup>

#### A. *Los textos constitucionales*

Se han recordado varios textos constitucionales, pero, en lo que interesa, vuelvo a confrontar las redacciones de 1925 y 1980, toda vez que el Código de Procedimiento Penal se adecuó a la Carta de 1925 y, sin embargo, la decisión que habrá de tomarse en relación a la situación materia de este informe se debe sujetar a la de 1980.

La Constitución de 1925 sostenía que “ningún diputado o senador... puede ser acusado, perseguido o arrestado... salvo el caso de delito flagrante”, al paso que la de 1980 declara que “ningún diputado o senador... puede ser procesado o privado de su libertad...”, redacción esta muchísimo más precisa y jurídicamente adecuada, según se demostrará.

#### B. *La importancia del procesamiento*

Como bien se sabe, en el esquema procedimental del proceso penal regido por el antiguo Código de Procedimiento Penal, ante la *notitia criminis*, el juez debía dar, de oficio, comienzo a un sumario penal (art. 105 CPP) con la finalidad de cumplir los propósitos previstos en la ley, vale decir, la determinación de los hechos que constituyen la infracción y la individualización de los responsables de ella (art. 76).

En esta actividad indagadora, el juez, puesto que ignora a quién atribuir el comportamiento punible, dirige su actividad

<sup>154</sup> Cfr. Rolando Acuña Ramos, ob. cit., pp. 289-290.

en contra de muchos o de todos aquellos que, por diversas razones, le pueden parecer como vinculados con el delito: respecto de éstos, la situación es extremadamente riesgosa e incómoda; en general, no saben qué se les imputa; ignoran en qué se funda tal imputación; desconocen cuánto tiempo mantendrán el carácter de eventuales responsables y, en general, el Código les ha restringido sus posibilidades de defensa. Su situación sólo mejoró con la Ley N° 18.857, que consagró, en el art. 67, un catálogo de derechos a disposición de aquel a quien, en general, se vincula con el hecho que se investiga, pero de esta característica, esto es, de tratarse de derechos enumerados en el Código, se desprende su insuficiencia y excepcionalidad.

La posición sólo deviene favorable –paradójicamente– cuando el estatus del sujeto se agrava: es a partir del procesamiento cuando, por haberse aumentado el nivel de convicción del juez en relación a la responsabilidad del inculpado, la ley, junto con generar consecuencias de una imputación formalizada, le confiere a la persona efectivas posibilidades de defensa.

Lo que acontece es que, hasta este momento, en relación al sujeto, la actividad investigadora sumarial se aparece como ajena, general e indeterminada; también para el juez, su propia labor resulta marcada por estas notas distintivas de gran indeterminación: A partir del procesamiento, en cambio, sujeto y juez se vinculan decididamente por la imputación formulada. Mientras para el juez, en general, su tarea se circunscribe ahora a referir al procesado la investigación, para éste, en procura de la obvia finalidad de demostrar su inocencia, se abre el conjunto de posibilidades de actuación que confiere la calidad de parte en un proceso.

El cambio es notable; hasta antes del procesamiento, en estricto rigor, existe poca diferencia, desde el ángulo jurídico, entre el inculpado o sospechoso y el resto de la comunidad; sometido él a proceso, la situación varía completamente, desde que, a partir de entonces, la actividad investigadora se dirige en su contra; la persona se torna en objetivo directo de la indagación, diríamos que hay ahora una causa en su contra o aquel conjunto de actuaciones genéricamente encaminadas a descubrir los hechos y sus partícipes se centran, a partir del procesamiento, en el sujeto y su vinculación con el delito.

No puede sorprender, entonces, que el Código disponga que “el procesado es parte en el proceso penal y deben entenderse con él todas las diligencias del juicio” (art. 278), lo que importa ratificar que lo que hasta este instante no constituía sino un cúmulo de diligencias indiscriminadamente encaminadas a resolver qué había ocurrido y a quién correspondía atribuir el hecho, de ahora en más se torna en la misión específica de establecer la responsabilidad que al sujeto cabe en el hecho acreditado.

Si a partir del procesamiento el sujeto es parte en el proceso, ninguna duda cabe que esta actuación procesal implica que respecto del procesado se ha dado comienzo a una causa penal, desde que antes de la resolución, al no tener condición de parte, poca o ninguna diferencia existía, como se dijo anteriormente, entre él y los restantes miembros de la comunidad: reitero, entonces, creo que decir que se somete a proceso a alguien es lo mismo que afirmar que, **en su contra**, se da inicio a una causa penal o que a su respecto “ha lugar a formar causa”, como desde el siglo XIX vienen afirmando nuestras leyes y Constituciones.

### 9.3. ¿QUÉ REQUISITOS DEBEN CONCURRIR PARA QUE RESPECTO DE UNA PERSONA AFORADA SE DISPONGA QUE “HA LUGAR A FORMAR CAUSA”?

La interrogante se puede contestar utilizando como parámetro divisorio de épocas la vigencia del Código de Procedimiento Penal y del Código Procesal Penal, conforme al esquema que sigue:

#### A. *Antes de la vigencia del Código de Procedimiento Penal*

Ya hemos visto que hasta antes que rigiera el Código de Procedimiento Penal (1 de marzo de 1907) las únicas referencias a la materia estaban dadas por la autoridad a quien correspondía efectuar la declaración de haber lugar a la formación de la causa, pero sin indicación de las condiciones o requisitos que la autorizaban.

Es, empero, en este período cuando, conociendo de la petición de desafuero formulada contra el diputado señor Francisco de Paula Figueroa, en el Informe respectivo, la Comisión de Constitución, Legislación i Justicia de la Cámara sostuvo:



“Para evacuar debidamente su cometido, vuestra Comisión principia por establecer que, a su juicio, la Cámara no debe autorizar acusación alguna contra uno o varios de sus miembros, sino cuando concurrieren copulativamente dos circunstancias. Es la primera la existencia del delito cuyo castigo se pretende, comprobada plenamente, ya que de otra manera no habría cuerpo de delito i no existiendo éste no se concibe siquiera que pudiera acusarse, en razón de él, a persona determinada. Es la segunda la de que haya antecedentes bastantes para presumir que el autor del delito es el diputado cuyo desafuero se pretende... Faltando cualquiera de estas dos condiciones, no debe autorizarse la acusación contra el diputado”.<sup>155</sup>

### B. Vigente el Código de Procedimiento Penal

El Código contiene sobre el punto normas que, a primera vista, son contradictorias y exigen una interpretación sistemática. De una parte, se señala en el art. 612 *que tan pronto aparezcan datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez... elevará los autos al tribunal de alzada... a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa*.<sup>156</sup>

En mi opinión, la norma se ha interpretado en forma literalista, meramente exegética, sin un criterio finalista y sin la visión sistemática a que antes aludí. Con sorprendente simpleza, se ha sostenido que para que pueda darse lugar al desafuero, basta que concurren, respecto del diputado o senador, los requisitos que autorizan para detener y que, como se sabe, se señalan en el numeral 1º del art. 255 del Código,<sup>157</sup> opinión empero rebatida por

<sup>155</sup> Cfr. *La Constitución ante el Congreso*, Jorge Huneeus, Santiago, Impr. De los Tiempos, 1879, Stgo. Informe de la Comisión suscrito por los señores Jorge Huneeus, Enrique Cood, José M. Balmaceda y José Clemente Fabres, el 16 de noviembre de 1875, en pp. 442 a 450.

<sup>156</sup> Véase la coherente interpretación que, poniendo en armonía esta norma y la constitucional, entregó el ex senador Sergio Diez, en su intervención como Comisionado redactor de la Constitución Política de 1980, que cito más adelante.

<sup>157</sup> Cfr. Jorge M. Quinzio, *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 349. C. Suprema, 26 de enero de 1999, c/ Fco. Javier Errázuriz T. (*Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XCVI, 2ª p, sec. 4ª, p. 43).

el insigne constitucionalista Gabriel Amunátegui Jordán, quien tratando del punto enseña que “la reglamentación de este precepto está contenida en los arts. 611 a 618 del Código de P. Penal y la jurisprudencia de los tribunales ha resuelto que procede la gestión de desafuero cuando concurren dos circunstancias copulativas: a) que esté plenamente probado el hecho delictuoso, y b) que esté semiplenamente probada la responsabilidad del parlamentario como autor, cómplice o encubridor”,<sup>158</sup> en otros términos, las condiciones para procesar.

Extremadamente importante, creo, es recordar que la norma propuesta por Ballesteros, como actual art. 611, según ya anticipé disponía que el desafuero se debía pedir si el tribunal estimaba que correspondía **procesar** a un diputado o senador y que, en esas características modificaciones parciales introducidas por quienes revisan el texto original, tan propias de nuestra historia legislativa, se eliminó la referencia al procesamiento manteniéndose lo demás.

#### – *La Constitución de 1980*

Anteriormente reproduce la norma constitucional vigente, a saber, el art. 58, precepto que por primera vez en la vida jurídico-institucional del país, vincula expresamente el desafuero con el procesamiento y, en mi concepto, deroga las normas de inferior jerarquía normativa sobre el punto, que, a mayor abundamiento, son anteriores.<sup>159</sup>

#### C. *El método sistemático de interpretación*

Por esta vía de pacífica interpretación, que significa darle mayor valor a la norma que tiene jerarquía normativa superior y que, todavía, es posterior, hay que descalificar la lectura literalista del art. 612, precepto que de todos modos correspondía entender en

<sup>158</sup> Cfr. *Manual de Derecho Constitucional*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 1950, p. 402.

<sup>159</sup> Lo anterior no obsta a la referencia que se hace en el propio artículo a la privación de libertad, como demuestro.

forma diferente a la que vengo comentando, cuando se recurre a la necesaria interpretación sistemática antes anticipada.

El razonamiento es el siguiente: si el Tribunal de Alzada niega lugar al desafuero, con arreglo a lo preceptuado por el art. 617 del Código, mandará sobreseer definitivamente respecto del diputado o senador.

Es conocido el proceso intelectual que caracteriza al juicio penal contemplado en el Código de Procedimiento Penal: se trata de un proceso de convicción creciente del juez, en relación al hecho mismo y a la participación de quienes lo verificaron. De allí que para decretar el arraigo, se demanden, apenas, antecedentes que apreciados en conciencia permitan presumir que se podrá decretar la detención del sujeto en el sumario; para detener, se pide que, conforme al análisis del juez, exista un hecho que revista caracteres de delito y sospechas fundadas de la participación, pero para procesar, se exige que el caudal persuasivo del juez haya aumentado considerablemente y, de este modo, ya no será suficiente “un hecho que revista caracteres de delito”, sino se necesitará “que esté justificada la existencia del delito que se investiga” y no bastarán sospechas, sino que se requerirá de presunciones fundadas de participación.

Como nadie ignora, esta mayor convicción se adquiere a medida que se avanza con las actuaciones de investigación, es decir, lo normal es que se trate de períodos de convencimiento que se van sucediendo en el tiempo: en el mismo sentido, debe anotarse que conforme al art. 413 del Código, para que pueda decretarse el sobreseimiento definitivo se exige que esté agotada la investigación.

Pues bien, si para desaforar basta que concurren los requisitos para detener y éstos no están presentes, conforme al art. 617, debe sobreseerse la causa respecto del diputado o senador, resultado que es lógica y jurídicamente inaceptable, porque no se pueden contraponer dos situaciones tan antagónicas que se reflejan en la siguiente absurda ecuación simulada: **o al diputado se le detiene** (lo que exige muy menores niveles de convicción) **o al diputado se le sobresee** (lo que, por regla general, demanda no sólo altos índices persuasivos, sino además el agotamiento de la investigación).

*D. La historia de la Constitución Política de la República vigente*

El tema de los requisitos que deben concurrir para conceder el desafuero lo trató la Comisión que redactó la Constitución vigente, a propósito del desafuero de los jueces, en sesión N° 293, de 17 de mayo de 1977, ocasión en la que hubo un extenso (y conocido) debate del que sólo extraigo, para no extender este punto en demasía, las siguientes opiniones:

SEÑOR SERGIO DIEZ: “La Constitución ha señalado para el caso de los diputados y senadores, que ha lugar a la formación de causa, es decir, ha dicho los requisitos indispensables para encargarlos reos. ¿Qué dice el Código de Procedimiento Penal, absolutamente lógico con lo anterior? Tan pronto como de los antecedentes del proceso o de la información rendida, a petición de parte interesada, aparezcan contra un diputado o senador datos que podrían bastar para decretar la detención de un inculpado, el juez de primera instancia elevará los autos al tribunal de alzada correspondiente, a fin de que si halla mérito, haga la declaración de que ha lugar a formación de causa. Es absolutamente coincidente con la Constitución. Porque no puede detener sin los requisitos para encargar reo. Es absolutamente coincidente el Código de Procedimiento Penal con la Constitución”.

EL SEÑOR GUZMÁN pregunta al señor Diez si no considera él que habría sido más congruente con la Constitución el Código de Procedimiento Penal, si en lugar de haber dicho “cuando aparezcan los antecedentes que basten para detener”, hubiese dicho “cuando el juez estime que concurren los antecedentes que bastan para encargar reo”.

EL SEÑOR DIEZ contesta que no, porque el juez dice: “Señor, tengo los antecedentes para detener a esta persona. Sería conveniente que la detuviera, pero no la puedo detener. Elevo los antecedentes a la Corte”. La Corte le va a decir: “Sí, señor, ha lugar a la formación de causa”. Pero la Corte no encarga reo. Dice sólo que ha lugar a la formación de causa. Vuelve al juzgado el expediente. Él puede detener no más. Pero todavía no se ha formado criterio para la encargatoria de reo. La Corte le dice que ha lugar a la formación de causa, pero no declara reo.

EL SEÑOR ORTÚZAR (Presidente) expresa que concuerda con el señor Diez, por cuanto la ley tenía que señalar alguna pauta al juez para que, a su vez, éste solicitara de la Corte de Apelaciones respectiva que ha lugar a la formación de causa. **¿Cuándo este juez puede elevar la solicitud a la Corte? El legislador le dice que cuando encuentre que hay méritos suficientes para detener a un inculpado debe elevar los antecedentes respectivos y solicitar a la Corte que se pronuncie acerca de si ha lugar o no a la formación de causa. ¿Qué deberá tener presente la Corte al emitir su pronunciamiento? Si se cumplen o no se cumplen los requisitos necesarios para encargar reo.**<sup>160</sup>

EL SEÑOR OVALLE expresa que aquí hay un acuerdo conceptual. Todos coinciden en que lo normal, lo que la Constitución de alguna manera debe referir, es la circunstancia de que para que el desafuero proceda es menester que concurran los requisitos para formar causa, es decir, para encargar reo. En esto están todos de acuerdo. ¿Dónde está el problema? Si lo dicen expresamente o emplean la expresión más precisa de todas, que es “haber lugar a la formación de causa”, ésa es la más precisa de todas, porque el día de mañana es posible que se suprima el trámite de la encargatoria de reo en la legislación chilena, pero el haber lugar a la formación de causa es una circunstancia de carácter genérico que lleva implícita la posibilidad de juzgar en el proceso criminal o de no juzgar en el mismo proceso a un magistrado o a un parlamentario. De modo que ésa es la alternativa: o dicen “los requisitos necesarios para encargar reo” o, con un criterio más constitucional, se refieren a la institucionalidad superior, que es la formación de causa. Prefiere la formación de causa... entendiendo que ella requiere de la concurrencia de las condiciones para encargar reo –lo entiende así y lo deja claramente establecido– de lugar sin embargo, lo dice como fruto de la experiencia y de los años corridos, para que la Corte de Apelaciones y la Suprema, en su caso, tengan algo más de libertad.

---

<sup>160</sup> Énfasis agregado.

LA SEÑORA ROMO sugiere dejar consignado en las Actas que la expresión “ha lugar a la formación de causa” supone la concurrencia de los requisitos para encargar reo. De ese modo queda igual que antes.

EL SEÑOR ORTÚZAR (Presidente) prefiere que quede igualmente sin constancia en Actas para darle la flexibilidad a que se refería el señor Ovalle, pues la constancia en actas tiene otro sentido.

EL SEÑOR OVALLE señala que siempre ha sostenido –como profesor– que debería dejarse constancia de que es necesaria la concurrencia de los requisitos para encargar reo. Por esa razón estima imprescindible que en la nueva Constitución, sobre todo en sus actas, quede tal constancia.

EL SEÑOR GUZMÁN expresa que es partidario, al igual que el señor Ovalle, de dejar constancia en actas de cuál es el sentido de la disposición que aprueban.

EL SEÑOR ORTÚZAR (Presidente) manifiesta que si le parece a la Comisión se aprobaría por unanimidad tal precepto. Respecto de la constancia en las Actas acerca del sentido de la disposición, ella se suprimiría con los votos contrarios de los señores Guzmán y Ovalle.

Acordado.<sup>161</sup>

De la breve reseña que antecede se desprende, más allá de toda duda, que la idea de quienes redactaron la Constitución actualmente vigente era que para que se pudiese decretar el desafuero de un diputado o senador, debían concurrir los requisitos para encargar reo, mención que no incluyeron y mantuvieron la tradicional fórmula de “haber lugar a la formación de causa”, siguiendo la clarividencia del Comisionado, Profesor Ovalle, que estimó que la institución podía eliminarse en el futuro del Derecho Positivo nacional (como ha acontecido con el Código Procesal Penal) y, de todas maneras, la redacción utilizada sería suficientemente elocuente.

---

<sup>161</sup> Cfr. *Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*. Sesión 293, celebrada en martes 17 de mayo de 1977, pp. 1132 a 1137.

Por decirlo de otro modo: en tanto persistiera en el Ordenamiento Procesal Penal la encargatoria de reo, son los requisitos que la hacen procedente los que deben concurrir para que se pueda desaforar a un parlamentario.

*E. El Código Procesal Penal como elemento determinante en la conclusión interpretativa que se propone*

El Código Procesal Penal vigente, cuando la E. Corte Suprema se pronuncie sobre el desafuero, en las Regiones I, II, III, IV, VII, IX y XII, dispuso, como regla general, reflejando el sentir del legislador contemporáneo, esto es, del intérprete auténtico, que el desafuero sólo se puede solicitar una vez cerrada la investigación y si el fiscal estimare que procede deducir acusación en contra del diputado o senador (art. 416),<sup>162</sup> vale decir, cuando ha reunido un caudal incriminador de tanta envergadura que le haga estimar procedente formular acusación, lo que anticipa su esperanza de obtener sentencia condenatoria.<sup>163</sup>

Este requerimiento, de solicitarse el desafuero cuando se hayan allegado los antecedentes probatorios inculpadores que resulten de una investigación agotada,<sup>164</sup> demuestra claramente

<sup>162</sup> Lo anterior es sin perjuicio que se pedirá también, si se estima necesario, someterlo a prisión preventiva u otra medida cautelar.

<sup>163</sup> Reiteradamente hemos explicado que a diferencia de lo que acontece con el sumario del C. de Procedimiento Penal, la investigación que tiene lugar bajo la dirección del fiscal, conforme al nuevo Sistema Penal, no tiene por objeto fundar la sentencia condenatoria, sino, apenas, formar la convicción acusatoria del fiscal.

<sup>164</sup> La regulación del desafuero en el Código Procesal Penal me parece extremadamente deficiente: la explicación debe ser atribuida a la época en que la Comisión de Constitución del Senado se ocupó del tema: eran los días en que se avecinaban las acciones judiciales en contra del General Augusto Pinochet y la Comisión senatorial se impuso la regla de que no se usaran sus juicios, opiniones o conclusiones, ni a favor ni en contra del militar, en los debates que venían. Con este fin, optó por reproducir casi literalmente las reglas del viejo Código de Procedimiento Penal, no obstante las manifiestas inconsecuencias que se generarían y desoyendo las opiniones de quienes tuvimos el honor de participar en sus deliberaciones como asesores.

Una gráfica demostración de la rearmonía existente entre la normativa del Código Procesal Penal sobre desafueros y la realidad del nuevo sistema la constituye la situación que se produce respecto de los delitos de acción privada, como

que no resulta posible, conforme a los parámetros de nuestro actual legislador, pretender que se pueda desaforar apenas con los antecedentes necesarios para detener y, por el contrario, es coherente con la interpretación que apunta la concurrencia de requisitos para procesar que en este documento se sustenta.

#### 9.4. PRIMERAS CONCLUSIONES

Me parece que todo lo que se ha reseñado, a saber, constituye un conjunto de antecedentes de derecho positivo vigente que coadyuvan a esta tarea sistemática en la hermenéutica procesal penal y que, **unido al conocido principio “*in dubio pro reo*”**, esto es, que el intérprete, en la duda acerca del camino interpretativo procedente, debe escoger aquel que favorece al reo, permite reforzar la idea de que **para que se pueda desaforar a un diputado o senador, es menester que concurren los requisitos para someterlo a proceso.**

#### 9.5. LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES

El fallo de la Corte de Apelaciones de Rancagua ha perseguido establecer con precisión los requisitos que deben concurrir para

---

el de injurias, que, debiendo sustanciarse por el procedimiento simplificado, no da margen a investigaciones previas, lo que ha llevado, a lo menos a un Ministro de la Sala Penal de la Corte Suprema, a sostener que en estos casos no es posible acceder a un desafuero, lo que, aunque no en sus palabras, pero sí en el sentido de las mismas, importa afirmar que jamás será posible desaforar bajo la imputación de un delito semejante. Al efecto se dijo en fallo reciente que “...[puesto que la norma del inciso final del art. 416 del Código Procesal Penal, en cuanto] señala que “Si se tratare de un delito de acción privada, el querellante deberá ocurrir ante la Corte de Apelaciones solicitando igual declaración, antes de que se admitiere a tramitación su querella por el juez de garantía”, torna imposible la rendición de alguna prueba en el procedimiento simplificado en que debe seguirse la querella por injurias, de suerte que los tribunales –al no existir probanza alguna, por cuanto no puede admitirse a tramitación la querella hasta que se declare el desafuero– no pueden sino rechazar la petición de desafuero por esta clase de ilícitos”.

La opinión es del Ministro Ricardo Gálvez y se emitió en fallo de 12 de agosto de 2004, en causa por la que se intentó desaforar a Evelyn Matthei, senadora por la IV Región, en causa rol N° 3097/04.



que se pueda otorgar el desafuero y en esa tarea incurre en notorias insuficiencias, como se demostrará:

a) La tesis de la Corte es que para que proceda el desafuero se requiere a lo menos que “exista un delito establecido si quiera presuntivamente, en sus aspectos centrales de tipicidad objetiva y (...) exista un germen de prueba de participación (...) surgiendo la gestión de si ese germen se satisface con las sospechas fundadas o se requieren las presunciones a que se refiere el art. 274 del Código de Procedimiento Penal” (Consid. 1º).

b) Contestándose la interrogante que ella se ha planteado, la Corte afirma que si se exigieran presunciones fundadas de la participación, se estaría vulnerando la igualdad ante la ley, desde que esa participación debería establecerse sin la confesión (“la más importante de las pruebas”), puesto que al parlamentario, antes del desafuero, no se le podría interrogar como inculcado (Consid. 6º).<sup>165</sup>

c) No obstante reconocer que la normativa constitucional apunta a la exigencia de las presunciones como elemento mínimo de acreditación de la participación, la Corte desestima esta posibilidad siempre sobre la base de atentarse contra la igualdad ante la ley.

**La contradicción de la sentencia consistente en ponderar los dichos de los parlamentarios y afirmar, empero, que antes de ser desaforados, no se les puede interrogar como inculcados.**

En cuanto a la pretendida participación de los parlamentarios en ambos delitos, la resolución afirma que sí existirían las fundadas sospechas, acreditadas por los propios dichos de los parlamentarios, que la Corte califica otra vez de “testimoniales”, lo que, junto con importar, en mi opinión, una calificación elusiva y posiblemente un verdadero ilícito constitucional, impone dejar establecido de una vez que **la declaración de una persona,**

<sup>165</sup> Esta es una muy lamentable afirmación del fallo. ¿Cómo ignorar que Ballesteros en Nota de su Proyecto escribía “La confesión es más que nada un medio de prueba cuya oportunidad el juez está llamado a apreciar, mientras que la declaración indagatoria es una medida que si bien puede servir de base a la investigación, tiene por principal objeto suministrar al inculcado antecedentes para que prepare sus medios de defensa”. Manuel Egidio Ballesteros, *Proyecto de Código de Procedimiento Penal para la República de Chile*, Imp. Cervantes, 1891, p. 220.

**de la que se extraen en juicio, consecuencias jurídicas adversas en su contra, constituye, inequívocamente confesión**, cualquiera sea el calificativo que, para soslayar la falta de autorización para obtenerla, se quiera esgrimir.

Se comprueba así, una notable contradicción del fallo, porque mientras en la motivación sexta ha reconocido que “le parece correcto” que a los parlamentarios, antes del desafuero, no se les pueda interrogar como inculpadados, en la novena se invocan reiteradamente sus dichos para acreditar su eventual participación, circunstancia que no se atenúa por el hecho de que se las califique de “dichos testimoniales, por ahora”.

Lo relevante es que no se conoce, hasta ahora, que a testigo alguno se le pueda imputar participación en el hecho, en virtud de la declaración que, como tal testigo, haya prestado en una causa penal.

En definitiva, la Corte afirma que, siendo tan sólo necesarios para que proceda el desafuero, los requisitos que en el art. 255 del C. de P. Penal se exigen para detener, en relación al eventual delito del art. 248 bis del C. Penal, respecto del primero de ellos –que exista un hecho que revista caracteres de delito– habría presunciones bastantes<sup>166</sup> (Consid. 8º) constituidas por los testimonios de Carlos Filippi, Iván Sánchez, del Ministro y del Subsecretario de Transportes y de la inspección personal del tribunal, y respecto del segundo –fundadas sospechas de participación– no se indica medio de prueba alguno que las soporte, limitándose el fallo a sostener que “asimismo, surgen sospechas de que los intervinientes sean los parlamentarios de que se trata...”.

Al efecto, no puedo sino insistir en las razones expuestas para desvirtuar la idea de que se requieran las simples sospechas de participación en cuanto elemento de convicción para desaforar, dejando testimonio que el principio de igualdad ante la ley, como todos sabemos, dista mucho de ser un dogma en la tarea

---

<sup>166</sup> Esta calificación resulta casi misteriosa y completamente ajena a las que la ley utiliza: ora las presunciones son fundadas ora no lo son; ora reúnen las condiciones del art. 488 del C. de P. Penal –evento en el cual constituyen adecuado medio para establecer la existencia de un hecho– ora no los reúnen y no consiguen acreditar que el hecho existió.

interpretativa, desde que el mismo art. 19 N° 2 inc. 2° de la Carta admite que la ley –y con mucha mayor razón la propia Constitución– puede establecer diferencias, a condición de que las mismas no sean arbitrarias, y, sin duda, no es arbitraria la diferencia en el trato penal de los parlamentarios, que el propio fallo se encarga de reconocer, descansa en la necesidad de proteger la función parlamentaria, que es, al final, la protección de la soberanía popular.

Todavía más, constando en la causa las declaraciones de los parlamentarios, es inexplicable, como se anticipara, que no se las valore, para establecer si con ellas, aun desde la perspectiva testimonial, como señala el fallo, resultan las presunciones fundadas de participación.

*Los indicios y sospechas aludidos en el considerando 9º*

En este considerando noveno se trata del segundo eventual delito que motiva el desafuero y reaparece el debate en torno al modo de acreditar las exigencias legales: en la filosofía de la Corte, bastará establecer que existen las condiciones para detener, esto es, que se encuentre acreditada la existencia de un hecho que revista caracteres de delito y que concurren fundadas sospechas de participación.

En cuanto a la existencia del hecho, afirma la Corte que habría indicios resultantes de la incriminación que efectúa el particular, agregándose que “por lo demás” todos los parlamentarios relacionados con este hecho reconocen que se habló de la posible obtención de plantas mediante dádivas, discrepando sólo en lo relativo a la intención con que se dijeron esas palabras.

No es posible que la Corte no haya reparado en que si los dichos de los parlamentarios, sin embargo, fueron en el sentido que se ha señalado, lo que realmente efectuaron tales parlamentarios **fue negar la existencia del hecho que reviste caracteres de delito**, desde que, por lo expuesto precedentemente, los ánimos siguen siendo cruciales en la tipificación de los hechos y, eliminados, no hay delito ni hecho que lo parezca.

Se invocó, además, en apoyo a la comprobación del hecho, que al final de la reunión llegó el señor Tombolini, procesado en otros autos en los que se le sindicaba como gestor de concesio-

nes, reflexión que planteada en los simples términos transcritos es enteramente insuficiente para que se puedan compartir las consecuencias que la Corte, aparentemente, saca de ella.

Si tan sólo se atiende –como lo hace el fallo– al art. 255 del Código de Procedimiento Penal para que el desafuero proceda, debe **estar establecida** en la causa la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, y, en la especie, **a la versión de una persona sometida a proceso por delito se contraponen los dichos de otras tres**. ¿Puede alguien, sensatamente, afirmar que está acreditada la existencia de un hecho que se afirma por uno –a lo menos, poco fiable– y se niega por tres, los parlamentarios, hasta ahora, intachables?

Si la declaración de estos tres constituyere confesión, desde que han negado el hecho, el tribunal no podría extraer consecuencia alguna en su contra. Si, como se pretende, constituyen sus dichos simples testimonios, cabría concluir que tres testigos afirman que el hecho no existió y que un procesado sostiene lo contrario.

Supongamos, lo que no queda claro por una deficiencia de redacción al consignarse la idea, que la Corte ha recurrido a los indicios, los que, en lenguaje de nuestro Código, constituyen las presunciones judiciales (art. 486 inc. 2º). Si así acontece, **¿deberán éstas reunir las condiciones previstas en el art. 488?**

Para contestar, se impone un distingo previo:

a) Para detener –si fuera éste el estándar requerido para desahorar, que, he dicho, no lo es– se necesita que se acredite que ha acontecido un hecho.

b) Este hecho, además, debe reunir caracteres de delito, condición que el fallo reiteradamente identifica con la “tipicidad objetiva”.

Como el hecho incriminado es el previsto en el art. 248 bis del Código Penal, el adjetivo “objetivo” que se adiciona a la tipicidad no consigue desvanecer la necesidad del establecimiento de los ánimos del agente, cuestión que constituye sin dudas un elemento subjetivo del tipo penal y que ninguna relación guarda con la culpabilidad. Tal es el objeto de prueba, incluso a estas alturas iniciales del encausamiento penal.

Con todo, lo medular es que **la existencia del hecho debe estar acreditada**, y en consecuencia se demanda saber si los in-

dicios que en concepto de la Corte existen tienen la aptitud probatoria suficiente<sup>167</sup> para darlo por establecido.

Al efecto, me parece central continuar con la distinción formulada, desde que la primera cuestión a dilucidar consiste en establecer si el hecho existe o no, y la segunda será si, en caso de existir, reviste o no caracteres de delito.<sup>168</sup>

Si para los efectos del análisis damos por establecida la existencia del hecho, habremos de abocarnos a resolver, ahora, si el mismo presenta caracteres de delito y recordaremos que conforme a la descripción legal, según ya se anticipó, se trata de un delito con elementos subjetivos del tipo legal, lo que provoca el manifiesto resultado de que el mismo comportamiento, verificado bajo ánimos o intenciones contrarios a los de la descripción legal, excluye que el hecho revista caracteres de delito.

Las circunstancias que permiten afirmar que el hecho sí “reviste caracteres de delito” deben estar incuestionadamente acreditadas, lo que no importa afirmar que esté justificada la comisión del delito, ni en los términos para procesar, ni menos en los términos para condenar, pero sobre la existencia de esa prueba no sujeta a discusión descansa, nada menos, que la facultad que la ley le otorga a un juez para que prive a un ciudadano de la libertad.

Es por esta razón, que si ha sido necesario recurrir a los indicios para establecer que el hecho reviste caracteres de delito,

---

<sup>167</sup> Carmignani sostenía que “todo indicio necesita tener la prueba de sí mismo y de este modo necesita el mismo ser probado por medio de confesiones, por medio de testigos o por documentos; de modo que la prueba artificial, indiciaria, corre un doble peligro, pues se encuentran los peligros que también están siempre en la prueba no artificial y además los peligros del vicio de razonamiento, que son inseparables de la prueba artificial”, materia que Fontecilla comenta agregando que “no podemos desconocer que Carmignani tiene razón para sostener **que un indicio necesita de prueba para que tenga valor como presunción**, para concluir afirmando que “el indicio debe previamente apoyarse en un hecho realmente comprobado, como lo exige nuestro C.P.P. en su art. 488 como primer requisito”. Cfr. Rafael Fontecilla R., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., 1978, p. 363.

<sup>168</sup> Esta disquisición se formula en la óptica de lo que la Corte ha estimado para desaforar, vale decir, que concurran las condiciones para detener, juicio que, por todo lo expuesto precedentemente, me parece equivocado.

tales indicios deben satisfacer cabalmente los requerimientos del art. 488 del Código de Procedimiento Penal, única forma en que constituyan “prueba completa del hecho”, toda vez que si el hecho **no está probado**,<sup>169</sup> no se habrá alcanzado el estándar o nivel mínimo de convicción para detener, cuestión que adicionalmente impone volver a recordar que el requisito primero del art. 488 consiste en que **el indicio se funde en un hecho y probado**.

En otras palabras: es necesario tener en cuenta, según se ha reiterado, que en el proceso creciente de convicción que se exige en el juicio criminal, para decretar cautelares, a la altura de la detención, la demanda persuasiva del juez es bastante menor, si se la compara con los requerimientos para adoptar decisiones de trascendencia, como el procesamiento o la sentencia definitiva. Esta comprobación no excluye que, en relación a algunas circunstancias, su convicción debe ser total y no parcial, menor o remota.

En términos diferentes, en general, no se puede disponer la detención ni, en particular, decretar el desafuero (incluso siguiendo el errado criterio de la Corte de Apelaciones de Rancagua) si no se establece **sin duda alguna que el hecho existe y que además él presenta caracteres de delito**.<sup>170</sup>

## 9.6. CONCLUSIONES FINALES

a) Para desaforar a un parlamentario deben concurrir los requisitos para someterlo a proceso, cuyo es el sentido histórico, jurídico y gramatical de la expresión “formación de causa”.

b) La sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua –bajo el subterfugio de calificarlas de “dichos testimoniales”– emplea los términos de las declaraciones de los parlamentarios para

<sup>169</sup> En los mismos términos, Waldo Ortúzar escribía que “...la precisa individualización del hecho que sirve de base a la imputación y al proceso, individualización que se efectúa a través de su comprobación o establecimiento, es de importancia capital...”. Cfr. *Revista de Ciencias Penales* (enero-junio de 1971 N° 1, t. XXX, Tercera Época), p. 48.

<sup>170</sup> Cuestión diferente es que la circunstancia de que un hecho “presente caracteres de delito” constituya un juicio de probabilidad y no de certeza.

dar por acreditadas circunstancias de incriminación penal en su contra, lo que torna a la declaración en confesión, procedimiento legal y constitucionalmente inaceptable.

c) Los indicios o presunciones judiciales deben satisfacer, siempre, las exigencias del art. 488 del Código de Procedimiento Penal y, en especial, la de fundarse en hechos reales y probados.

d) Esta condición se impone incluso a las presunciones a través de las cuales se acredita la participación en un delito cuya existencia se encuentra justificada, esto es, cuando se trata de establecer la participación para procesar.

e) Sólo serán “bastantes” las presunciones cuando la información que de ellas emane, resulte suficiente para acreditar dicha participación.

f) Aun en el caso de la detención, “la existencia de un hecho que presente caracteres de delitos” debe estar acreditada más allá de toda duda o, conforme a los términos del Código de Procedimiento Penal, a través de plenas pruebas.





## IV. MEDIDAS CAUTELARES

*“Nadie ha dicho que la libertad  
haga más felices a los hombres,  
pero sí los hace más hombres.”*

AZAÑA

### 1. AUGE ¿Y CAÍDA? DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS<sup>1</sup>

(El desafío actual de la dogmática procesal penal)

No se puede desconocer que el tema de las medidas cautelares personales alternativas a la prisión –preventiva o provisional– de que hoy se ocupa la dogmática del proceso penal surgió como consecuencia de las muchísimas dudas y críticas que a esa misma dogmática le merecía tal prisión. Establecido lo anterior como pacífico punto de análisis, parece razonable que, a modo introductorio y de cara a determinar si las referidas alternativas satisfacen las motivaciones que las originaron, se recuerden los reparos a la prisión que con estas últimas se persigue superar.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ponencia a las XII Jornadas Nacionales Uruguayas de Derecho Procesal, organizadas por el Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, del que el autor tiene el honor de ser Miembro Honorario (en homenaje al Dr. Enrique Véscovi), 16 a 18 de septiembre de 2004, Salto, Uruguay.

<sup>2</sup> La referencia apunta primordial, aunque no exclusivamente, al significado dañoso de la privación de libertad, efecto ciertamente mayor, cuando ya se trata de cumplimiento de condena, en relación a lo cual se ha afirmado que “...existe relativo consenso hoy día, entre los organismos internacionales, en que la pena privativa de libertad desempeña una función necesaria en la defensa contra la delincuencia, pero que ella debe admitir una reducción de su área de aplicación y su prudencial sustitución por otras medidas sancionadoras. Siguiendo esta tendencia mundial –se ha agregado– las actuales penas privativas de la libertad deberán perder el predominio que poseen en el derecho penal chileno y quedar circunscritas al cumplimiento de una parte de la pena en los delitos más graves y sólo para aquellos casos en que la aplicación de otra pena pudiera poner en peligro la seguridad de la sociedad, de la víctima e, incluso, la del propio condenado”.

No obstante, ya desde los inicios, es preciso reconocer la realidad que casi inadvertidamente se desliza de las ideas anteriores: la motivación por la cuestión arranca del seno de la cultura jurídico-procesal penal o, simplemente, de la vertiente jurídico-penal y, de ningún modo, se corresponde con el sentir general, masivo, social o popular,<sup>3</sup> que, en cambio, no sólo no comparte las inquietudes, sino se muestra firmemente contrario a la adopción de medidas que sustituyan a la prisión preventiva.

Llevada la cuestión a otros planos, pareciera que aspectos tradicionales de la pugna ideológica, que han permitido, secularmente, distinguir entre derechas e izquierdas,<sup>4</sup> conservadores y progresistas, autoritarios y libertarios, reaparece en estos debates en función del binomio o diada, libertad y seguridad, según veremos. Es que, en nuestros tiempos, y continuándose con una tendencia cada vez más acentuada, generalizadamente, el anhelo de seguridad desplaza a la exigencia de libertad.<sup>5</sup>

Todos admiramos y respetamos el formidable movimiento por los derechos de las personas, que emergió con tanta forta-

Cfr. *¿Castigar o Rehabilitar? Las Medidas Alternativas a la Reclusión en Chile*, Ministerio de Justicia, 1ª edic., Stgo., 1997, p. 12. En la misma línea, cfr. María A. Juste y otro, *Medidas Alternativas a la Reclusión (La Experiencia de Chile, España, Estados Unidos e Inglaterra)*, Fundación Paz Ciudadana, Stgo., agosto de 1998.

<sup>3</sup> Por el contrario, el diario El Mercurio, de Santiago, publica en su edición del día 4 de septiembre del año 2004, un reportaje en el que se lee: *...Al grito de "seguridad, seguridad", miles de personas se han congregado frente al Congreso Nacional en Buenos Aires tres veces en lo que va de este año. Su objetivo: reclamar más leyes y más medidas contra los delitos. En Brasil, país que presenta uno de los mayores índices de violencia del mundo (en 2002 hubo 49.400 asesinatos), el gobierno tuvo que militarizar a la policía de algunos estados para combatir la delincuencia, específicamente el narcotráfico y el crimen organizado. Lo que ocurre en Argentina y Brasil no son casos aislados en América Latina. Pese a que los países de la región no están tan estrechamente ligados, ni en lo económico ni en lo político, como los de Europa, hay dos temas en los que existe consenso: la mayoría de sus habitantes están dispuestos a ceder ciertas libertades para tener orden*".

<sup>4</sup> Dino Cofrancesco "Destra/Sinistra. Se cade lo spartiacque" en Il siculo XIX, 14.8.1990, cit. por Norberto Bobbio: *Derecha e Izquierda*, 3ª edic., Madrid, marzo 2001, p. 111.

<sup>5</sup> El fenómeno merece estudio en Latinoamérica: la simultánea presencia de gobiernos autoritarios o de facto en los últimos 30 años del siglo pasado, que ahogaron el ejercicio de las libertades, acostumbrando a los pueblos a actitudes diferentes y una generalizada pobreza, que los índices mundiales no dejan de reflejar, con su secuela de desigualdades y, ciertamente, de violencia social, figuran entre las causas de esta dramática realidad.

leza a los fines de la primera mitad del siglo XX, alentado por el horror que en las conciencias de los hombres habían producido los excesos de las guerras y movimientos políticos de signos encontrados que acompañaron a la centuria y, en consecuencia, no extrañó que tratados, pactos, convenciones y Constituciones Políticas dieran cobijo a proclamaciones generosas y enfáticas por las que se prometieron garantías y derechos que evitarían la repetición de los censurables sucesos conocidos. De pronto, empero, cuando recién concluía la remecedora década de los 60 –agitados e ilusionados– se hizo, al parecer, evidente, que las transformaciones que se esperaban y anunciaban ya no ocurrirían<sup>6</sup> y el mundo occidental comenzó a sufrir el delito político y, más tarde, al amparo del inimaginable desarrollo tecnológico y de las comunicaciones en especial, el terrorismo, el tráfico de estupefacientes y el lavado de dinero, como nunca se conoció antes en la historia.

Clásicos problemas de la dogmática procesal, como el de la unidad o diversidad del derecho procesal, han irrumpido con creciente fuerza en el debate contemporáneo al influjo de la nueva legislación procesal –en especial, penal– que se ha venido pergeñando por doquier, exigida por urgentes requerimientos sociales. Así, por ejemplo, hemos vuelto la atención al tema de las potestades del juez en el proceso, enfatizando que, junto al hasta ahora indiscutido rol directivo que se le venía asignando, toca al juez civil de nuestros tiempos asumir iniciativa probatoria permanente; analizar, *in limine*, la proponibilidad de la demanda, de cara a su temprano rechazo; otorgar tutela anticipada, en la convicción couturiana de que en el proceso el tiempo no es oro, sino justicia; etc.

---

<sup>6</sup> Frente a las esperanzas que alentaban la Alianza para el Progreso y la Nueva Frontera de John F. Kennedy, recuérdese el desalentador mensaje de Jean Jacques Servan Schreiber, “El desafío americano”, en el que se vaticinaba –sin imaginar que, confirmándolo, veríamos un Guantánamo o conoceríamos las decisiones de la Corte Suprema norteamericana que legitimarían la captura de ciudadanos de otros países, en éstos, por funcionarios policiales o de seguridad norteamericanos, sin permiso de la autoridad local, como aconteciera en México, Panamá y en tantos otros lugares– que como consecuencia del desplazamiento posterior a la II Guerra Mundial de la tecnología, el capital y la cultura hacia los Estados Unidos de América, se produciría una situación en que los países europeos ya no serían capaces de equilibrar el poderío económico de esa nación.

Desde la ribera contraria, empero, esto es, desde la óptica del proceso penal actual, el discurso se torna decididamente antagónico: restamos iniciativa probatoria al tribunal, como salvaguarda a su necesario atributo de imparcialidad; hoy aparece inimaginable una decisión condenatoria sin un previo juicio; enfatizamos la presunción de inocencia como inexcusable valla que debe salvarse en la convicción condenatoria, etc. Mas, en todo el tráfico de institutos y principios jurídicos, casi como constituyendo un esperanzador punto de encuentro, aparece la noción de la cautela judicial, compartida por los cultores de las dos disciplinas procesales.

Tanto en el mundo del proceso penal como en el del civil, se destaca la necesidad de una adecuada construcción dogmática cautelar, al tiempo que se comparten exigencias, condiciones y propósitos de la actividad asegurativa. Así, conceptos civiles tan tradicionales como el *fumus boni juris*, reciben evidente acogida en la teoría cautelar procesal penal y, de pronto, en este mismo terreno, reaparecen los criterios diferenciadores. Si en el ámbito civil, siguiendo las enseñanzas clásicas de Calamandrei, nadie discute el rol instrumental de la medida cautelar, la cuestión comienza a oscurecerse al interior del proceso penal: nuestros días, con la carga a costas de formas delictivas casi incontenibles –como el mencionado tráfico de estupefacientes y su también nombrada consecuencia, el lavado de dinero, influyendo sobre todo el mundo delictivo, pasando por terrorismo, secuestros y otras modalidades aterradoras–, son testigos de exigencias sociales y políticas a las que el discurso dogmático no alcanza a satisfacer.

Descartada, en general, en el mundo latinoamericano la pena de muerte como el supremo riesgo de los procesos penales, reaparece la libertad como el valor más caro que se amenaza en este enjuiciamiento, lo que justifica la desigualdad necesaria al interior del estatuto procedimental penal, fundamento de la presunción de inocencia, que impide el juzgamiento en ausencia o que otorga al imputado el derecho a la última palabra,<sup>7</sup> reconocimientos todos de la relevancia que el enjuiciamiento tiene para este sujeto.

---

<sup>7</sup> El tema de la desigualdad necesaria en el proceso penal se tiende a olvidar cuando se acude a conceptos como el de la igualdad de armas: es imprescindible

No es posible olvidar que el proceso penal nace en función de la solución del conflicto que el delito representa, por lo que, desde esa perspectiva, su razón de ser consiste en determinar al responsable de los hechos, sancionarlo, dentro de los límites previstos, sin olvidar su condición humana; asegurar los derechos de los inocentes equivocadamente imputados y conferir protección a la víctima.

Es una realidad indiscutible, empero, que el instrumento que hemos desarrollado para la decisión del conflicto penal provoca, con su mero ejercicio, consecuencias no queridas y, en ocasiones, definitivamente inaceptables: muchísimas son las formas como esta realidad se ha presentado y desde San Agustín en adelante se han levantado voces para poner de manifiesto la insuficiencia del intelecto humano que debe castigar para saber si corresponde aplicar castigo, o, en otras palabras, frente a circunstancias inciertas –la determinación de responsabilidades e imputabilidad– se producen resultados ciertos, la preventiva privación de libertad. Si todo proceso es un castigo, no puede sino constituir una sorprendente paradoja el procesar para saber si corresponde castigar. Con todo, la prisión preventiva antecede en el tiempo a la misma pena privativa de libertad, desde que, reconocida la primera de épocas tan antiguas como la del Imperio Romano, la última sólo aparece, en plenitud, a partir del siglo XVI, tomada por los ordenamientos del derecho canónico, que la imponía como penitencia.<sup>8</sup>

destacar que ésta no importa colocar al imputado en el mismo nivel que el acusador. Siempre deben establecerse condiciones encaminadas a equiparar el fenomenal poder persecutorio estatal con los derechos de las personas acusadas. En el proceso penal no hay, ni puede ni debe haber, igualdad entre los contendientes, lo que constituye una premisa difícil de aceptar en la vertiente procesal civil, pero que no admite controversia en el mundo de los procesalistas penales. No es fortuito que el derecho al recurso, en los pactos (art. 14 N° 5 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho...”, art. 8° N° 2 letra h), Convención Americana de Derechos Humanos) se otorgue al condenado y no al acusador; aunque nuestros legisladores latinoamericanos no se atrevan a reconocerlo, o que sea al acusado a quien se otorgue el derecho a la última palabra en el juicio.

<sup>8</sup> Cfr. Eugenio Cuello Calón, *Derecho Penal*, II, Barcelona, 1953, cit. por Antonio Magalhaes Gomes Filo, *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar*, edit. Saraiva, Sao Paulo, 1991, p. 37.

No obstante, las referencias están siempre efectuadas al viejo sistema procesal penal, que conllevaba inevitable pérdida de libertad para el imputado, sea para aplicar el tormento que conducía a la confesión, sea para evitar su fuga.

La irrupción de la presunción de inocencia, nacida con el Derecho Romano<sup>9</sup> –alentada vigorosamente por la Ilustración– desde la Revolución Francesa en adelante<sup>10</sup> (arts. 7º y 9º de la Declaración de Derechos del Hombre de 1789) con su necesaria secuela de exigencias procesales en pro del sujeto,<sup>11</sup> bajo el prisma de no culpabilidad, habría debido constituir suficiente garantía para los derechos de las personas, en particular, cuando se tiene en cuenta que nuestras Cartas Políticas establecen, casi sin excepciones, que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana,<sup>12</sup> lo que importa elevar la dignidad humana a la valla infranqueable para el poder punitivo estatal.

Si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, escribe, sintetizando, Ferrajoli,<sup>13</sup> hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.

De allí que, descartada la cara emocional que la expresión trae en sí –como afirma Magalhaes G.–,<sup>14</sup> la denominación “pre-

<sup>9</sup> Cfr. Trajano: “Statius esse impunitum relinqui facinus innocentis, quama innocentem dammare”, y los brocardos medievales, “afirmani non neganti incumbit probatio y actore non probante reus absolvitur”, cit. en Ferrajoli, *Derecho y Razón* (trad. Perfecto Andrés Ibáñez y otro), Edit. Trotta, Madrid, 5ª edic., 2001, p. 625.

<sup>10</sup> Respecto de los orígenes de esta presunción y, en particular, para derribar el mito de su ancestro anglosajón, véase J. Llobet R., *La prisión preventiva* (límites constitucionales), pp. 43 a 47 (Univ. Para la Cooperación Internacional), San José, Costa Rica, 1997. También es indispensable recordar a Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, XVI, p. 52.

<sup>11</sup> La presunción de inocencia, se ha dicho, tiene básicamente el mismo contenido que el debido proceso legal, pues ambos consisten básicamente, en la exigencia de un juicio previo a toda privación de derechos. Cfr. J. Zamora Pierce, “La ampliación de la garantía de libertad bajo caución”, en *Derecho Penal*, Edit. Juris, Rosario, Argentina, mayo 1993, p. 90.

<sup>12</sup> Art. 5º inc. 2º Constitución Política de la República de Chile.

<sup>13</sup> Cfr. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón*, cit., p. 549.

<sup>14</sup> Cfr. Antonio Magalhaes Gomes Filo, *Presunção de Inocência...*, cit., p. 37.

sunción de inocencia” constituye un principio informador de todo el proceso penal, concebido como el instrumento de aplicación de sanciones punitivas en un sistema jurídico en el cual son respetados, fundamentalmente, los valores inherentes a la dignidad de la persona humana; en cuanto tal, debe servir de presupuesto y parámetro de todas las actividades estatales concernientes a la pretensión criminal, motivo por el cual en más de una ocasión nos hemos inclinado por la calificación de la institución, simplemente, como “principio de inocencia” antes que presunción.

La pregunta, sin respuesta cabal aún, persigue determinar si es compatible un sistema procesal penal –construido sobre el fundamento del referido principio de inocencia– con un estatuto de prisión preventiva, lo que, inevitablemente, lleva a declarar que si la pena que el sujeto arriesga es la privación de su libertad, en los hechos tal resultado se anticipa sin sentencia. Esta crítica –que se traslada desde el campo del proceso civil de ejecución, en el que se discute acerca de cuestiones patrimoniales– puede sintetizarse en la idea que si en el ámbito de los bienes materiales no se admite ejecución sin título, conforme al brocardo clásico “*nulla executio sine titulo*”, muchísimo menos tolerable puede resultar su aceptación en materia de libertad de las personas.

No obstante la denodada oposición de la Ilustración, que, junto con combatir esta modalidad que adelantaba la punición a la sentencia, reforzó y alentó institutos garantísticos básicos (la adopción efectiva del predicado “*nula crimen nulla pena sine iudicio*”, p. ej.), lo cierto es que la cultura europea del siglo XIX terminó por aceptarla, casi como un mal menor y la dogmática penal autoritaria,<sup>15</sup> mientras pergeñaba la noción de un Derecho Penal de autor, aplaudía con entusiasmo su implantación.

No sorprende comprobar así que en la primera mitad del siglo XX, con pie en lo que había acontecido en el período anterior, los totalitarismos se apropiaran de la noción y, privilegiando pretendidos derechos sociales, colectivos o estatales, en desmedro de los de las personas, introdujeran el

---

<sup>15</sup> Recuérdesse a Lombroso, Ferri, Manzini, Carl Schmitt y tantos otros.

elemento “seguridad” como determinante de la procedencia de la prisión preventiva.

Como es sabido, buscando armonizar los institutos, de antiguo, se predicán para esta prisión preventiva finalidades procesales que se sintetizan en la idea de aseguramiento de la persona del imputado, de cara a evitar el “peligro de la fuga”, y en la pretensión de evitar la destrucción del material probatorio, “peligro de oscurecimiento”.

En Alemania, por ejemplo, según informa Roxin, la prisión preventiva sirve a tres objetivos: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal; garantizar una investigación de los hechos en debida forma, y asegurar la ejecución penal.<sup>16</sup>

Resulta empero inevitable convenir en que, en la perspectiva de una noción jurídica de privilegio a las libertades públicas y de garantía, en general, a los derechos de las personas ante el Estado, no puede sino propiciarse la invocación de las nociones de un Derecho Penal mínimo, la de un Derecho Penal de acto antes que de autor y la de un Derecho Penal como última ratio –ante la emergente, pero peligrosa noción de la seguridad ciudadana– para dar vigencia efectiva a la presunción de inocencia y, por sobre todo, al principalísimo derecho a la libertad de los imputados, que, para ser consecuentes, en tanto no sean condenados, debemos entender inocentes.

Un criterio de razonable realismo revela, sin embargo, que en la vida de los seres humanos en comunidad es inevitable la actuación del Derecho Penal;<sup>17</sup> de allí que, siempre en afán de preservar esa admirable condición de la coherencia del pensamiento, se exija que su mecanismo de aplicación –el proceso– se ciña también a la noción de tal derecho substancial mínimo: así, la vía procesal observará escrupulosa, pero efectivamente, el principio de la presunción de inocencia, que no sólo demanda que se acrediten –sin la colaboración del imputado– cada uno

---

<sup>16</sup> Cfr: Claus Roxin, *Derecho Procesal Penal*, Edit. del Puerto SRL, Bs. Aires, 2000, trad. G. Córdoba y D. Pastor, p. 257. Recientemente, en el mismo sentido, M. I. Horvitz y Julián López, *Derecho Procesal Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Stgo., 2002, pp. 82 y ss.

<sup>17</sup> Parece claro, a estas alturas de los tiempos, que las teorías abolicionistas no han sido capaces de ganar, seriamente, adeptos.



de los elementos que constituyen el tipo penal y las restantes condiciones necesarias para que se pueda sancionar criminalmente, sino que, además, reclama un trato acorde para él con tal condición de inocencia, lo que se traduce, primordialmente, en el status de libertad del sujeto durante la actuación del sistema de persecución y enjuiciamiento penal.<sup>18</sup>

Hoy puede afirmarse, como acuerdo no sometible a discusión, la circunstancia de que la presunción de inocencia no consiga ni persigue el efecto de privar toda actividad restrictiva de derechos del imputado.<sup>19</sup> de lo que se trata, empero, es consignar que la afectación de sus derechos y, en especial, la privación de su libertad ambulatoria, no puede tener otro propósito que los fines mismos del proceso, sin que en caso alguno pueda representar una modalidad sancionatoria anticipada.<sup>20</sup> De allí que, básicamente, sólo deben obstar a la libertad del sujeto el peligro de fuga y el peligro de oscurecimiento,<sup>21</sup> esto es, la posibilidad de que, en libertad, el imputado pueda eludir la acción de

<sup>18</sup> Cfr. al efecto, mi “La Seguridad Ciudadana y el Proceso Penal en la Sociedad del Riesgo”, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, vol. I, Santiago, 1994.

<sup>19</sup> Manzini —ideólogo fascista— también las emprendió contra la presunción de inocencia y no vaciló en escribir refiriéndose a ella “...nada tan burdamente paradójico e irracional. Baste pensar en los casos de prisión preventiva, en el secreto de la instrucción y en el hecho mismo de la imputación. Dado que esta última tiene por presupuesto suficientes indicios de culpabilidad, debería constituir, si acaso, una presunción de culpabilidad”. *Trattato di Diritto Processuale*, p. 180, cit., por Ferrajoli, *Teoría...*, cit., p. 627.

<sup>20</sup> *La lectura del tema desde una Teoría General del Derecho Procesal lleva a idéntica conclusión: si la medida cautelar es idéntica a la actuación que se espera como consecuencia de la orden que contendrá la sentencia definitiva estimatoria, lo que estaría ocurriendo es que estaríamos vulnerando el básico principio que recuerda que nulla executio sine titulo, regla a la que en general sólo hace excepción la cautela innovativa, cuyo, manifiestamente, no es ni puede ser nunca el caso de la prisión preventiva.*

<sup>21</sup> Acorde con la mejor doctrina, el Código Procesal Penal de Chubut (Argentina) dispone (art. 107) que “se podrá ordenar la prisión cuando medien los siguientes presupuestos:

1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener, razonablemente, que el imputado es, con probabilidad, autor de un hecho punible o partícipe en él; y

2) la existencia de una presunción razonable, por apreciación de las circunstancias del caso particular, de que el imputado no se someterá al procedimiento (peligro de fuga) u obstaculizará la averiguación de la verdad (peligro de entorpecimiento)”.

la justicia o destruir o alterar pruebas de los hechos,<sup>22</sup> concepción procesalística que termina siendo lo que Cafferata Nores<sup>23</sup> ha llamado el “mensaje más comprensible de resistencia frente a una cultura jurídica crecientemente autoritaria”, que lo concibe, empero, como un gesto punitivo ejemplar.

El Código de Proceso Penal Modelo para Iberoamérica, escribe Ada Pellegrini, también concibe como excepcional la prisión preventiva, determinando su proporcionalidad con la infracción imputada y con la pena que podrá imponerse; estableciendo su limitación temporal absoluta y la indemnización cuando resultara haber sido indebida.<sup>24</sup>

Con realista pesimismo y asintiendo a estas ideas, Maier<sup>25</sup> opina que en el procedimiento penal reconocido en el actual estadio cultural no puede prescindirse de ciertas intervenciones en el ámbito de libertad del ser humano reconocido por la ley básica, con el fin de proteger sus propias metas, y es por ello –sostiene– que la misma Constitución las permite a modo de reglamentación de los propios derechos y garantías que acuerda... pero también resulta imposible concebir estas intervenciones sin establecer sus límites, pues tratándose en todo caso de derechos y garantías atribuidos por la Constitución, ni la ley puede alterarlos al reglamentar su ejercicio ni es posible olvidar que, hasta que no se haya pronunciado una sentencia firme de condena, resulta contrario a la Carta Fundamental imponer una pena.

La cuestión es extremadamente relevante,<sup>26</sup> porque en muchos países,<sup>27</sup> y sin duda en Chile, desde donde estas líneas se escriben, ha cobrado creciente respaldo el criterio de la seguri-

---

<sup>22</sup> Véase mi ya antiguo “Hacia una reforma procesal penal inmediata”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Edeval, Valparaíso, 1990, pp. 187 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. José I. Cafferata Nores, *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, 2ª edic. act., Edit. del Puerto, SRL, Bs. Aires, 1998, p. 192.

<sup>24</sup> Cfr. “Lineamentos Gerais do no Processo Penal na America Latina: Argentina, Brasil e Código-Modelo para Ibero America”, en *O Processo em Evolução*, Forense Universitaria, 1996, Sao Paulo, p. 208.

<sup>25</sup> Cfr. *Derecho Procesal Penal argentino*, Edit. Hammurabi. SRL, Bs. Aires, 1989, t. Ib, Fundamentos, p. 285.

<sup>26</sup> Véase, al efecto, en este mismo libro y más extensamente, “La Seguridad Ciudadana y el Proceso Penal en la Sociedad del Riesgo”, al que pertenecen algunas de las ideas que desarrollo adelante.

<sup>27</sup> El sistema norteamericano, caracterizado por poseer una de las más altas proporciones de ciudadanos privados de libertad, aprobó en 1984 una *Federal Bail*

dad de la sociedad, como elemento regulador de la libertad del imputado,<sup>28</sup> lo que importa contrariar toda la filosofía de un régimen de garantías reales y que, por sobre un proceso racional de análisis y persuasión, prevalezca el ancestral afán de decidir apresuradamente las controversias, sobre la base de los pareceres mayoritarios, al propio tiempo siempre temerosos, influenciables y cambiantes por definición, irremisiblemente morbosos y crueles por antonomasia.

Nadie desconoce que la prisión preventiva constituye una medida que alcanza a quien no ha sido objeto de condena; que su extensión, sin embargo, quede sometida al riesgo que la libertad del sujeto represente para la seguridad de la sociedad es no sólo un claro *pre-judicio*, sino un retornar a los más tenebrosos momentos del pensamiento jurídico penal, cuando se atribuía responsabilidad penal a las personas por motivos genéticos, biológicos o incluso raciales.

Corresponde, entonces, regular la prisión preventiva, en términos de Binder,<sup>29</sup> de modo que no sea una pena anticipada, es decir, una pena sin juicio, porque si el propio sistema está

---

*Reform Act*, por la que expresamente se autorizó a los jueces para disponer la privación de libertad si “no existe una condición o combinación de condiciones que razonablemente aseguren la comparecencia del imputado cuando se le requiera o la seguridad de cualquier otra persona y de la comunidad”. En el caso *United States vs. Salerno*, por 6 votos contra 3, la Corte Suprema declaró constitucional la disposición, U.S.739 (1987).

---

<sup>28</sup> El principio de la seguridad de la sociedad como elemento que obsta a la libertad del imputado, si bien se incorporó al Código de Procedimiento Penal chileno, fue lamentablemente recogido, por primera vez en nuestra historia constitucional, por la Constitución de 1980. Al efecto, es preciso recordar que el origen del instituto, en el derecho occidental, son los regímenes fascistas y su doctrina de respaldo:

*“El Estado fascista, a diferencia del Estado democrático-liberal –escribía Manzini– no considera la libertad individual como un derecho preeminente, sino más bien como una concesión del Estado acordada en interés de la colectividad...”*, y el famoso Ministro de Justicia Rocco declaraba que *“...La libertad, por tanto, es concedida al individuo y a los grupos en interés de la sociedad. Como todos los derechos individuales, también la libertad es una concesión del Estado”*, ambos *cit.* por Ferrajoli, *Teoría...*, *cit.*, p. 632.

<sup>29</sup> Alberto Binder, “La Justicia Penal en la Transición a la Democracia en América Latina”, en *Política Criminal: de la formulación a la Praxis*, Edit. Ad Hoc., Bs. Aires, 1997, p. 215.

diseñado para imponer penas sin el requisito del juicio, entonces la idea misma del juicio carece de valor. *Nulla pena sine iudicio* es el principio que debe regular el carácter excepcional de la prisión preventiva si, en definitiva, hemos de admitirla como una realidad que nuestra propia naturaleza de seres expuestos y dispuestos al delito nos impone.

La tarea del jurista actual, que propone medidas alternativas a la prisión preventiva, en este tópico, como en tantos otros, no es la de asumir el rol de incomprendido solitario enfrentado a obtusas mayorías, sino el de incansable defensor de criterios de razón contra las muchedumbres y políticos que, demagógica o sinceramente, anteponen a ella motivos oscuros, irreflexivos, pasionales o, simplemente, electorales.

Comentando la verdadera competición que se ha desatado entre sectores políticos y entre legisladores por obtener el título de “campeón de la seguridad pública”, el destacado catedrático y actual Ministro de la Corte Suprema de la nación argentina, Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>30</sup> sostiene “*existen políticos oportunistas y otros más serios, pero ambos, en definitiva, no pueden descuidar al electorado. Sea por puro clientelismo o porque defraudar las esperanzas vindicativas de sus electores es peligroso, lo cierto es que los políticos serios no patrocinan iniciativas liberales o garantistas, porque temen perder electorado, en tanto que los demagogos patrocinan iniciativas altamente regresivas, como pena de muerte, aumento de facultades judiciales y en general bloqueo de toda iniciativa liberal, como modelo de obtener ventajas electorales*”, y, a pesar de haber escrito sus comentarios más de diez años atrás, con vigencia asombrosa para nuestros tiempos agrega que “*una parte de los medios informativos de comunicación social practica abiertamente el terrorismo informativo, o sea, continuo bombardeo de información roja*”.

A estas alturas, resulta inevitable volver a la relación “régimen político” y “normativa procesal penal”, reparando, como enseña Roxin, que en los Estados totalitarios, bajo la antítesis errónea Estado-ciudadano, se exagerará fácilmente la importancia del interés estatal en la realización, lo más eficaz posible, del

---

<sup>30</sup> Cfr. E. R. Zaffaroni, 1992, p. 181, cit. por Javier Llobet R., *La prisión preventiva*, cit. p. 118.

procedimiento penal. En un Estado de Derecho, en cambio, la regulación de esa situación de conflicto no es determinada a través de la antítesis Estado-ciudadano. El Estado mismo está obligado por ambos fines: aseguramiento del orden a través de la persecución penal y protección de la esfera de libertad del ciudadano.<sup>31</sup>

Es preciso reconocer, pues, con Ferrajoli,<sup>32</sup> que una parte de la opinión pública asocia seguramente finalidades directamente represivas a la prisión preventiva. Pero esta idea primordial es, precisamente, una de aquellas contra las que nació el delicado mecanismo del proceso penal: que no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables... (es que) las culturas de la justicia son múltiples, a menudo ambivalentes, a veces en conflicto, pero por sobre todo, históricamente cambiantes.<sup>33</sup>

### 1.1. LAS MEDIDAS ALTERNATIVAS A LA PRISIÓN PREVENTIVA

Como se anticipó, las medidas cautelares, alternativas a la prisión preventiva, constituyen un esfuerzo encaminado a paliar las deficiencias que impone tal prisión preventiva, pero del análisis de las legislaciones vigentes se advierte que las opciones son escasas. En otros términos, la gama de medidas ofrecidas por el Derecho Comparado es reducida, en especial si se tiene en cuenta que, en tópicos de cautelares personales en el proceso penal, como consecuencia del principio de garantía o legalidad que nuestras Constituciones consagran, no es admisible —como acontece en el ámbito del proceso civil— reconocer al juez un poder cautelar general para la adopción de medidas cautelares indeterminadas: en juego la preciada garantía de la libertad, sólo en virtud de un texto expreso podrá imponerse alguna limitación, de donde se desprende que el reproche de falta de imaginación termina dirigiéndose al legislador.

<sup>31</sup> Cfr. Roxin, ob. cit., p. 258.

<sup>32</sup> Cfr. *Teoría...*, cit., p. 561.

<sup>33</sup> Cfr. mi *La Seguridad Ciudadana...*, cit.

Se afirma la existencia de medidas alternativas a la prisión diferentes según sea el peligro que se trata de evitar, pero, en esencia, me parece que el propósito directo e inmediato de estas medidas lo constituye el afán de restringir la libertad ambulatoria, sin perjuicio que, a la postre, por este camino se persiga la protección de valores diferentes, como el asegurar la efectividad de la acción jurisdiccional, que se traduce en la posibilidad de obtener que la sentencia que en el proceso se dicte se cumpla realmente, o subvalore, como el resguardar el material probatorio sobre el cual se basará dicha sentencia.

La restricción de la libertad del imputado puede, además, generar otros efectos que el legislador en ocasiones menciona expresamente y que, en otras, se guarda: me refiero, otra vez, al tema de la “seguridad”, sea en la perspectiva de la protección a la víctima frente a nuevos posibles atentados, sea, en general, la protección de la sociedad, en la filosofía del peligrosismo eventual del sujeto.

Limitada esa capacidad ambulatoria con mayor o menor intensidad, se obtendrán con más o menos fuerza los propósitos de prevención del comportamiento delictual futuro del imputado, en la terminología de las concepciones que confieren al proceso penal el rol de instrumento de seguridad colectiva o ciudadana.

Por el momento, desde Chile enviamos una alentadora señal: durante los primeros años de vigencia del nuevo sistema procesal penal y considerando hasta el 31 de diciembre de 2003, lapso que no comprende la Región Metropolitana ni, en la práctica, las otras dos mayores regiones del país, en las cuales la reforma sólo comenzó a regir el 16 de diciembre de ese año,<sup>34</sup> de un total de 65.133 imputados ingresados a la Defensoría Penal Pública,<sup>35</sup> al 38,3% –24.880– se le habían impuesto medidas cau-

---

<sup>34</sup> El nuevo sistema procesal penal chileno comenzó a regir el 16 de diciembre de 2001 en las Regiones Cuarta y Novena del país y, conforme a la autorización concedida por una disposición constitucional transitoria, se ha venido aplicando gradualmente, restando tan sólo que se aplique en la Región Metropolitana.

<sup>35</sup> La Defensoría Penal Pública se creó por Ley N° 19.718 y brinda asistencia jurídica a todo imputado que carezca de abogado.

telares; de éstas, **el 17,7%** eran prisión preventiva, correspondiendo el **82,3%** restante a medidas alternativas,<sup>36</sup> según se detalla en el cuadro siguiente.

A. *Medidas cautelares alternativas a la prisión decretadas en el nuevo sistema procesal penal chileno hasta el 31 de diciembre de 2003*

|                                                  |            |
|--------------------------------------------------|------------|
| Presentarse ante juez u otra autoridad . . . . . | 48%        |
| Arraigo . . . . .                                | 26%        |
| Prohibición de asistir a reuniones . . . . .     | 0%         |
| Prohibición de visitar lugares . . . . .         | 4%         |
| Prohibición de comunicarse . . . . .             | 2%         |
| Prohibición de acercarse a víctima . . . . .     | 14%        |
| Obligación de salir de la morada . . . . .       | 0%         |
| Arresto domiciliario . . . . .                   | 3%         |
| Sujeción a la vigilancia . . . . .               | 3%         |
|                                                  | <hr/> 100% |

B. *Libertad bajo controles tecnológicos*

Comienza a ser frecuente en la experiencia comparada la utilización, con consentimiento del imputado, de mecanismos tecnológicos que portados por él permiten controlar que se mantenga dentro de perímetros territoriales previamente determinados. En estas latitudes, la idea está recogida en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, que establece que se autoriza el empleo “...de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva... [del imputado]”.

<sup>36</sup> Defensoría Penal Pública: Memoria Anual 2003, p. 57.

Se trata de un resultado espléndido, alentado, quizás, por la circunstancia de haber comenzado recién a operar el nuevo régimen y contar con operadores –jueces, fiscales y defensores– imbuidos en la filosofía garantista de la nueva normativa.

### C. Libertad bajo caución

Una menor restricción de la libertad la constituye la libertad bajo caución, real, personal o simplemente juratoria, llamada en algunos ordenamientos “libertad provisional”, establecido que el estado de libertad es el propio del ser humano y representa el que la Constitución<sup>37</sup> y los tratados garantizan: así, el art. 9 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que “...*todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales...*”, y que “*nadie podrá ser privado de su libertad... salvo por las causas fijadas por la ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”, para reconocer luego (art. 9° N° 3) que la “...*libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia en el acto del juicio o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo*”.

En términos casi idénticos, la Convención Americana de Derechos Humanos proclama en su art. 7° N° 1 que “...*toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales*”, agregando que toda persona detenida o retenida tendrá derecho 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*”.

Vuelto el sujeto a su estado normal –de libertad– asegura su comparecencia a los actos del juicio y, en especial, a la ejecución del fallo, por una simple promesa, formal –el juramento– o constituyendo, en garantía de cumplimiento, una caución real o personal.

### D. Arraigo

Una medida cautelar cada vez más frecuente, impuesta en forma autónoma o en combinación con otras, es el “arraigo”, que

<sup>37</sup> La evolución constitucional chilena de la garantía al derecho a la libertad provisional es extremadamente patética, pero no por ello menos reveladora del autoritarismo del legislador chileno, que es, al final, el de la propia sociedad nacional: mientras en el Acta Constitucional N° 3, obra del Gobierno militar –antecedente inmediato de la Constitución Política vigente, también promulgada durante dicho Gobierno–, se declaraba que la libertad provisional *es un derecho* y que ella procedería *siempre*; el texto definitivo, en vigor, establece que “la libertad provisional procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones del sumario o para la seguridad del ofendido o de la sociedad...” (art. 19 N° 7).



importa la prohibición al sujeto de abandonar el territorio nacional o, simplemente, territorios regionales o comunales determinados, sin previa autorización judicial.

También estas medidas han experimentado cambios con los tiempos: en los países entre los cuales se puede circular libremente, sin exhibición de documentos de identidad alguna, como acontece con los de la Unión Europea, en cuando cautela judicial misma, el arraigo parece venir en menos. En Chile, sin embargo, el arraigo comunal consagrado en el art. 155 del Código Procesal Penal ha dado buenos resultados no sólo porque respeta de modo importante el principio de inocencia, sino porque, en la disyuntiva de gravar al sujeto imputado, el juez tiene la posibilidad de no aumentar el daño, impidiendo que éste continúe con sus actividades generadoras de recursos o, simplemente, cumpliendo otros deberes no menos importantes, como los que resultan de la condición de padre, madre o cónyuge.

En rigor, empero, no puede dejar de anotarse que, en ocasiones, los jueces chilenos han sido reticentes en decretar esta medida cautelar y otras semejantes (como el arresto domiciliario, p. ej.) por la dificultad de controlar su cumplimiento y las comprensibles protestas policiales que objetan el enorme desgaste en recursos humanos que ellas demandan, desde que la vigilancia efectiva de una medida cautelar de privación de libertad en el domicilio del imputado supone disponer de uno o dos funcionarios 24 horas al día en función de un solo imputado.<sup>38</sup>

Como medida complementaria, algunos ordenamientos reconocen también la medida cautelar de privación temporal de pasaporte o documentos de viaje a los sujetos.

En la línea de evitar el peligro de fuga, pueden anotarse:

a) Presentación del sujeto, en días concretos, ante el juez, ante la autoridad de ejecución penal u otra autoridad determinada por ellos.

---

<sup>38</sup> Reparos como el anotado, me parecen, deben superarse con normas como las que ya contiene el Código chileno, que elevan a la causal de procedencia de prisión preventiva el incumplimiento de una medida cautelar alternativa y otras que se proponen, como facultar a la policía a detener, sin orden judicial previa, a todo el que sorprenda infringiendo una medida cautelar. *Cfr. Documento de la Comisión Nominada Para Revisar y Evaluar la Marcha y Funcionamiento del Nuevo Sistema de Enjuiciamiento Penal*, Santiago, diciembre de 2003.

b) Prohibición de abandonar el país, el domicilio, el lugar de residencia o una zona determinada sin autorización del juez o de la autoridad de ejecución penal.

c) Prohibición de abandonar el domicilio sin la compañía de una persona determinada.

d) La constitución de una fianza suficiente, por el propio inculcado u otra persona.

Para evitar el oscurecimiento, en cambio:

a) Prohibición de contactar coimputados, testigos o personas determinadas.

b) Prohibición de frecuentar lugares determinados.

Para la seguridad de la víctima:

a) Prohibición de acercarse a menos de una distancia determinada; de visitar su hogar o lugar de trabajo o contactarla personal o telefónicamente.

b) Imposición de abandonar el hogar común, si se comparía con la víctima.

En Europa, ya desde antiguo se ha venido trabajando en la generación de estas medidas alternativas, de allí que el Consejo de Ministros de esa Unión, en un documento de más de cuarenta años atrás, proponía como alternativas a la prisión:

a) Permanencia vigilada en el domicilio.

b) Orden de no abandonar un lugar determinado sin autorización previa del juez.

c) Orden de comparecer periódicamente ante ciertas autoridades.

d) Retirada de pasaporte u otros documentos de identidad.

e) Pago de fianza.

f) Emplazamiento de los delincuentes jóvenes en una institución especializada.

En 1980 se dictó por ese Comité la Recomendación (80) de 27 de junio de ese año, por la que se mencionan:

a) Promesa del interesado de acudir cuando sea llamado por la autoridad judicial y de no dificultar la acción y el curso de la justicia.

b) Obligación de residir en una determinada dirección (domicilio, centro de albergue, institución especializada para jóve-

nes delincuentes) en las condiciones fijadas por la autoridad judicial.

c) Prohibición de abandonar o de salir, sin autorización del juez, de un lugar o de una zona determinada.

d) Obligación de presentarse regularmente ante ciertas autoridades (policía, tribunal).

e) Retención de pasaporte o documento nacional de identidad.

f) Entrega o presentación de una caución de otras garantías para la persona teniendo en consideración sus posibilidades.

g) Control y asistencia por un órgano designado por la autoridad judicial.<sup>39</sup>

## 1.2. LA DOCTRINA DE LA SEGURIDAD CIUDADANA Y EL FUTURO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS

Del cuadro precedente y reiterada la llamativa falta de imaginación para pergeñar medidas que, cautelando los fines del proceso, observen los derechos de las personas imputadas y, en particular, acaten la sujeción al principio de inocencia, pareciera desprenderse un panorama alentador; a lo menos, los jueces actuales, enfrentados a la necesidad de asegurar tales fines, tienen alternativas a su disposición, posibilidad que los jueces del crimen de los siglos XIX y XX no conocieron.

La impresión es engañosa: en efecto, por doquier se advierte —amparada por buenísimas intenciones o en función de tragedias personales de algunos—<sup>40</sup> la generalizada irrupción de una ambigua y autoritaria noción de “seguridad ciudadana” en desmedro de la tradicional de “seguridad social”, un cambio de denominación que no es fortuito: como afirma Llobet,<sup>41</sup> con el término de seguridad ciudadana se pretende resaltar que se trata

<sup>39</sup> Cfr. Silvia Barona V., “Medidas alternativas a la prisión provisional”, p. 166, en *Seminario sobre Detención y Prisión Provisional*, Xunta de Galicia, Santiago, 1995.

<sup>40</sup> Téngase presente el dramático caso “Blumberg”, referencia al joven muerto por sus secuestradores y que ha motivado el movimiento de endurecimiento penal que su padre encabeza en la Argentina y difunde por América.

<sup>41</sup> Llobet, ob. cit., p. 115.

de darle una respuesta al sentimiento de inseguridad que sienten las personas, alejándose de los términos de seguridad pública o defensa social, que son despersonificantes. Es la referencia a los “problemas de la gente” que en Chile impuso, tras cuidadosos estudiosos de mercado, un dirigente político que aspira a la presidencia del país. El reclamo a la mayor seguridad ciudadana que tiene acogida en los medios de comunicación,<sup>42</sup> se desarrolla, principalmente, en el marco de la realización de elecciones, destacándose la (IN)actividad de las autoridades públicas para otorgar dicha seguridad a los electores, según se promueva, o no, la reelección de las mismas.

De allí que sólo puedan atribuirse a cierto candor las afirmaciones que, sobre la realidad española contemporánea, formula, recientemente, un joven autor, en orden a que la seguridad ciudadana, considerada tanto objetivamente como en cuanto al sentimiento subjetivo que los ciudadanos tienen sobre ella –que en ambas cosas consiste– “no sólo ha pasado a ser una variable social, jurídica y política de primerísima magnitud, sino que –obsérvese– no existe ya sobre ella la tradicional escisión social e ideológica –jurídica y política, una vez más– de antaño”.<sup>43</sup> El comentarista invoca en respaldo de su tesis, que antes de las últi-

---

<sup>42</sup> Resulta singular que frente a la divulgación de los llamados “índices de victimización”, y que reflejan el temor que dicen experimentar las personas a ser víctimas de delito, no se alcen opiniones o voces que demuestren que tal sensación colectiva de falta de seguridad no puede sino ser el resultado de la majadera, ostentosa y, en ocasiones, intencionada difusión principal de hechos delictuales en los medios y, en especial, en los noticieros centrales de la televisión. ¿Quién es capaz de sustraerse a una campaña nacional, uniforme, permanente e impactante, que noche a noche irrumpe en nuestros hogares, con delitos, delincuentes y víctimas? ¿Qué esperamos para oponernos a esta agresión a nuestra tranquilidad, con la fuerza con la que se combaten la difusión de pornografía y de propaganda al tabaco y al alcohol?

<sup>43</sup> Cfr. Pablo Gutiérrez de Cabiedes, *La Prisión Provisional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, España, 2004, p. 19. El autor, para reafirmar su tesis de la unanimidad de pareceres políticos sobre el tema y citando una publicación periódica de octubre de 2003, expresa que “la principal fuerza política de oposición, la socialista, ha achacado al Gobierno popular... la falta de seguridad ciudadana” sin reparar, en su celo por confirmar que de ambos lados del espectro político se opina de modo semejante, que la clave de la cuestión, en ese momento, radicaba en la condición de partido de oposición de los socialistas españoles, interesados, por tanto, en reemplazar a la derecha que gobernaba.

mas elecciones generales españolas –la principal fuerza de oposición, la izquierda– “defiende la seguridad, pues es condición de la libertad”, lo que no comprueba sino el oportunista manejo que del tema de seguridad se efectúa, por igual, en derechas e izquierdas. Es que, como afirma Zaffaroni en la cita que de él incluyera, existen políticos oportunistas y otros más serios, pero ambos no pueden (ni quieren, diría yo) descuidar al electorado. Asistimos, entonces, a una verdadera competición de propuestas, entre las que se destacan las de mayores atribuciones policiales, menores opciones de libertad provisional, más motivos de encarcelamiento, incremento de las penas, etc.

La cerrada negativa de ciertos sectores, con gran acceso a los medios de comunicación, a dirigir la vista a las reales causas de la delincuencia; su decisión de exigir del proceso penal resultados sociológicos que no dependen de él; cierta tozudez en negarse a aceptar que el delito es una realidad con la que debemos aprender a convivir en las grandes concentraciones urbanas, influidas por la masiva difusión de imágenes televisadas en las que se proyectan modos de vida, a veces inalcanzables para las mayorías, y también ejemplos de comportamientos delictivos fructuosos o infructuosos; el globalismo en boga, con su secuela de acceso a la información que hace patentes las diferencias, junto a un cúmulo de características de la vida contemporánea, que, como sabemos, han llevado a que la nuestra pueda calificarse como la sociedad del riesgo,<sup>44</sup> llevan a la formulación de un diagnóstico plagado de pesimismo: las medidas que se proponen como alternativas a la prisión preventiva y que asoman, aún incipientes, a la realidad procesal penal comparada, dogmática y legislativa, verán limitadas sus posibilidades de aplicación en una sociedad crecientemente dispuesta a sacrificar los valores individuales de libertad y dignidad humanas a favor de nociones de seguridad personal, en ocasiones justificadamente desmedrada, pero, en otras, definitivamente manipuladas.

Recién nacidas, pues, estas medidas, a no mediar un fenomenal esfuerzo colectivo, de sensatez, de medida y de equilibrio político, jurídico y social, avizoran un futuro definitivamente poco alentador.

---

<sup>44</sup> Cfr. mi *La Seguridad Ciudadana y...*, cit.

Confío, desde lo más profundo de mis convicciones, que este pronóstico no se cumpla.

## ANEXO

(Medidas alternativas a la prisión preventiva en algunos Códigos de la región.)

### 1) CÓDIGO PROCESAL PENAL CHILENO

Art. 155. *Enumeración y aplicación de otras medidas cautelares personales.* Para garantizar el éxito de las diligencias de investigación, 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, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

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 registrarán por las disposiciones aplicables

a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este Párrafo.

Art. 156. *Suspensión temporal de otras medidas cautelares personales.* El tribunal podrá dejar temporalmente sin efecto las medidas contempladas en este Párrafo, a petición del afectado por ellas, oyendo al fiscal y previa citación de los demás intervinientes que hubieren participado en las audiencias en que se decretaron, cuando estimare que ello no pone en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas. Para estos efectos, el juez podrá admitir las cauciones previstas en el art. 146.

## 2) CÓDIGO PROCESAL PENAL DEL PERÚ

### *De la Comparecencia*

Art. 143. *“Orden de Comparecencia”.* Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención. También podrá imponerse comparecencia con la restricción prevista en el inciso I), tratándose de imputados mayores de 65 años que adolezcan de una enfermedad grave o de incapacidad física, siempre que el peligro de fuga o de perturbación de la actividad probatoria pueda evitarse razonablemente.

El Juez podrá imponer algunas de las alternativas siguientes:

1. La detención domiciliaria del inculpado, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, de la autoridad policial o sin ella, impartiendo las órdenes necesarias.

2. La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.

3. La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, de no concurrir a determinados lugares, o de presentarse a la autoridad en los días que se le fijen.

4. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no afecte el derecho de defensa.

5. La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten.

El Juez podrá imponer una de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas necesarias para garantizar su cumplimiento. Si el

hecho punible denunciado está penado con una sanción leve o las pruebas aportadas no la justifiquen, podrá prescindir de tales alternativas.

### 3) CÓDIGO PROCESAL PENAL MODELO PARA IBEROAMÉRICA

Art. 209. *Sustitución.* Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el juez o tribunal competente, de oficio, preferirá imponerle a él, en lugar de la prisión (art. 202), algunas de las alternativas siguientes:

1. El arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga.

2. La obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente al tribunal.

3. La obligación de presentarse periódicamente ante el tribunal o la autoridad que él designe.

4. La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el tribunal, sin autorización.

5. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares.

6. La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa.

7. La prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas idóneas.

El tribunal podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso se utilizarán estas medidas desnaturalizando su finalidad o se impondrán medidas cuyo cumplimiento fuere imposible; en especial no se impondrá una caución económica, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado, tornen imposible la prestación de la caución.



Podrá también prescindir de toda medida de coerción, cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad.

#### 4) CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA ARGENTINA DE BUENOS AIRES

Art. 159. *Alternativas a la prisión preventiva.* Siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, o de alguna técnica o sistema electrónico o computarizado que permita controlar que no se excedan los límites impuestos a la libertad locomotiva, el juez de garantías impondrá tales alternativas en lugar de la prisión, sujeta a las circunstancias del caso, pudiendo establecer las condiciones que estime necesarias.

El imputado, según los casos, deberá respetar los límites impuestos, ya sea referidos a una vivienda, o a una zona o región, como así la condiciones que se hubieren estimado necesarias, las que se le deberán notificar debidamente, como así también que su incumplimiento hará cesar la alternativa.

Art. 160. *Modalidades. Enunciación.* Entre otras alternativas, aun de oficio y con fundamento suficiente, podrá disponerse la libertad del imputado sujeto a una o varias de las condiciones siguientes, de acuerdo a las circunstancias del caso:

1. La obligación de someterse al cuidado de una persona o institución, quien informará periódicamente ante la autoridad que se designe.

2. La obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe.

3. La prohibición de salir de un ámbito territorial determinado, de concurrir a determinados lugares, o de comunicarse con ciertas personas.

4. La prestación de una caución patrimonial por el propio imputado o por otra persona.

5. La simple promesa jurada de someterse al procedimiento penal, cuando con ésta bastara como alternativa o fuere imposible el cumplimiento de otra.

Art. 163. *Atenuación de la coerción.* El juez de garantías, aun de oficio, morigerará los efectos del medio coercitivo decretado en la medida que cumplimente el aseguramiento perseguido.

Con suficiente fundamento y consentimiento del imputado, podrá imponerle:

1. Su prisión domiciliaria con el control o la vigilancia que se especifique.

2. Su encarcelamiento con salida diaria laboral y/o salida periódica para afianzar vínculos familiares, bajo la responsabilidad y cuidado de una persona o institución que se comprometa formalmente ante la autoridad y suministre periódicos informes.

3. Su ingreso en una institución educadora o terapéutica, pública o privada, que sirva a la personalización del internado en ella.

## 5) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE BOLIVIA

Art. 240º. (Medidas sustitutivas a la detención preventiva). Cuando sea improcedente la detención preventiva y exista peligro de fuga u obstaculización del procedimiento, el juez o tribunal, mediante resolución fundamentada, podrá disponer la aplicación de una o más de las siguientes medidas sustitutivas:

1) La detención domiciliaria, en su propio domicilio o en el de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que el tribunal disponga. Si el imputado no puede proveer a sus necesidades económicas o a las de su familia o si se encuentra en situación de indigencia, el juez podrá autorizar que se ausente durante la jornada laboral;

2) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez, tribunal o autoridad que se designe;

3) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez o tribunal, sin su autorización, ordenando el arraigo a las autoridades competentes;

4) Prohibición de concurrir a determinados lugares;

5) Prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte su derecho de defensa; y

6) Fianza juratoria, personal o económica. La fianza económica podrá ser prestada por el imputado o por otra persona

mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca.

6) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL DE LA PROVINCIA  
ARGENTINA DE NEUQUÉN

*Prisión preventiva*

Trabajo de extramuros, procedencia, trámite y resolución.

*Art. 288 bis.* El tribunal podrá autorizar a los procesados con prisión preventiva sujetos a la exclusiva jurisdicción provincial, a desempeñar actividades laborales remuneradas, sin custodia policial, durante horario diurno, de conformidad con lo previsto en este capítulo y a las normas reglamentarias que se dicten.

El imputado o su defensor solicitarán el beneficio, acreditando el empleo disponible con constancia documentada del empleador o, en su caso, descripción de la actividad independiente y estimaciones de ingresos.

A los fines de considerar el pedido, el Juez deberá requerir un amplio informe socio-ambiental sobre las necesidades económicas de su grupo familiar, características y retribución del trabajo propuesto. Además, deberá meritarse el comportamiento del interno en el establecimiento policial, la naturaleza y modalidades del delito imputado y los fines del proceso penal.

Producida dicha información, previa vista Fiscal, en el término de cinco (5) días, se dictará resolución por auto fundado concediendo o denegando el beneficio; la decisión será irrecorrible.

Si se denegara el permiso laboral, no podrá interponerse una nueva solicitud hasta transcurridos sesenta (60) días corridos del rechazo. Si se hubiere concedido la autorización, ésta podrá ser revocada, aun de oficio, cuando exista causa fundada y no podrá volverse a solicitar si el motivo fuera imputable al procesado.

*Trabajo extramuros. Condiciones*

*Art. 288 ter.* Al acordarse autorización se le impondrá al beneficiario el estricto cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Observar los reglamentos del establecimiento de detención, manteniendo la buena conducta.

b) Conservar el empleo. Si su pérdida no le fuere imputable, el permiso será suspendido hasta tanto se acredite el ofrecimiento de una nueva ocupación.

c) No concurrir a reuniones públicas ni privadas, ni a lugares de esparcimiento de ningún tipo.

d) Acreditar el cumplimiento de los deberes de asistencia familiar.

Las autoridades del centro de detención, el Patronato de Liberados o el funcionario a quien se le encomiende la vigilancia o control del permiso, deberán informar de manera inmediata cualquier violación a las condiciones expuestas, adoptando las medidas urgentes que fueran indispensables.

### *Prisión domiciliaria*

*Art. 289.* El Juez ordenará la detención domiciliaria de las personas a las cuales pueda corresponder, de acuerdo al Código Penal, el cumplimiento de la pena de prisión en el domicilio.

## 7) CÓDIGO PROCESAL PENAL DE LA PROVINCIA ARGENTINA DE CHUBUT

114. *Sustitución.* Siempre que el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad pueda ser evitado razonablemente por aplicación de una medida menos grave para el imputado que su encarcelamiento, quien decida, aun de oficio, preferirá imponerle, en lugar de la prisión, alguna de las alternativas siguientes:

1) arresto domiciliario, en su propio domicilio o en custodia de otra persona, sin vigilancia alguna o con la que se disponga;

2) obligación de someterse al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada, que informará periódicamente sobre el sometimiento del imputado al proceso;

3) la obligación de presentarse periódicamente ante la autoridad que se designe;

4) la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual él reside o del ámbito territorial que se fije, sin autorización previa;

5) la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares;

6) la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho de defensa, y

7) la prestación de una caución económica adecuada, por el propio imputado o por otra persona, mediante depósito de dinero, valores, constitución de prenda o hipoteca, embargo o entrega de bienes, o la fianza de una o más personas capaces y solventes.

Se podrá imponer una sola de estas alternativas o combinar varias de ellas, según resulte adecuado al caso, y se ordenará las medidas y las comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento. En ningún caso estas medidas serán utilizadas desnaturalizando su finalidad o serán impuestas medidas cuyo cumplimiento fuere imposible por parte del imputado; en especial, no se impondrá una caución económica o no se determinará su importe fuera de lo posible, cuando el estado de pobreza o la carencia de medios del imputado tornen imposible la prestación de la caución.

#### 8) CÓDIGO DEL PROCESO PENAL DEL URUGUAY

Se podrá también prescindir de toda medida de coerción cuando la simple promesa del imputado de someterse al procedimiento baste para eliminar el peligro de fuga o de obstaculización para la averiguación de la verdad

*Art. 73. (Medidas sustitutivas).* De acuerdo con las circunstancias del caso, el Juez podrá imponer al procesado:

a) Prohibición de salir de su domicilio durante determinados días en forma de que no perjudique, en lo posible, el cumplimiento de sus obligaciones ordinarias. La prohibición podrá extenderse hasta cuarenta días como máximo;

b) Prohibición de ausentarse de determinada circunscripción territorial, de domiciliarse en otra u otras, de concurrir a determinados sitios o de practicar otras actividades, así como las obligaciones de comunicar sus cambios de domicilios y de presentarse periódicamente a la autoridad;

c) En caso de delitos culposos cometidos por medio de un vehículo, el autor podrá ser privado del permiso de conducir por tiempo de uno a doce meses, sin perjuicio de lo que se disponga al respecto en la sentencia definitiva. Esta medida podrá im-

ponerse también en los casos en que hubiere mediado prisión preventiva (art. 72), para hacerse efectiva después del cese de ésta.

9) LEY CHILENA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR (Nº 19.325)

El juez, de oficio o a petición de parte, y desde el momento mismo de recibir la denuncia o demanda en caso que la gravedad de los hechos así lo requiera, podrá, mediante resolución fundada, decretar toda y cualquier medida precautoria destinada a garantizar la seguridad física o psíquica del afectado y la tranquila convivencia, subsistencia económica e integridad patrimonial del núcleo familiar.

Al efecto, sin que ello sea taxativo, temporalmente podrá: prohibir, restringir o limitar la presencia del ofensor en el hogar común; ordenar el reintegro al hogar de quien injustificadamente haya sido obligado a abandonarlo; autorizar al afectado para hacer abandono del hogar común y disponer la entrega inmediata de sus efectos personales; prohibir o limitar la concurrencia del ofensor al lugar de trabajo del ofendido, a menos que trabajen en un mismo establecimiento; provisoriamente fijar alimentos y establecer un régimen de cuidado personal, crianza y educación de los hijos o menores que integren el núcleo familiar; y decretar prohibición de celebrar actos o contratos sobre determinados bienes de quienes lo integren.

## 2. ¿MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO?

El tema de la procedencia o improcedencia de las medidas cautelares consagradas en el art. 155 del Código Procesal Penal<sup>45</sup> en el juicio simplificado, desde que carece de una respuesta de derecho positivo, impone más que otros, el recurrir a los métodos y criterios de interpretación de las normas procesales.

La cuestión se plantea a partir de la redacción de los arts. 155 y 230 del Código Procesal Penal, porque el primero de ellos dispone que las medidas cautelares personales que consagra sólo pueden decretarse una vez formalizada la investigación, al tiempo que el art. 230 plantea como sentido de la formalización la posibilidad de impetrarse medidas cautelares, caso en el cual el fiscal estará obligado a formalizar la investigación.

De este modo, no pareciera, en principio, discutible la afirmación en el sentido que **sin formalización previa, no hay medida cautelar posible**.

De allí que resulte sorprendente la idea de estimar procedentes cautelares personales, en un procedimiento que, por tener una estructura diferente, no reconoce formalización, como acontece con el procedimiento simplificado.

En abono a la procedencia, se argumenta que el requerimiento del simplificado equivale, se parece, hace las veces de formalización, lo que, en palabras diversas, significa efectuar el siguiente razonamiento:

a) Admito que las medidas cautelares personales sólo proceden una vez formalizada la investigación.

---

<sup>45</sup> Como bien se sabe, se trata de las siguientes medidas cautelares personales: a) Privación de libertad, total o parcial en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquella se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) Sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) Obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) Prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) Prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos o de visitar determinados lugares; f) Prohibición de comunicarse con personas determinadas siempre que no se afectare el derecho a defensa, y g) Prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

- b) En el procedimiento simplificado no hay formalización.
- c) En el procedimiento simplificado existe el trámite del requerimiento.

d) Si el requerimiento cumple una función semejante, parecida o análoga a la de la formalización, será posible formularlo y luego pedir cautelares.

En un punto no parecen haber diferencias: **el requerimiento no constituye una formalización**, razón por la cual las consecuencias que corresponda extraer a continuación sólo pueden emanar de la consideración de este proceso asimilador entre uno y otro instituto que, en el fondo, no significa más que aludir a la analogía como vía hermenéutica.

En mi opinión, no es procedente decretar medidas cautelares en el procedimiento simplificado ni siquiera ahora, cuando, promulgado el Código, apareció con esta verdadera sorpresa que fue la incorporación del procedimiento referido a simples delitos, entre los casos que deben sustanciarse por este rápido camino procedimental.

Sustento esta opinión, entre otros, en los siguientes razonamientos:

**a) El principio de legalidad que rige la restricción de la libertad personal**

La Constitución Política de la República, tras reconocer como garantía fundamental “el derecho a la libertad personal”, consagra que “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” (art. 19 N° 7 letra b), regla que la Convención Americana de Derechos Humanos consagra con energía, proclamando que “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...” (art. 7° N° 2).

Bajo este marco de la mayor jerarquía, sólo puede concluirse que la privación, perturbación o restricción de la libertad exige texto legal expreso que la autorice, regla legal, que en el caso de que se trata no existe, por lo que, conforme al criterio que rige la interpretación del plexo de garantías constitucionales, es imperioso contestar negativamente a la interrogante propuesta.



**b) ¿Y si hay dudas en la interpretación de normas procesales que pudieren conducir en uno o en otro sentido?**

b.1) El principio procesal de la interpretación de la ley procesal más favorable al imputado.

El aporte que la dogmática procesal ha efectuado a la Teoría General del Derecho apunta, precisamente, a un tema interpretativo: se trata de la influencia de los principios procesales que coadyuvan en la tarea hermenéutica introduciendo elementos que el intérprete no tiene en otros ámbitos jurídicos. Así, ante silencios legales, podrá resolverse una cuestión que se hubiere suscitado sobre impulso procesal recordando que el ordenamiento de que se trata se sujeta a un principio procesal acusatorio, lo que impone el impulso en hombros del acusador. Es que, como hemos afirmado en oportunidad diversa, “los principios procesales conforman el modo de ser de un sistema procesal que al propio tiempo que inspira las normas específicas que lo constituyen, es el referente supletorio al que acudir cuando las tales normas se tornan insuficientes”.<sup>46</sup>

Establecida la notable influencia de los principios procesales en la función interpretadora, vale bien tener en cuenta que el Código Procesal Penal introdujo un elemento que nuestro Derecho Procesal Positivo no reconocía: el principio de interpretación de normas procesales a favor del imputado, esto es, una suerte de *in dubio pro reo* procesal, y ya no sustantivo penal.

La norma es el art. 11 del Código, que dispone que si la ley procesal actualmente vigente es más favorable para el imputado que la que recién se promulga, el procedimiento se continuará rigiendo por la ley antigua, lo que, como se anticipó, recoge el principio de la interpretación de la ley procesal más favorable al imputado.

La falta de un texto expreso que dirima la controversia exige recurrir a los principios procesales: entre éstos, el que impone interpretar la ley procesal penal del modo que resulte más favorable al imputado conduce directamente a proscribir toda

---

<sup>46</sup> Cfr. mi “Los Principios del Proceso Penal en el Proyecto de Nuevo Código Procesal Penal Chileno”, en *El Proceso en Acción*, Edit. Libromar, Valpo., 2000, p. 558.

posibilidad de limitar su libertad personal sin texto expreso que lo autorice.

En consecuencia, el principio procesal de la interpretación de la ley procesal del modo más favorable al imputado impide que en caso de duda se pueda interpretar la norma imponiendo medidas cautelares que limiten la libertad personal del imputado.

#### b.2) La proscripción de la analogía

Como argumento final –por su peso persuasivo– he dejado el que anticipa el epígrafe: el Código Procesal Penal establece que “las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de algunas de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía” (art. 5º. inc. 2º).

Vuelvo a los inicios: la pregunta consiste en determinar si es posible imponer medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado, teniendo en cuenta dos limitaciones:

- No existe una regla legal expresa que lo autorice;
- No hay, tampoco, una regla legal expresa que haga aplicable, en estos casos, el régimen cautelar personal del procedimiento ordinario.

Bajo este predicamento, es evidente que sólo recurriendo a la analogía se puede llegar a la conclusión de la procedencia de las medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado, pero este camino está expresamente vedado por un texto legal.

#### c) Otros mecanismos de interpretación

Como es sabido, en el debate forense se recurre frecuentemente, por jueces y abogados, a un mecanismo interpretativo de menor jerarquía: se trata de la lectura de las normas en sentido contrario, buscando determinar que si el legislador asignó un efecto a un comportamiento determinado, el comportamiento contrario no puede sino tener un efecto diferente, si no enteramente diferente.

La reflexión me parece pertinente, de cara a la situación producida en relación a la sustanciación de procesos por determi-

nadas faltas: como todos sabemos, en una suerte de verdadera “contrarreforma”, el legislador de la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, autorizó la detención en caso de flagrancia de las faltas enumeradas en el inciso 4° del art. 134 o en los casos del art. 124, solución legal que importa el establecimiento de una notable excepción al principio rector de las medidas cautelares consistente en la observancia de su característica de homogeneidad, que, trasladado al ámbito del proceso penal, se traduce en el denominado principio de proporcionalidad.

Si el sujeto arriesga como pena –es la reflexión– una multa, no hay cómo justificar que en la sustanciación del proceso se le pueda imponer, cautelarmente, una medida privativa de libertad: ésta no sería homogénea, en función de la sentencia que se espera, o resultaría desproporcionada.

En síntesis, si el legislador –modificando el Código– hubo de establecer la procedencia de alguna medida cautelar personal en función de faltas específicamente determinadas, esta normativa constituye la excepción que indica que en relación a los hechos que se sustancia o juzgan en procedimiento simplificado tales medidas son improcedentes.

## CONCLUSIONES

a) En un Estado democrático de Derecho, toda norma que autorice limitaciones a la libertad debe ser interpretada restrictivamente.

b) No puede decretarse una privación o perturbación de la libertad personal sin que un texto legal expreso determine los casos y la forma en que ello acontecerá.

c) Si las normas autorizan que se dispongan medidas cautelares personales en contra del imputado, una **vez formalizada la investigación**, esta exigencia no puede jamás soslayarse.

d) Si existieren dudas en torno a si es o no posible decretar medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado, debe atenderse al principio procesal rector en materia de interpretación de normas procesales que el Código recoge: toda norma procesal debe interpretarse del modo que resulte más favorable al imputado.

e) Como sea, y establecido que no existe ninguna norma dentro de la regulación del procedimiento simplificado que autorice las medidas cautelares personales, sólo podría llegarse a determinar su procedencia por la aplicación analógica de las normas del procedimiento ordinario y, concretamente, analogando la formalización de la investigación con el requerimiento.

f) Sin embargo, las normas que autorizan la restricción de la libertad personal no pueden jamás aplicarse por analogía, lo que descarta todo intento como el que se describe en la letra anterior.

g) Como resultado de lo anterior, expreso mi opinión –en derecho– en el sentido que no es posible imponer medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado.

# ÍNDICE

|                      |   |
|----------------------|---|
| <i>Prólogo</i> ..... | 9 |
|----------------------|---|

## I. GENERALIDADES SOBRE EL PROCESO PENAL

|                                                                                                                                                                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. La seguridad ciudadana y el proceso penal en la sociedad del riesgo .....                                                                                                                                                                                              | 13 |
| A. Profesionalización y delimitación del trabajo policial ...                                                                                                                                                                                                             | 29 |
| a) Acelerar una profesionalización capacitacional y una adecuada ubicación institucional de la policía .....                                                                                                                                                              | 29 |
| b) El reconocimiento y regulación de la discrecionalidad policial .....                                                                                                                                                                                                   | 31 |
| B. Armonizar, en la perspectiva procesal, las nociones del derecho penal mínimo y, sin duda, de acto antes que de autor, y la del derecho penal como última ratio, con la idea de la seguridad ciudadana, la presunción de inocencia y la libertad de los imputados ..... | 32 |
| 2. El Código Procesal Penal de Chile y la experiencia de su implementación .....                                                                                                                                                                                          | 38 |
| 2.1. Breve reseña del nuevo régimen procesal penal chileno ...                                                                                                                                                                                                            | 40 |
| A. Estructura orgánica .....                                                                                                                                                                                                                                              | 41 |
| a) El Ministerio Público .....                                                                                                                                                                                                                                            | 41 |
| b) Los juzgados de garantía .....                                                                                                                                                                                                                                         | 42 |
| c) La Defensoría Penal Pública .....                                                                                                                                                                                                                                      | 43 |
| B. Estructura procedimental .....                                                                                                                                                                                                                                         | 44 |
| 2.2. Modernización del sistema de impartición de justicia .....                                                                                                                                                                                                           | 46 |
| A. Eficacia en la persecución del delito .....                                                                                                                                                                                                                            | 47 |
| B. Eficiencia en la utilización de los recursos .....                                                                                                                                                                                                                     | 48 |
| C. Evaluación general .....                                                                                                                                                                                                                                               | 49 |
| D. Una evaluación exigente .....                                                                                                                                                                                                                                          | 53 |
| 2.3. Persecución penal .....                                                                                                                                                                                                                                              | 54 |
| A. Delincuencia y temor .....                                                                                                                                                                                                                                             | 54 |

|      |                                                                               |    |
|------|-------------------------------------------------------------------------------|----|
| B.   | Consideraciones sobre el Ministerio Público .....                             | 58 |
| a)   | Responsabilidad en el control del delito y satisfacción de las víctimas ..... | 58 |
| b)   | Utilización de los instrumentos procesales y calidad de las decisiones .....  | 61 |
| c)   | Gestión y procesos de trabajo .....                                           | 62 |
| C.   | Consideraciones sobre la Policía .....                                        | 62 |
| a)   | Dinamismo e iniciativa .....                                                  | 64 |
| b)   | Capacitación .....                                                            | 65 |
| c)   | Coordinación e integración institucional .....                                | 66 |
| D.   | Consideraciones sobre los jueces .....                                        | 66 |
| 2.4. | Defensoría Penal Pública .....                                                | 69 |
| a)   | Extensión de la cobertura .....                                               | 69 |
| b)   | Calidad de la defensa .....                                                   | 69 |
| c)   | Licitaciones .....                                                            | 69 |
| A.   | La reforma procesal penal a mitad del camino .....                            | 70 |
|      | Anexo .....                                                                   | 71 |
| 3.   | Reflexiones en torno al futuro procesal .....                                 | 73 |

## II. LA PRUEBA EN EL PROCESO PENAL

|      |                                                                                                           |     |
|------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1.   | La declaración de testigos en la investigación, como condición para su testimonio en el juicio oral ..... | 81  |
| A.   | Características, sentido y finalidad de la investigación del Ministerio Público .....                     | 82  |
| B.   | Un procedimiento y una investigación justos y racionales ..                                               | 88  |
| C.   | Los fundamentos de la nulidad acogida .....                                                               | 89  |
| D.   | La investigación .....                                                                                    | 89  |
| E.   | Las posibilidades de la defensa en la investigación: un tema de consecuencia jurídica y conceptual .....  | 91  |
| F.   | De la prueba recogida durante la investigación .....                                                      | 92  |
| G.   | ¿Opera el sistema de “discovery” en el proceso penal chileno? .....                                       | 94  |
| H.   | Don’t go fishing... ..                                                                                    | 95  |
| I.   | La etapa intermedia .....                                                                                 | 96  |
| 1.1. | Las declaraciones omitidas .....                                                                          | 101 |
| A.   | ¿Influencia en lo dispositivo del fallo? .....                                                            | 102 |
| B.   | Prueba ilegal y prueba ilícita .....                                                                      | 103 |
| C.   | La nulidad procesal: una sanción para la inobservancia del derecho ritual .....                           | 104 |
| D.   | El recurso de nulidad como vía especial de obtención de la declaración de nulidad procesal .....          | 105 |
| E.   | Inobservancia de reglas especiales del recurso de nulidad .....                                           | 106 |
| a)   | Convalidación, en un caso de excepción a la preparación del recurso .....                                 | 106 |

|                                                                                                                                                                                                     |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| b) El saneamiento de la nulidad por la aquiescencia o aceptación de la eventual perjudicada .....                                                                                                   | 107 |
| c) La extensión del efecto invalidante .....                                                                                                                                                        | 109 |
| d) La evidente distorsión del sentido de la causal esgrimida .....                                                                                                                                  | 110 |
| 1.2. Conclusiones .....                                                                                                                                                                             | 111 |
| 2. Prueba pericial por videoconferencia .....                                                                                                                                                       | 113 |
| 2.1. Antecedentes .....                                                                                                                                                                             | 113 |
| 2.2. Inidoneidad de la argumentación anuladora .....                                                                                                                                                | 114 |
| A. Estatuto jurídico que rige la producción de la prueba pericial en el juicio oral .....                                                                                                           | 117 |
| B. Derechos del acusado frente a la prueba contraria a la luz de los tratados internacionales .....                                                                                                 | 118 |
| C. La intermediación .....                                                                                                                                                                          | 118 |
| D. Los tiempos actuales, la ciencia y el proceso .....                                                                                                                                              | 120 |
| E. Los Códigos de Procedimiento Penales chilenos y la tecnología .....                                                                                                                              | 122 |
| F. La videoconferencia .....                                                                                                                                                                        | 124 |
| G. Algunas referencias a la videoconferencia en el Derecho Comparado .....                                                                                                                          | 124 |
| H. La situación chilena y la necesidad de un criterio hermenéutico apropiado .....                                                                                                                  | 126 |
| I. El nuevo sistema de juzgamiento penal .....                                                                                                                                                      | 128 |
| J. Prueba anticipada y prueba en videoconferencia .....                                                                                                                                             | 131 |
| K. Conclusiones .....                                                                                                                                                                               | 131 |
| 3. Prueba ilícita .....                                                                                                                                                                             | 133 |
| A. Una distinción esclarecedora .....                                                                                                                                                               | 138 |
| B. Límites específicos del efecto contaminante .....                                                                                                                                                | 141 |
| a) Criterio de la fuente independiente .....                                                                                                                                                        | 141 |
| b) Criterio del descubrimiento inevitable .....                                                                                                                                                     | 141 |
| c) El principio de la conexión atenuada .....                                                                                                                                                       | 142 |
| 4. Todavía a propósito de la prueba ilícita .....                                                                                                                                                   | 146 |
| 5. Testimonio policial de oídas: ¿eficacia vs. garantismo? .....                                                                                                                                    | 159 |
| 5.1. Análisis .....                                                                                                                                                                                 | 161 |
| A. Deficiencias procedimentales .....                                                                                                                                                               | 161 |
| B. Deficiencias sustantivas .....                                                                                                                                                                   | 163 |
| a) ¿Tiene valor probatorio incriminador, bajo el nuevo Código Procesal Penal, la declaración del imputado? ..                                                                                       | 165 |
| b) ¿Puede rendirse testimonio de oídas acerca de lo que el imputado de un hecho delictual declara después de verificado ese hecho? .....                                                            | 166 |
| c) ¿Constituye el testimonio de oídas que versa sobre los dichos del acusado que ha resuelto guardar silencio posterior una prueba obtenida con inobservancia de las garantías fundamentales? ..... | 168 |
| d) ¿Es renunciable el derecho a guardar silencio? .....                                                                                                                                             | 169 |

|      |                                                                                                                                                                |     |
|------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| e)   | La renuncia a guardar silencio frente a los funcionarios públicos persecutores .....                                                                           | 170 |
| f)   | De los efectos de la falta de observancia de las exigencias y circunstancias previstas en el art. 91: la diferencia entre prueba ilegal y prueba ilícita ..... | 171 |
| g)   | La teoría de los frutos del árbol envenenado y la disponibilidad de los derechos .....                                                                         | 174 |
| h)   | La conducta ilegal y la buena fe .....                                                                                                                         | 175 |
| i)   | Testimonio de oídas o testimonio directo: el tema de la prueba ilícita y la fuente independiente .....                                                         | 175 |
| 5.2. | Conclusiones .....                                                                                                                                             | 177 |
| 6.   | Competencias probatorias y deberes del Tribunal de Juicio Oral .....                                                                                           | 179 |
| 6.1. | Consulta primera .....                                                                                                                                         | 179 |
| A.   | Prueba y audiencia de preparación del juicio oral .....                                                                                                        | 179 |
| a)   | ¿Cómo expresa su decisión respecto de estos puntos el juez de garantía? .....                                                                                  | 181 |
| b)   | Impugnación del auto de apertura del juicio oral ...                                                                                                           | 181 |
| c)   | Historia fidedigna del establecimiento del art. 277 ..                                                                                                         | 181 |
| B.   | Tribunales de Juicio Oral y jueces de garantía .....                                                                                                           | 183 |
| C.   | De la modificación de las resoluciones judiciales .....                                                                                                        | 185 |
| D.   | La impugnación de resoluciones en el Código Procesal Penal .....                                                                                               | 186 |
| E.   | La competencia del Tribunal de Juicio Oral en lo penal .....                                                                                                   | 187 |
| F.   | Atribuciones disciplinarias del Tribunal de Juicio Oral en lo penal .....                                                                                      | 188 |
| G.   | ¿Es impugnabile el auto de apertura del juicio oral? ....                                                                                                      | 189 |
| H.   | De las consecuencias de constituir “el auto” de apertura del juicio oral una sentencia interlocutoria .....                                                    | 191 |
| I.   | ¿Cosa juzgada o preclusión? .....                                                                                                                              | 191 |
| 6.2. | Consulta segunda .....                                                                                                                                         | 195 |
| 7.   | Atribuciones del tribunal que conoce del recurso de nulidad en relación a los hechos consignados en la sentencia .....                                         | 198 |
| 7.1. | Los hechos .....                                                                                                                                               | 198 |
| A.   | Hechos acreditados por el Tribunal de Juicio Oral .....                                                                                                        | 198 |
| B.   | Las afirmaciones de la Corte de Apelaciones de Temuco .                                                                                                        | 199 |
| C.   | La causal de nulidad invocada en función de la competencia del tribunal y la naturaleza del recurso .....                                                      | 200 |
| D.   | El recurso de casación en el fondo recogido en el de nulidad .....                                                                                             | 202 |
| E.   | Las hipótesis de dictación de sentencia de reemplazo en abono a lo que se afirma y como elementos enjuiciadores del fallo de la corte .....                    | 206 |
| F.   | La tipificación del delito de robo con fuerza en las cosas .                                                                                                   | 208 |
| G.   | La sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco y el recurso sometido a su decisión .....                                                                    | 209 |
| 7.2. | Conclusiones .....                                                                                                                                             | 211 |



|                                                                                                                                             |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 8. De las posibilidades de investigar que tiene la defensa en el nuevo sistema procesal penal chileno: al final, un problema de pruebas . . | 213 |
| 8.1. La Ley de la Defensoría Penal Pública . . . . .                                                                                        | 214 |
| 8.2. Conclusiones . . . . .                                                                                                                 | 225 |

### III. LOS SUJETOS

|                                                                                                                                                                      |     |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. "Vicios formales" de la acusación: un reproche defensivo . . . . .                                                                                                | 229 |
| 1.1. Desarrollo . . . . .                                                                                                                                            | 229 |
| A. ¿Por qué razón se autoriza por la ley a "corregir el procedimiento" cuando se comprueba la existencia de un vicio formal? . . . . .                               | 234 |
| B. Las potestades del órgano jurisdiccional que ejerce competencia penal y las atribuciones constitucionales y legales del Ministerio Público . . . . .              | 235 |
| C. La sentencia de la Corte, la nulidad procesal penal y los riesgos que se persigue evitar . . . . .                                                                | 237 |
| D. La sujeción del fiscal al principio de legalidad y los efectos vinculantes de sus decisiones . . . . .                                                            | 238 |
| E. ¿Existe "vicio formal"? . . . . .                                                                                                                                 | 240 |
| 1.2. Conclusiones . . . . .                                                                                                                                          | 243 |
| 2. Estándares de actuación de la defensa penal . . . . .                                                                                                             | 244 |
| 2.1. Antes de la celebración de la audiencia de control de la detención . . . . .                                                                                    | 246 |
| 2.2. Durante la audiencia de control de la detención . . . . .                                                                                                       | 248 |
| 2.3. Concluida la audiencia de control de la detención . . . . .                                                                                                     | 249 |
| 2.4. Formalización de la investigación en casos diversos a la flagrancia . . . . .                                                                                   | 251 |
| 2.5. De la investigación . . . . .                                                                                                                                   | 251 |
| 2.6. Suspensión condicional del procedimiento . . . . .                                                                                                              | 252 |
| 2.7. Celebración de acuerdos reparatorios . . . . .                                                                                                                  | 253 |
| 2.8. De la nulidad procesal . . . . .                                                                                                                                | 254 |
| 2.9. Del cierre de la investigación . . . . .                                                                                                                        | 254 |
| 2.10. De la preparación del juicio oral . . . . .                                                                                                                    | 255 |
| 2.11. Del juicio oral . . . . .                                                                                                                                      | 257 |
| 2.12. Recursos . . . . .                                                                                                                                             | 258 |
| 3. ¿Tiene el Ministerio Público derecho a un debido proceso? El recurso de nulidad del fiscal basado en la letra a) del art. 373 del Código Procesal Penal . . . . . | 260 |
| 3.1. Introducción . . . . .                                                                                                                                          | 260 |
| 3.2. El régimen procedimental del proceso penal chileno . . . . .                                                                                                    | 260 |
| 3.3. Acerca de un proceso debido . . . . .                                                                                                                           | 266 |
| 3.4. Conclusiones . . . . .                                                                                                                                          | 268 |
| 4. El juez de garantía . . . . .                                                                                                                                     | 270 |
| A. Hacia dónde se dispensa la jurisdicción de garantía del juez: los sujetos de la garantía . . . . .                                                                | 276 |

|      |                                                                                                                                          |     |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| B.   | Competencia conservadora del juez de garantía en función del imputado .....                                                              | 277 |
| a)   | Antes de la judicialización .....                                                                                                        | 278 |
| b)   | Después de la formalización .....                                                                                                        | 283 |
| 5.   | La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno ..                                                                     | 284 |
| 5.1. | Introducción .....                                                                                                                       | 284 |
| 5.2. | El estatuto constitucional protector de la víctima .....                                                                                 | 286 |
| 5.3. | La "víctima" en el Código antiguo .....                                                                                                  | 288 |
| A.   | Problemas de denominaciones (de la víctima, del ofendido, de la persona agraviada y de la perjudicada) .....                             | 288 |
| B.   | Derechos y facultades de la víctima .....                                                                                                | 292 |
| a)   | La situación de la víctima en el delito de lesiones ...                                                                                  | 292 |
| b)   | Garantías materiales y procesales a la víctima que se defiende .....                                                                     | 293 |
| C.   | Derechos procesales de la víctima en el antiguo Código ..                                                                                | 293 |
| D.   | Los derechos patrimoniales de la víctima en este Código ..                                                                               | 295 |
| E.   | La víctima como órgano de prueba .....                                                                                                   | 295 |
| a)   | La víctima y las medidas cautelares .....                                                                                                | 296 |
| b)   | La renovación del Código actual .....                                                                                                    | 296 |
| 5.4. | De la víctima en el nuevo Código .....                                                                                                   | 301 |
| a)   | La protección de la víctima (el derecho de protección) .....                                                                             | 302 |
| b)   | El derecho de intervención .....                                                                                                         | 305 |
| c)   | El derecho de audiencia .....                                                                                                            | 308 |
| d)   | El derecho de impugnación .....                                                                                                          | 311 |
| e)   | Otros derechos de las víctimas .....                                                                                                     | 314 |
| 5.5. | La víctima colectiva .....                                                                                                               | 314 |
| 5.6. | Conclusiones .....                                                                                                                       | 317 |
| 6.   | Principio de inocencia y destitución de jueces (a propósito de las diferencias entre requerimiento y acusación en el nuevo Código) ..... | 318 |
| 6.1. | El derecho sancionatorio .....                                                                                                           | 319 |
| 6.2. | Principio de inocencia y sanción .....                                                                                                   | 322 |
| 6.3. | El principio de reserva o garantía legal .....                                                                                           | 325 |
| 6.4. | La suspensión de los efectos de la sentencia .....                                                                                       | 328 |
| 6.5. | Conclusiones .....                                                                                                                       | 333 |
| 7.   | Desafíos de la policía en el tiempo presente .....                                                                                       | 335 |
| 7.1. | Criterios de distinción entre policía de seguridad o administrativa y policía judicial .....                                             | 337 |
| 7.2. | Factores para el buen funcionamiento de una policía judicial .....                                                                       | 339 |
| A.   | Apolititud .....                                                                                                                         | 340 |
| B.   | Organización civilista .....                                                                                                             | 340 |
| C.   | Control .....                                                                                                                            | 341 |
| D.   | Ubicación .....                                                                                                                          | 342 |
| 7.3. | La actuación de la policía de cara a la sentencia penal .....                                                                            | 342 |

|                                                                                                                                   |     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 7.4. ¿Es la tarea policial diferente hoy a la tarea policial del siglo XIX? ¿O a la que se verificó en etapas anteriores? . . . . | 344 |
| 7.5. Seguridad ciudadana . . . . .                                                                                                | 345 |
| 7.6. Hacia la sociedad del riesgo . . . . .                                                                                       | 346 |
| 7.7. Conclusiones . . . . .                                                                                                       | 354 |
| 8. De fiscales, defensores y jueces . . . . .                                                                                     | 356 |
| 9. Consideraciones históricas y dogmáticas sobre el desafuero de parlamentarios . . . . .                                         | 372 |
| 9.1. Antecedentes del desafuero en Chile . . . . .                                                                                | 372 |
| 9.2. La formación de causa . . . . .                                                                                              | 376 |
| A. Los textos constitucionales . . . . .                                                                                          | 378 |
| B. La importancia del procesamiento . . . . .                                                                                     | 378 |
| 9.3. ¿Qué requisitos deben concurrir para que respecto de una persona aforada se disponga que “ha lugar a formar causa”? . .      | 380 |
| A. Antes de la vigencia del Código de Procedimiento Penal . .                                                                     | 380 |
| B. Vigente el Código de Procedimiento Penal . . . . .                                                                             | 381 |
| C. El método sistemático de interpretación . . . . .                                                                              | 382 |
| D. La historia de la Constitución Política de la República vigente . . . . .                                                      | 384 |
| E. El Código Procesal Penal como elemento determinante en la conclusión interpretativa que se propone . . . . .                   | 387 |
| 9.4. Primeras conclusiones . . . . .                                                                                              | 388 |
| 9.5. La sentencia de la Corte de Apelaciones . . . . .                                                                            | 388 |
| 9.6. Conclusiones finales . . . . .                                                                                               | 394 |

#### IV. MEDIDAS CAUTELARES

|                                                                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 1. Auge ¿y caída? de las medidas cautelares alternativas . . . . .                                                                               | 397 |
| 1.1. Las medidas alternativas a la prisión preventiva . . . . .                                                                                  | 409 |
| A. Medidas cautelares alternativas a la prisión decretadas en el nuevo sistema procesal penal chileno hasta el 31 de diciembre de 2003 . . . . . | 411 |
| B. Libertad bajo controles tecnológicos . . . . .                                                                                                | 411 |
| C. Libertad bajo caución . . . . .                                                                                                               | 412 |
| D. Arraigo . . . . .                                                                                                                             | 412 |
| 1.2. La doctrina de la seguridad ciudadana y el futuro de las medidas cautelares alternativas . . . . .                                          | 415 |
| ANEXO . . . . .                                                                                                                                  | 418 |
| 1) Código Procesal Penal Chileno . . . . .                                                                                                       | 418 |
| 2) Código Procesal Penal del Perú . . . . .                                                                                                      | 419 |
| 3) Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica . . . . .                                                                                      | 420 |
| 4) Código Procesal Penal de la Provincia Argentina de Buenos Aires . . . . .                                                                     | 421 |
| 5) Código de Procedimiento Penal de Bolivia . . . . .                                                                                            | 422 |
| 6) Código de Procedimiento Penal de la Provincia Argentina de Neuquén . . . . .                                                                  | 423 |

|                                                                       |     |
|-----------------------------------------------------------------------|-----|
| 7) Código Procesal Penal de la Provincia Argentina de Chubut .....    | 424 |
| 8) Código del Proceso Penal del Uruguay .....                         | 425 |
| 9) Ley chilena de violencia intrafamiliar (Nº 19.325) .....           | 426 |
| 2. ¿Medidas cautelares personales en el procedimiento simplificado? . | 427 |
| Conclusiones .....                                                    | 431 |

