

DERECHO PROCESAL PENAL

Cristián Maturana Miquel
Raúl Montero López

TOMO I

DERECHO Y PROCESO

CRISTIÁN MATURANA MIQUEL
RAÚL MONTERO LÓPEZ

DERECHO PROCESAL PENAL

TOMO I



DERECHO PROCESAL PENAL TOMO I

© CRISTIAN MATURANA MIQUEL - RAÚL MONTERO LÓPEZ

2010 Legal Publishing Chile • Miraflores 383, piso 10, Santiago, Chile • Teléfono: 600 700 8000 • www.legalpublishing.cl

I.S.B.N. Obra Completa 978 - 956 - 238 - 913 - 6

Registro de Propiedad Intelectual N° 193.316 • I.S.B.N. Tomo I 978 - 956 - 238 - 914 - 3

1ª edición julio 2010 Legal Publishing Chile

Tiraje: 1000 ejemplares

Impresores: CyC Impresores - San Francisco 1434, Santiago

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE



ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor. El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento, de la presente publicación, queda expresamente prohibido. Usos infractores pueden constituir delito.

COLECCIÓN DERECHO Y PROCESO

Director:

Prof. Dr. Raúl Núñez Ojeda
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Consejo de Dirección:

Prof. Dr. Álvaro Pérez Ragone
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Prof. Dr. Diego Palomo Vélez
Universidad de Talca.

Prof. Dra. Pía Tavorari Goycoolea
Universidad Diego Portales.

Consejo Asesor:

Prof. Dra. Maite Aguirrezábal
Universidad de los Andes.

Prof. Dr. Jorge Bofill Genzsch
Universidad de Chile.

Prof. Dr. Andrés Bordali Salamanca
Universidad Austral.

Prof. Dr. Lúie Cadiet
Universidad de París (Francia).

Prof. Dr. Gonzalo Cortez Matcovich
Universidad de Concepción.

Prof. Sr. Santiago Garderes
Universidad de la República Oriental del Uruguay.

Prof. Dr. Juan Carlos Marín González
Instituto Tecnológico Autónomo de México
(ITAM).

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
Universidad Federal de Paraná (Brasil).

Prof. Sr. Cristián Maturana Miquel.
Universidad de Chile.

Prof. Sr. Juan José Monroy Palacios
Pontificia Universidad Católica del Perú.

Prof. Dr. Jordi Nieva Fenoll
Universidad de Barcelona (España).

Prof. Dr. Andrés de la Oliva Santos
Universidad Complutense (España).

Prof. Dr. Hans Prütting
Universidad de Colonia (Alemania).

Prof. Dr. Francisco Ramos Méndez
Universidad Pompeu Fabra (España).

Prof. Dr. Carlos del Río Ferretti
Universidad Católica del Norte.

Prof. Dr. Alejandro Romero Seguel
Universidad de los Andes.

Prof. Dr. Rolf Stürmer
Universidad de Friburgo (Alemania).

Prof. Sr. Raúl Tavorari Oliveros
Universidad de Chile.

Prof. Sr. Gabriel Valentín
Universidad de la República Oriental
del Uruguay.

Prof. Sr. Jorge Vial Álamos
Pontificia Universidad Católica de Chile.

Fines de la colección

La colección Derecho y Proceso tiene por misión la publicación de trabajos científicos, tanto de autores nacionales como extranjeros, de referencia en el ámbito de la dogmática procesal (civil, penal, constitucional e internacional). Efectivamente, la citada colección pretende ser un aporte a la comunidad científica para la discusión de las nuevas instituciones y problemas que afectan a los sistemas procesales contemporáneos.

Publicación de escritos

La colección Derecho y Proceso publica aquellos trabajos que han superado una evaluación anónima realizada por especialistas en las materias, con arreglo a los estándares usuales en la comunidad académica internacional.

Los autores interesados en publicar en esta colección deberán enviar sus manuscritos en documento Word a la dirección de correo electrónico siguiente: raul.nunez@legalpublishing.cl

Los datos personales del autor deben ser aportados en documento aparte y el manuscrito no debe contener ninguna referencia directa o indirecta que permita identificar al autor.

ALGUNAS ABREVIATURAS USADAS

C. Civ.	: Código Civil
C. de Procedimiento P.	: Código de Procedimiento Penal
C.N.	: Constitucional Nacional argentina
COT	: Código Orgánico de Tribunales
CPC	: Código de Procedimiento Civil
C. Penal	: Código Penal
CPI	: Corte Penal Internacional
CPP	: Código Procesal Penal
CPR	: Constitución Política de la República
D.F.L.	: Decreto con Fuerza de Ley
D.L.	: Decreto Ley
LOC	: Ley Orgánica Constitucional
LOC Min. Público	: Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público
TC	: Tribunal Constitucional

ÍNDICE

TOMO I

	Página
IN MEMORIAM	XVII

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO PENAL Y LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

I. EL PROCESO PENAL COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO PENAL	1
1. EL CONFLICTO EN GENERAL Y SU CONFIGURACIÓN PROCESAL PENAL	1
2. LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL PROCESO PENAL.....	5
3. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS	6
3.1 La autotutela o autodefensa	6
3.2. La autocomposición.....	9
A. Formas autocompositivas unilaterales.....	13
a) La renuncia.....	13
b) El desistimiento	14
c) El allanamiento.....	16
B. Formas autocompositivas bilaterales	16
a) La transacción y avenimiento.....	17
b) La conciliación	17
c) La suspensión condicional del procedimiento	18
d) Los acuerdos reparatorios	19
3.3 El proceso	22
3.3.1. El debido proceso	28
II. EL DERECHO PROCESAL PENAL.....	32
1. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL.....	32
2. CARÁCTER INSTRUMENTAL CALIFICADO DEL DERECHO PROCESAL PENAL	38
3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUYE UNA UNIDAD	40

	Página
4. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL	42
4.1 Función material o política	42
4.2 Función formal	44
5. NATURALEZA DE LAS NORMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL	44
5.1. Las normas de derecho procesal penal pertenecen al derecho público	44
5.2. Las normas de derecho procesal penal son de derecho interno	45
5.2.1. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional	48
5.3. Las normas de derecho procesal penal son instrumentales y no meramente adjetivas o formales.	51
6. FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL	52
6.1. Constitución Política de la República	53
6.2. La ley	73
A. Código Orgánico de Tribunales	76
B. Código de Procedimiento Penal	77
C. Código Procesal Penal	78
6.3. Los tratados internacionales	80
6.4. La jurisprudencia	84
6.5. La doctrina	86
6.6. La costumbre	86
7. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL PENAL	87
8. VINCULACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON OTRAS RAMAS JURÍDICAS	89
8.1. Vinculación del Derecho procesal penal con la Constitución Política de la República	89
8.2. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Penal	90
8.3. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Internacional	90
8.4. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Privado	90
III. LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES Y SUS PRINCIPIOS	91
1. GENERALIDADES	91
2. SISTEMA ACUSATORIO	92
3. SISTEMA INQUISITIVO	93
4. SISTEMAS MIXTOS	94
IV. EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL	95
1. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	95

	Página
2. REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL	99
2.1. El Código Procesal Penal	103
3. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL	106
3.1 Principios del sistema procesal penal	107
A. Principio acusatorio	107
B. Principio de la oficialidad	108
C. Principio de legalidad	111
C.1. Legalidad de medidas privativas o restrictivas de liber- tad	113
3.2 Garantías del sistema procesal penal	113
A. Derecho a ser juzgado por un tribunal independiente, impar- cial y establecido por la ley con anterioridad a la comisión del hecho	114
B. Derecho a ser juzgado en un juicio previo, oral y público para la imposición de una pena o medida de seguridad.	118
C. Derecho a juzgamiento en plazo razonable	123
D. Derecho de defensa	126
D.1. Fuentes del derecho de defensa	126
D.2. Concepto del derecho de defensa	129
D.3. El derecho de defensa en el proceso penal	130
D.4. Características de la defensa técnica	135
3.3. Derecho a la presunción de inocencia	141
3.4. Derecho a una sentencia fundada	146
3.5. <i>Non bis in idem</i> o prohibición de la persecución penal múltiple	148
3.6. Responsabilidad del Estado por el error judicial	150

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS SUJETOS PROCESALES

I. REGULACIÓN	155
II. CONSIDERACIONES GENERALES	157
III. EL TRIBUNAL	158
1. LOS JUZGADOS DE GARANTÍA	161
1.1. Reglamentación	161
1.2. Concepto	161
1.3. Requisitos y Nombramiento	161
1.4. Características	162
1.5. Territorio en que ejercen sus funciones	163
1.6. Competencia	163

	Página
2. TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL.....	165
2.1. Reglamentación	165
2.2. Concepto.....	166
2.3. Requisitos y nombramiento.....	166
2.4. Características.....	166
2.5. Territorio en que ejercen sus funciones	168
2.6. Competencia.....	168
3. EL COMITÉ DE JUECES, SU PRESIDENTE Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS JUZGADOS DE GARANTÍA Y DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL	169
3.1. Existencia del comité de jueces	169
3.2. Composición del comité de jueces	170
3.3. Funcionamiento del comité de jueces.....	170
3.4. Facultades del comité de jueces	170
3.5. El juez presidente del comité de jueces	171
3.6. La organización administrativa de los juzgados de garantía y de los tribunales orales en lo penal	171
4. LAS CORTES DE APELACIONES	172
4.1. Reglamentación	172
4.2. Características.....	172
4.3. Competencia.....	173
5. LA CORTE SUPREMA	175
5.1. Reglamentación	175
5.2. Características.....	175
5.3. Sede y funcionamiento de la Corte Suprema	176
5.4. Competencia de la Corte Suprema	176
IV. EL MINISTERIO PÚBLICO	180
1. REGLAMENTACIÓN.....	180
2. CONCEPTO.....	182
3. CARACTERÍSTICAS	183
3.1. Naturaleza pública.....	183
3.2. Regulación mediante LOC	184
3.3. Autonomía del Ministerio Público	185
a) Control político	187
b) Control procesal	188
c) Control disciplinario y administrativo.....	189
d) Control jurisdiccional.....	190
3.4. Jerarquización del Ministerio Público.....	190

	Página
3.5. Presencia nacional con división administrativa en regiones.....	197
3.6. Existencia gradual en diversas regiones del país.....	197
3.7. Atribuciones respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de su LOC.....	198
3.8. Responsabilidad de los fiscales	198
3.9. Naturaleza administrativa de sus funciones.....	201
4. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.....	201
4.1 Dirección exclusiva de la investigación de los delitos.....	202
i) Principio de la oficialidad.....	206
ii) Principio de legalidad.....	207
iii) Principio de la objetividad.....	207
iv) Principio de eficiencia	209
v) Principio de probidad	210
vi) Principio de transparencia	210
4.2 Ejercicio de la acción penal pública	213
4.3 Protección de víctimas y testigos	214
5. FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO	215
5.1. Calidades y requisitos.....	215
5.2. Designación y cesación en el cargo.....	217
5.3. Inhabilidades, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones	219
5.4. Atribuciones de los fiscales	221
5.5. Fuero.....	223
5.6. Responsabilidad política.....	223
6. VIGENCIA E IRRETROACTIVIDAD	225
V. LA POLICÍA.....	227
1. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA POLICÍA.....	227
2. FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LA POLICÍA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL.....	232
2.1. Función de investigación de los delitos bajo las órdenes del Fiscal.....	232
2.2. Actuaciones de la policía sin orden previa, autónomas o de oficio.....	234
a) Prestar auxilio a la víctima.....	234
b) Practicar la detención en caso de flagrancia.....	235
c) Resguardar el sitio del suceso	235
d) Identificar a los testigos.....	236
e) Recibir las denuncias del público e informarlas inmediata- mente por el medio más expedito al Ministerio Público.....	236
f) El Control de Identidad de Personas	236

	Página
g) Citación en caso de Flagrancia.....	237
h) Entrada y registro en lugares de libre acceso público	237
i) Entrada y registro en lugares cerrados	237
j) Interrogatorio al imputado.....	238
2.3 Prohibición de informar.....	240
VI. EL IMPUTADO.....	240
1. CONCEPTO DE IMPUTADO.....	240
2. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE PUEDA LLEVARSE A EFECTO VÁLIDAMENTE UN JUICIO EN EL CUAL PUEDA SER CONDENADO UN IMPUTADO	242
A. Debe tratarse de una persona natural.....	242
B. Debe estar vivo	244
C. Debe ser personalmente responsable del delito o cuasidelito	244
D. Debe tratarse de una persona imputable.....	245
E. Debe estar presente en el juicio	246
F. Deben haberse llevado a cabo los procedimientos previos o antejuicios contemplados en ciertos casos para que una persona sea juzgada penalmente	246
3. MOMENTO DESDE Y HASTA EL CUAL UNA PERSONA REVISTE EL CARÁCTER DE IMPUTADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL.....	247
4. DIVERSAS ETAPAS POR LAS CUALES PUEDE ATRAVESAR UN IMPUTADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL	250
PRIMERA ETAPA: IMPUTADO INFORMAL O NO FORMALIZADO.....	250
SEGUNDA ETAPA: IMPUTADO DETENIDO.....	251
TERCERA ETAPA: IMPUTADO FORMAL O FORMALIZADO	251
CUARTA ETAPA: IMPUTADO CITADO, SUJETO A UNA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DEL ARTÍCULO 155 O PRESO.	251
QUINTA ETAPA: IMPUTADO BENEFICIADO POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD, SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO O ACUERDO REPARATORIO	251
SEXTA ETAPA: IMPUTADO SOBRESEÍDO O ACUSADO.....	252
SÉPTIMA ETAPA: IMPUTADO ACUSADO O SOMETIDO A JUICIO	252
OCTAVA ETAPA: IMPUTADO CONDENADO O ABSUELTO.....	253
NOVENA ETAPA: CONDENADO REMATADO.....	253
DÉCIMA ETAPA: CONDENADO QUE SE ENCUENTRA CUMPLIENDO CONDENA O SUJETO A ALGUNA DE LAS MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA EN LIBERTAD.....	253
5. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO.....	254
5.1. Consideraciones generales.....	254
5.2. Principales derechos del imputado	258

	Página
5.2.1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes.....	259
5.2.2. Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación.....	260
5.2.3. Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen.....	262
5.2.4. Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación.....	263
5.2.5. Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare.....	263
5.2.6. Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare.....	264
5.2.7. Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento.....	264
5.2.8. No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes.....	266
5.2.9. No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía.....	267
5.3. Derechos del imputado privado de libertad.....	268
5.3.1. Conocer el motivo de su detención.....	268
5.3.2. Ser informado.....	269
5.3.3. Guardar silencio.....	269
5.3.4. Declarar.....	269
5.3.5. No ser tratado como culpable.....	269
5.3.6. A que se sepa que está detenido.....	269
5.3.7. Comunicarse y ser visitado.....	269
5.3.8. Ser asistido por un abogado.....	269
5.3.9. Plazos de la detención.....	269
5.3.10. Que un Juez se pronuncie sobre su detención.....	270
VII. LA DEFENSA.....	270
I. LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y JUSTIFICACIÓN DE SU ESTABLECIMIENTO EN CHILE.....	273

	Página
2. OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA	276
3. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA.....	277
4. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA.....	279
4.1. Subsistema público.....	279
4.1.1. Defensoría nacional.....	279
a) El Defensor Nacional	279
b) Director administrativo nacional	281
c) Unidades administrativas.....	281
4.1.2. Defensorías Regionales	281
4.1.3. Defensorías locales.....	283
4.2. Subsistema privado.....	283
a) Consejo de licitaciones de la Defensa Penal Pública	284
b) El Comité de adjudicación regional, las licitaciones y los convenios directos	285
4.2.1. La licitación.....	286
4.2.2. Convenios directos	287
5. DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR EN EL CASO PARTICULAR	287
6. SISTEMAS DE CONTROL RECLAMACIONES Y SANCIONES	288
1. Inspecciones y auditorías externas	288
2. Auditorías externas.....	288
3. Informes.....	289
4. Reclamaciones.....	290
4.1.Reclamaciones ante la defensoría regional	290
4.2.Reclamaciones ante el defensor nacional.....	291
7. RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA.....	291
7.1. Responsabilidad de los defensores locales	291
7.2. Responsabilidad de los prestadores de defensa penal	291
VIII. LA VÍCTIMA.....	292
1. INTERVENCIÓN Y PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL	292
1.1. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva	296
2. DEBER DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA	298
3. CONCEPTO DE VÍCTIMA	305
4. DERECHOS DE LA VÍCTIMA.....	311
4.1. Ser atendida	311
4.2. Recibir un trato digno	312
4.3. Denunciar el delito	312
4.4. Ser informada	313
4.5. Solicitar protección	313

	Página
4.6. Obtener reparación.....	316
4.7. Ser escuchada.....	316
4.8. Interponer querella.....	318
4.9. Participar en el proceso.....	319
4.10. Reclamar.....	319
IX. EL QUERELLANTE.....	320
1. CONCEPTO.....	320
2. SUJETOS QUE PUEDEN QUERELLARSE.....	321
a) Personas legitimadas para querellarse conforme a lo establecido por el legislador.....	325
b) Personas afectas a una prohibición legal para querellarse.....	328
3. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO FRENTE A LA QUERELLA.....	328
a) Forma y contenido de la querella.....	328
b) Cumplimiento de <i>ius postulandi</i>	329
c) Receptor de la querella.....	329
d) Oportunidad de presentación de la querella.....	329
e) Actitudes del tribunal frente a la querella.....	329
f) Término de la querella.....	330
X. EL ACTOR CIVIL.....	332

CAPÍTULO TERCERO

LA ACCIÓN

I. LA ACCIÓN PENAL.....	335
1. GENERALIDADES.....	335
2. CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL.....	336
II. LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA.....	336
1. CONCEPTO.....	336
2. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA.....	337
3. LAS INHABILIDADES O INCAPACIDADES PARA EJERCER LA ACCIÓN PENAL.....	338
4. EL DEBER DE EJERCICIO O CARÁCTER FACULTATIVO DE SU EJERCICIO. PER- SONAS QUE DEBEN O PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA.....	339
5. PERSONAS EN CONTRA DE LAS CUALES PUEDE EJERCERSE LA ACCIÓN PENAL.....	340
a) Debe tratarse de una persona natural.....	340
b) Debe estar vivo.....	340
c) Debe ser personalmente responsable del delito o cuasidelito.....	341

	Página
d) Debe tratarse de una persona imputable	341
e) Debe estar presente en el juicio	341
f) Deben haberse llevado a cabo los procedimientos previos o antejuicios contemplados en ciertos casos para que una persona sea juzgada penalmente	341
6. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA	342
a) Necesaria	342
b) Indivisible	342
c) Irretractable	342
d) Su ejercicio no debe ser caucionado	343
e) El que ejerce la acción penal pública es responsable penal y civilmente en caso de resultar ella calumniosa	344
f) La acción penal prescribe	344
g) La acción penal pública es abandonable por parte del quere- llante	345
III. LA ACCIÓN PENAL PREVIA INSTANCIA PARTICULAR	346
1. CONCEPTO	346
2. DELITOS DE ACCIÓN PENAL PREVIA INSTANCIA PARTICULAR	346
IV. LA ACCIÓN PENAL PRIVADA	349
1. CONCEPTO	349
2. PERSONA QUE PUEDE EJERCER LA ACCIÓN PENAL PRIVADA	349
3. DELITOS RESPECTO DE LOS CUALES SE CONTEMPLA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA	350
4. CARACTERÍSTICAS	351
a) La acción penal privada es retractable	351
b) La acción penal privada es transigible	352
c) La acción penal privada se extingue por el perdón del ofendido	352
d) La acción penal privada es divisible	352
e) La acción penal privada es abandonable	352
V. LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL	353
1. CONCEPTO	354
2. CLASIFICACIÓN	354
3. LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA	354
3.1. Las acciones civiles indemnizatorias especiales	354
3.2. Las acciones indemnizatorias generales	354
4. LA ACCIÓN RESTITUTORIA O MERAMENTE RESTITUTORIA	356
5. SUJETO ACTIVO DE LA ACCIÓN CIVIL	356

	Página
6. SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN CIVIL	357
7. OPORTUNIDAD Y TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA.....	357
8. CARACTERÍSTICAS	360
9. PRUEBA DE LA ACCIÓN CIVIL	365

CAPÍTULO CUARTO COMPETENCIAS Y DISPOSICIONES COMUNES

COMPETENCIA Y DISPOSICIONES COMUNES	367
PRIMERA PARTE: LA COMPETENCIA	367
I. LA COMPETENCIA	367
1. GENERALIDADES	367
2. REGLAS DE LA COMPETENCIA. CLASIFICACIÓN	369
3. LAS REGLAS GENERALES DE LA COMPETENCIA.....	369
3.1. Concepto y características	369
3.2. Enunciación	369
4. REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA DE LA RADICACIÓN O FIEZA.....	369
4.1. Concepto.....	369
4.2. Elementos que deben concurrir para que se produzca la radica- ción del asunto ante un tribunal.	370
4.3. Momento a partir del cual se entiende radicado un asunto ante el tribunal competente	371
4.4. Excepciones a la regla de la radicación.....	373
5. REGLA DEL GRADO O JERARQUÍA	375
5.1. Concepto.....	375
5.2. Elementos para que opere la regla del grado o jerarquía.....	376
6. REGLA DE LA EXTENSIÓN	376
6.1. Concepto.....	376
6.2. Regla de la extensión en materia penal	377
7. REGLA DE LA PREVENCIÓN O INEXCUSABILIDAD	381
7.1. Concepto.....	381
7.2. Elementos que deben concurrir para la aplicación de la regla	381
8. REGLA DE LA EJECUCIÓN.....	382
8.1. Concepto.....	382
9. LAS REGLAS ESPECIALES DE LA COMPETENCIA.....	384
9.1. GENERALIDADES	384

	Página
10. REGLAS DE LA COMPETENCIA ABSOLUTA.....	384
10.1. Generalidades.....	384
10.2. La cuantía en los asuntos penales y su relación con los procedimientos.....	385
A. Faltas.....	385
B. Crímenes y simples delitos.....	386
C. Los crímenes o simples delitos de acción penal pública, previa instancia particular.....	387
11. REGLAS DE COMPETENCIA RELATIVA EN ASUNTOS PENALES.....	387
11.1. Delitos cometidos dentro del territorio nacional.....	388
A. Comisión de un solo delito.....	388
B. Comisión de varios delitos.....	388
11.2. Delitos cometidos en el extranjero.....	390
12. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	390
FORMAS DE HACER VALER LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	390
12.1. De oficio por el tribunal.....	391
12.2. Por vía incidental.....	391
A. DECLINATORIA DE COMPETENCIA.....	391
B. INHIBITORIA DE COMPETENCIA.....	391
C. EL INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL.....	393
D. EL RECURSO DE NULIDAD.....	393
13. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS.....	393
14. LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES.....	394
14.1. Causales.....	394
14.2. Paralelo entre las implicancias y recusaciones.....	395
14.3. Recusación de abogados integrantes.....	396
14.4. Abandono de la implicancia y recusación.....	396
14.5. Renovación.....	397
SEGUNDA PARTE: DISPOSICIONES COMUNES.....	397
II. DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO.....	397
1.1. Generalidades.....	397
1.2. Reglas supletorias.....	397
2. LOS PLAZOS.....	398
3. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN A AUTORIDADES Y ÓRGANOS DEL Es- TADO.....	399
3.1. Solicitudes entre tribunales nacionales.....	400
3.2. Solicitudes de asistencia internacional.....	400
4. CITACIONES ADMINISTRATIVAS Y COMUNICACIONES DEL MINISTERIO PÚ- BLICO.....	400

	Página
5. NOTIFICACIONES Y CITACIONES JUDICIALES	401
5.1. Notificaciones judiciales	401
5.2. Tipos de notificaciones	401
A. Notificación personal.....	402
B. Notificación por cédula	404
C. Notificación por el estado diario	405
D. Otras formas de notificación	406
5.3. Funcionarios habilitados.....	406
6. CITACIONES JUDICIALES	407
7. REGISTRO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES.....	408
7.1. Reglas generales	409
7.3. Valor registro del juicio oral	409
7.4. Conservación, reconstitución y examen de los registros	409
7.5. Incorporación de las nuevas tecnologías en los Tribunales de Justicia	410
7.6. La carpeta electrónica o digital.....	411
7.7. Autoacordado sobre procedimientos para juzgados que tramitan con carpeta electrónica. Acta N° 91	415
7.8. El uso de la carpeta electrónica en los sistemas comparados	416
8. RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES	419
8.1. Plazos para dictar las resoluciones	420
8.2. Firma de las resoluciones	420
8.3. Autoacordado sobre uso de documento y firma electrónica en el Poder Judicial	421
9. LAS COSTAS	421

CAPÍTULO QUINTO

LAS MEDIDAS CAUTELARES

I. EL PROCESO PENAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES	423
II. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	426
1. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL Y LAS MEDIDAS CAU- TELARES	426
2. GARANTÍA AFECTADA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	428
3. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL	429
3.1. La legalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	429

	Página
3.2. La jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	431
3.3. La instrumentalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	433
3.4. La excepcionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	433
3.5. La necesidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	438
3.6. La proporcionalidad u homogeneidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	431
3.7. La temporalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	443
3.8. La provisionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	446
3.9. La sustituibilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	449
3.10. La acumulabilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	450
3.11. La dignidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal	450
3.12. La responsabilidad del Estado respecto por la adopción de las medidas cautelares personales en el proceso penal	451
III. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL	452
1. LA CITACIÓN	454
1.1. Reglamentación	454
1.2. Concepto	454
1.3. Procedencia de la citación	456
2. LA DETENCIÓN	459
2.1. Reglamentación	459
2.2. Concepto	459
2.3. Clasificación de la detención	460
2.4. Detención judicial	460
2.4.1. Detención decretada por cualquier tribunal	461
2.4.2. Detención decretada por el juez de garantía competente	461
2.4.2.1. Presupuestos	461
2.4.2.2. Causales	461
2.4.2.3. Procedimiento	464
2.4.2.4. La audiencia de control de detención	465
2.4.2.5. La ilegalidad de la detención	468

	Página
2.5. Detención policial.....	470
2.5.1 Detención policial con orden judicial	470
2.5.2 Detención policial sin orden previa del tribunal	470
2.5.2.1. Flagrancia	470
2.5.2.2. Quebrantamiento de medidas u orden de deten- ción pendiente	477
2.5.2.3. Control de identidad	478
2.6. Detención por cualquier particular	481
2.7. Detención por otras autoridades	481
3. LA PRISIÓN PREVENTIVA	481
3.1. Reglamentación	481
3.2. Concepto	481
3.3. Agenda corta antidelincuencia.....	483
3.4. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva	485
a) Que se haya formalizado la investigación por parte del Ministerio Público	486
b) Que exista una petición del Ministerio Público o del que- rellante al juez para que se decrete la prisión preventiva	486
c) Que se celebre una audiencia con la presencia del fis- cal, del imputado y su defensor para resolver acerca de la petición de prisión preventiva, lo que debe realizar se a través de una resolución fundada	487
d) Que las otras medidas cautelares contempladas en el sis- tema procesal penal sean insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad	487
e) Que no nos encontremos ante uno de los casos en los cuales el legislador haya establecido específicamente la improcedencia que se decrete la prisión preventiva	489
f) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare	491
g) Que existan antecedentes que permitieren presumir fun- dadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.....	492
h) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tri- bunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.....	495
3.5. Resolución	499

	Página
3.6. Modificación y revocación de la resolución sobre prisión preventiva.....	500
3.7. Sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar personal de menor entidad.....	501
3.8. Reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente.....	501
3.9. Límites temporales de la prisión preventiva y término de la prisión preventiva por absolución o sobreseimiento.....	502
3.10. Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva.....	503
3.11. Ejecución de la prisión preventiva	504
a) Tribunal competente.....	504
b) Lugar de ejecución de la prisión preventiva.....	504
c) Tratamiento del imputado sometido a prisión preventiva	504
d) Medidas que debe adoptar el tribunal durante la prisión preventiva	504
e) Permiso judicial de salida del recinto penitenciario.....	505
f) Comunicación al tribunal de cualquier restricción impuesta por la autoridad penitenciaria al imputado.....	505
4. NORMAS COMUNES A LA DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA	505
a) Orden judicial de prisión o detención.....	505
b) Restricción de comunicaciones al detenido o preso.....	506
5. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES	506
5.1. Reglamentación	506
5.2. Características.....	507
5.3. Enumeración.....	507
5.4. Requisitos	508
IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES	509
1. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES	509
1.1. Reglamentación	509
1.2. Concepto.....	509
1.3. Medidas cautelares reales contempladas en el Código Procesal Penal	510
1.4. Requisitos	511
1.5. Sujetos legitimados activos para solicitarlas	512
1.6. Sujeto pasivo.....	513
1.7. Oportunidad para solicitarlas.....	513
1.8. Recursos	513
1.9. Alzamiento	513

IN MEMORIAM

Constituye un hecho público y notorio en todas las Universidades, que dentro de ellas nos encontramos con profesores y Maestros.

Los primeros, los profesores, sólo imparten sus clases, algunos ocasionalmente ocupan cargos administrativos, pero, en general, todos pasan por sus aulas sin dejar una huella profunda que trascienda en forma fructífera en el tiempo.

Los Maestros son seres de excepción. Se dan de tiempo en tiempo, puesto que no se limitan a la mera actividad académica, sino que nos enseñan sobre la vida y nos impulsan a vivir. Nos forman como personas. Dejan muchos discípulos entre sus alumnos, y forman a muchos más profesionales que trabajan leal y afanosamente por su progreso personal y el del país. Ellos se destacan por la claridad, señorío y elegancia de su enseñanza y por la profundidad e inteligencia de sus contenidos. Son reconocidos por sus pares, respetados por sus colegas, sigilosamente admirados por los jueces en cuanto a sus tesis sostenidas, y consultados por los políticos para la toma de sus decisiones. Los Maestros poseen Cátedras, que trascienden en el tiempo y se añoran cuando se ausentan.

Estos autores fuimos alumnos de Mario Mosquera Ruiz en diversos instantes de su vida, y por ello testigos presenciales de la concurrencia de todos esos méritos que nos permite calificarlo y recordarlo como un verdadero Maestro.

Hemos optado por dedicarle este trabajo actualizado sobre el nuevo sistema procesal penal por muchas razones, pero, en apretada síntesis, podemos sólo reseñar algunas.

En primer lugar, por una pequeña anécdota, que nos enseña que siempre se debe luchar por las convicciones personales, cuando ellas conducen al logro de fines superiores, pero respetando siempre a los semejantes.

Siendo Decano de la Facultad de Derecho, uno de los autores concurrió a las oficinas del Decanato a tomarse el cafecito de la mañana y conversar como tantas veces acerca de la vida, el fútbol, el derecho y otros menesteres. En esa oportunidad, le comentó que en el Departamento de Derecho Procesal se haría una declaración crítica sobre un proyecto que pretendía instaurar un nuevo sistema procesal en Chile. Frente a ese

comentario, el Decano Mosquera le señaló que él personalmente iba a apoyar incondicionalmente el nuevo sistema procesal penal, porque el anterior estaba colapsado y no respondía a los tiempos modernos. Sin perjuicio de ello, ese Departamento, como instancia independiente, podía efectuar las declaraciones que estimara pertinentes. La historia nos enseñó quién tenía la razón.

En segundo lugar, porque uno de los rasgos más característicos de Mario Mosquera Ruiz fue su gran humanidad, que le permitía acoger, conversar, escuchar y oír a las personas, haciendo sus mejores esfuerzos para solucionarles los problemas cuando era posible, pero siempre brindándole un apoyo para muchas veces hacerle a su interlocutor, a lo menos, más llevadera su existencia.

Pensamos que el nuevo sistema procesal penal tiene como rasgo más esencial su humanidad, que conduce en la medida de lo posible a no castigar, para saber que hay que castigar.

Los Maestros se distinguen de los profesores en que aquéllos centran su conducta en enseñar más que en castigar, y luchan por los valores más que por los triunfos personales y pertenencias materiales, ambos siempre de efímera duración. Pensamos que un sistema procesal penal que ampare a todos los ciudadanos y no los afecte en sus derechos como víctimas e imputados, más allá de lo imprescindible necesario, daría muestra de los signos de humanidad que nos enseñan los Maestros.

Finalmente, hemos elegido dedicarle esta obra, porque no ha existido ningún período en la historia en que nuestra literatura en las materias del derecho procesal, y particularmente en el derecho procesal penal, haya generado mayores libros, revistas y artículos, más cursos, tantas capacitaciones, charlas, conferencias y diplomados como podamos imaginar, por los más diversos autores y en los distintos lugares del país.

Los Maestros siempre nos enseñan que es importante alegrarse muchas veces, más que por los logros personales alcanzados, por los triunfos obtenidos por aquellos a quienes forman. Los maestros se deleitan cuando ven que fluyen en forma torrencial un gran número de ideas, de obras, debates, que permitan enriquecer la cultura de un país y no recelan mayormente de ello.

Esta obra persigue que cuando se discuta del tema, y en particular ahora que nos acercamos al cumplimiento de una década en que un día 16 de diciembre de 2000, en la localidad de Vicuña, se diera oficialmente la partida del sistema procesal penal en la IV Región, esté presente la imagen de Mario Mosquera Ruiz, porque mucho del esquema seguido en la obra lo aprendimos de las clases por él impartidas, correspondiendo los errores y omisiones a estos autores por no haber sabido aprehender debidamente lo enseñado.

Esta obra se escribió pensando en los alumnos, más que en los profesores, abogados y jueces. Dedicamos especialmente esta obra a los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, porque a ellos se dirigieron mayormente las enseñanzas de Mario Mosquera Ruiz, quienes lo reconocieron brindándole honores en las afueras de nuestra querida Facultad en su paso hacia su última morada un martes 30 de marzo de 2010.

En la obra muchas veces nos limitamos a reseñar brevemente sólo las materias más trascendentes del nuevo sistema procesal penal, pero citando los autores, fallos y demás antecedentes a los cuales pueden acudir los lectores para una mayor profundidad respecto de ellas.

A los que se incluyeron y pudieron no ver reflejadas adecuadamente sus ideas, nuestras excusas; a los que no incluimos por nuestra ignorancia o falta de espacio, les solicitamos indulgencia. En todo caso, creemos que esta obra sólo será un mero instrumento que idealmente podrá contribuir a ver en mejor forma el camino, pero éste siempre deberá ser recorrido personalmente por sus lectores, que tendrán mayor o menor claridad si han tenido Maestros en sus vidas y han podido aprehender conocimientos de sus enseñanzas.

Sabemos que existen muchas otras obras en la materia de gran calidad. Sin embargo, la riqueza de la enseñanza no radica en las visiones únicas, sino en la multiplicidad de opiniones, de las cuales las vertidas en este libro no pretenden ser sino una más.

Por todas las razones anteriores, y por muchas más, como fueron aquellas señaladas en los funerales por parte del Rector de nuestra Universidad, don Víctor Pérez, el Decano de nuestra Facultad, don Luis Ortiz, y en la misa fúnebre su verdadero hijo putativo, el abogado Ignacio Verdugo, le dedicamos esta obra a Mario Mosquera Ruiz a días de su muerte, homenaje al cual estamos seguros se sumarán tanto sus familiares como los numerosos amigos, abogados, profesores, alumnos, secretarías y trabajadores que conociera en los más diversos lugares en los cuales trabajó, desempeñó sus labores docentes y en que ejerciera su profesión.

Este testimonio y dedicatoria no es más que nuestra muestra de gratitud y reconocimiento, para así idealmente poder entre todos dejar un testimonio más, e idealmente significativo, que nos recuerde siempre la humanidad y enseñanzas de Mario Mosquera Ruiz, lo que se testimonió por lo demás con su designación de profesor Emérito de nuestra Universidad con meses de antelación a su muerte.

Sus enseñanzas esperamos nos permitan a todos construir un Chile mejor en el año de la conmemoración del Bicentenario y permitirnos prontamente superar el trago amargo que nos deparara el terremoto del pasado febrero que lo asolara.

En último término, especialmente significativo esperamos sea que con esta publicación se pueda iniciar en nuestro país una nueva colección de obras dedicada fundamentalmente a los estudiantes, contribuyendo con ello a mejorar nuestra cultura universitaria nacional, como hubiera sido el deseo de quien tanto contribuyera a la formación de muchas generaciones de alumnos, hoy abogados, que egresáramos de las aulas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

LOS AUTORES

Santiago, mayo de 2010.

CAPÍTULO PRIMERO

EL PROCESO PENAL Y LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES

La principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la jurisdiccionalidad, expresada en el axioma nulla culpa sine iudicio¹

I. EL PROCESO PENAL COMO MECANISMO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTO PENAL

1. EL CONFLICTO EN GENERAL Y SU CONFIGURACIÓN PROCESAL PENAL

El ser humano es un ser social, gregario, que vive en sociedad, y por y para ello, debe relacionarse con el medio y los demás integrantes de dicho círculo. Producto de tales relaciones surgen distintos intereses, que pueden llegar a confrontarse, dado que no todos ellos pueden satisfacerse simultánea o sucesivamente.

En efecto, las necesidades humanas, por su naturaleza, son ilimitadas y, en un momento determinado, el sujeto podrá, con los bienes disponibles, satisfacer sólo algunas de ellas, debiendo preferir aquellas que signifiquen un mejor interés. Surgen así los conflictos de interés, los que pueden verificarse tanto en el ámbito o fuero interno del individuo, sin consecuencias o efectos externos, o bien en el medio externo involucrando a dos o más sujetos.

El conflicto una vez externalizado puede o no tener relevancia jurídica, según si exista quebrantamiento del ordenamiento jurídico o violación de derechos. En este último evento, nos debemos referir más bien del litigio, entendido éste como el “conflicto intersubjetivo de intereses, jurídicamente trascendente, reglado por el derecho objetivo, y caracterizado por la existencia de una pretensión resistida”.²

La tutela de los intereses constituye la esencia del Derecho y, por ello, éste tiene como finalidad esencial la resolución del litigio, existiendo para ello distintos medios, ya sea mediante mecanismos de solución directa entre las partes o bien mediando la intervención de un tercero. Entre los primeros encontramos la autotutela y la autocomposición, y en el segundo, la heterocomposición o proceso.

El conflicto penal surge precisamente como resultado de la violación del ordenamiento jurídico, a través de la comisión de un delito o cuasidelito penal, tipificado

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Págs. 538. 1998. Tercera edición. Editorial Trotta. Madrid.

² HOYOS H., Francisco. *Temas fundamentales de Derecho Procesal*. Pág. 177. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. 1987.

previamente por el legislador para la protección de los bienes jurídicos más trascendentes de la sociedad.

Desde la óptica de los intereses, en el proceso penal el litigio surge de la pugna existente entre, por una parte, el interés del Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito y, por otro lado, el interés de mantención de la libertad de aquellos en contra de quienes se dirige la imputación del Estado. Por ello, la pretensión punitiva, por una parte, y la pretensión de libertad por la otra, son los elementos estructurantes de todo proceso penal.

Ahora bien, el Derecho es evidentemente un producto cultural, es decir, el resultado de la actividad humana y, como tal, depende, en definitiva, de puntos de vista ideológicos o políticos.³ De acuerdo con ello, el Estado a través del Derecho penal, describe los comportamientos humanos que son constitutivos de delito, la pena con la cual deben ser sancionados o la medida de seguridad que debe ser aplicada.

La tutela del derecho transforma los diversos intereses generales en intereses jurídicamente protegidos, esto es, en bienes jurídicos⁴. Desde esta perspectiva, el Derecho penal cumple con la finalidad de tutelar aquellos intereses particularmente valiosos, pero lo hace como la *ultima ratio* del sistema jurídico, puesto que debe ser aplicado sólo cuando los restantes mecanismos del sistema jurídico resultan insuficientes para protegernos frente a acciones u omisiones que resultan atentatorias frente a un bien que la sociedad estima como altamente valioso.⁵

Siguiendo a FERRAJOLI, podemos señalar que dentro de un sistema denominado *garantista, cognitivo o de estricta legalidad*, el que resulta sólo tendencial y nunca perfectamente satisfacible, lucha por tratar de consolidar la adopción de los siguientes diez axiomas o principios axiológicos no derivables entre sí, siendo ellos a saber:

1. <i>Nulla poena sine crimine.</i>	Principio de <i>retribuidad</i> o de la sucesividad de la pena respecto del delito.
2. <i>Nullum crimen sine lege</i>	Principio de <i>legalidad</i> , en sentido lato o en sentido estricto.
3. <i>Nulla lex (poenalis) sine necessitate.</i>	Principio de <i>necesidad</i> o de economía del derecho penal.
4. <i>Nulla necessitas sine iniuria</i>	Principio de <i>lesividad</i> o de la ofensividad del acto.

³ MAIER, Julio Bernardo. *Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Fundamentos. Pág. 6. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires. 2002. 2ª edición.

⁴ POLITOFF, GRISOLÍA y BUSTOS, *Derecho Penal Chileno, parte especial*, 1971, reimpresión de Ediciones Encina Ltda., pág. 30, refieren al autor alemán Birnbaum como el primero que expuso la idea sobre los bienes jurídicos tutelados en un artículo publicado en 1834, reconociéndose a V. Ihering como el primero que construyó una teoría sobre dicha base.

⁵ GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Véanse págs. 13 a 16. Septiembre 1997. Editorial Jurídica de Chile.

5. <i>Nulla iniuria sine actione</i>	Principio de <i>materialidad</i> o de la exterioridad de la acción.
6. <i>Nulla actio sine culpa</i>	Principio de la <i>culpabilidad</i> o de la responsabilidad personal.
7. <i>Nulla culpa sine indicio</i>	Principio de <i>jurisdiccionalidad</i> , también en sentido lato o estricto.
8. <i>Nullum iudicium sine accusatione</i>	Principio <i>acusatorio</i> o de la separación entre juez y acusación.
9. <i>Nulla accusatio sine probatione</i>	Principio de la <i>carga de la prueba</i> o de verificación.
10. <i>Nulla probatio sine defensione</i>	Principio del <i>contradictorio</i> de la defensa, o de refutación.

Estos diez principios ordenados y conectados aquí sistemáticamente, definen –con cierto forzamiento lingüístico– el modelo *garantista* de derecho o responsabilidad penal, esto es, las reglas del juego fundamentales del derecho penal. Fueron elaborados sobre todo por el pensamiento iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, que los concibió como principios políticos, morales o naturales de limitación del poder penal “absoluto”. Han sido ulteriormente incorporados, más o menos íntegra y rigurosamente, a las constituciones y codificaciones de ordenamientos desarrollados, convirtiéndose así en principios jurídicos del *moderno estado de derecho*.⁶

De acuerdo con lo señalado, puede surgir un conflicto penal sólo cuando se hubiere realizado por una persona una conducta exterior, que encuadre dentro de la descripción previa efectuada por el legislador, conminando en tal caso por regla general que se aplique al partícipe una pena determinada.

El Derecho Penal se ha definido como aquella parte del ordenamiento jurídico que determina las características del hecho delictivo (lo que comprende la teoría del delito) e individualiza al sujeto que lo realizó (a lo que se refiere la teoría del sujeto responsable), imponiéndole por su hecho una pena y/o medida de seguridad (lo que abarca la teoría de la determinación de la pena).⁷

El proceso penal es el instrumento para la aplicación del derecho penal, necesario para la vigencia del Estado de Derecho, puesto que la pena sólo puede ser cumplida una vez que ella se haya establecido por una sentencia condenatoria ejecutoriada. Es así como “el derecho procesal penal contiene los preceptos que regulan el esclarecimiento de los hechos punibles y la imposición del derecho del Estado a castigar”.⁸

En este sentido, se nos ha indicado que si un precepto pertenece al derecho penal no es porque regule normativamente la infracción de mandatos o prohibiciones –pues

⁶ LUIGI FERRAJOLI. Ob. cit., pág. 93. 1998.

⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 347. Segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007.

⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 45. Civitas. Madrid. 1997.

eso lo hacen múltiples preceptos civiles o administrativos—, sino porque esa infracción es sancionada mediante penas o medidas de seguridad.⁹

“La pena siempre es reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma.¹⁰ La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal, pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino sólo con la estabilización de la norma lesionada.¹¹

En todo caso, no debemos olvidar como nos enseña Enrique Cury que el derecho penal es secundario o subsidiario, porque la pena sólo debe ser empleada cuando el ataque al bien jurídico no puede sancionarse de manera apropiada acudiendo a los medios de solucionarlo que disponen las otras ramas del ordenamiento jurídico. La pena es, pues, un recurso de *ultima ratio*. Este carácter secundario del derecho penal es una consecuencia de las tendencias político— criminales del presente, inspiradas en el *principio de humanidad*.¹²

En este sentido, se nos indica por Maier que “el verdadero camino hacia la practicabilidad del procedimiento penal conforme a la Constitución y adecuado al Estado de Derecho reside en que se considere seriamente el principio de subsidiariedad. Si partimos de la base que el Derecho Penal debe estar unido, necesariamente, a un pensamiento fiel al Estado de Derecho, entonces él no puede ser herramienta que nos permita someter cualquier acción u omisión —es decir, un número infinito de acciones u omisiones— al control estatal, riguroso y formal, que significa la pena.

“El principio de subsidiariedad puede ser realizado material y procesalmente, tanto en la práctica legislativa como en la tarea judicial. Materialmente se debería llevar a cabo, en primer lugar, una reducción de los comportamientos punibles y, luego, una sistematización de las restantes normas penales en un código único (por consiguiente, una supresión del Derecho Penal especial o complementario). Para ampliar el ámbito de punibilidad deberían regir ciertas condiciones especiales, por ej., el requisito de una mayoría calificada (p. ej. dos tercios) en el parlamento para fundar o agravar la punibilidad y ello representaría, también, un fortalecimiento del principio de legalidad.

“El principio de subsidiariedad no sólo debería tener importancia legislativa, sino también judicial. Para alcanzar ese objetivo recientemente se ha propuesto a la reparación como alternativa. Si ella es entendida no sólo como una indemnización económica, sino, ante todo, como reposición al estado anterior— al status quo ante: el autor

⁹ ROXIN, Claus. Ob. cit. Pág. 41. 1997.

¹⁰ GUNTHER, Jakobs. *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación*. 2ª edición, corregida. Pág. 8. Marcial Pons. Madrid. 1997.

¹¹ GUNTHER, Jakobs. Ob. cit. Pág. 9.

¹² CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Págs. 86 y 87. Ediciones Universidad Católica de Chile. 7ª edición ampliada, marzo 2005.

debe colocar al mundo en el estado en el que se encontraba antes de haber obrado—, entonces puede jugar un papel importante como sustituto al sistema penal. Además, esta solución del conflicto social también significa una gran ayuda para la víctima.

“En este sentido rigc el argumento ya mencionado: los recursos de la justicia deberían ser aprovechados para atender las causas penales de mayor envergadura”. Para dar un ejemplo: el juicio oral y público no es sólo un derecho a poder defenderse ampliamente, sino también, como procedimiento del Estado de Derecho, una condición imprescindible para justificar y legitimar una condena, al menos si se trata de una pena privativa de libertad; el juicio oral y público es el núcleo de un procedimiento penal legítimo. Si queremos prescindir de él, total o parcialmente, primero debemos prescindir de la pena, al menos de la pena privativa de libertad.¹³

Finalmente, es importante tener presente como nos indica Enrique Cury que “el derecho penal de actos prevalece en los ordenamientos jurídicos de origen liberal —a los cuales pertenece el nuestro— en el sentido de que lo que decide si se impondrá una pena es la ejecución de una conducta desaprobada por la ley y no las características personales del hechor. Una personalidad defectuosa no es fundamento suficiente para la irrogación de un castigo.”¹⁴

La eficiencia, como en todo el procedimiento penal, nos señala Maier que debemos valorarla a través de dos sistemas de medidas diferentes, a menudo opuestas entre sí; por una parte, eficiencia significa éxito de la persecución penal estatal, coronada por la condena del autor; por la otra, eficiencia significa resguardo y garantía para quien es señalado como autor, por un sistema de facultades, prohibiciones y mandatos que, de ordinario, se opone drásticamente a la persecución penal eficaz, pues limita claramente los medios para la averiguación de la verdad.¹⁵

2. LOS ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DEL PROCESO PENAL

Como señaláramos, en el proceso penal el litigio surge de la pugna derivada del interés del Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito, y el interés de mantención de la libertad de aquellos en contra de quienes se dirige la imputación estatal.

Es por ello que en el proceso penal, desde su origen se desenvuelve en forma paralela la necesidad de investigar y emitir un pronunciamiento acerca de dos elementos fundamentales que deben desentrañarse en su desarrollo: *el hecho punible y la participación*.

¹³ BERNADO MAIER, Julio. “¿Es aún practicable el proceso penal?”. Seminario Reforma Procesal Penal. Universidad Católica de Temuco. Págs. 17 y 18. ConoSur-LexisNexis Chile. 2001.

¹⁴ CURY URZUA, Enrique. Ob. cit. Pág. 93.

¹⁵ Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos. B. MEIR, Julio. *Democracia y administración de justicia penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma procesal penal*. Pág. 41 CPU. 1993. Santiago. Chile.

La dictación de una sentencia condenatoria, en la que se destruya la presunción de inocencia para los efectos de imponer una pena determinada, sólo resulta posible una vez que el tribunal haya adquirido la convicción más allá de una duda razonable respecto de la concurrencia de ambos elementos (hecho punible y un determinado grado de participación del sujeto).

Sin embargo, éstos no se encuentran en una posición estática, sino por el contrario del todo dinámica, y con una evidente evolución a lo largo del proceso mismo, que va desde la ignorancia, que sólo amerita su investigación, pasa por la credibilidad acerca de su concurrencia, la que sólo puede justificar la adopción de las medidas cautelares personales que establece la ley, y llega finalmente a la convicción más allá de una duda razonable acerca de su existencia, la que justifica la dictación fundada de la sentencia condenatoria penal, luego del juicio oral que debe seguirse en el proceso penal, o sus variantes de procedimiento abreviado o simplificado ante el juez de garantía.

La presencia de los elementos del hecho punible y la participación, y su evolución a lo largo del proceso penal para los efectos de poder arribar a la dictación fundada de una sentencia definitiva se encuentra claramente presente a lo largo de diversas disposiciones, a las que nos referiremos en el curso de la presente obra.

3. MECANISMOS DE SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS

“El nacimiento de un litigio entre los particulares o el de un conflicto entre la sociedad y alguno de sus miembros origina un estado de insatisfacción individual o colectiva. La paz social se ha alterado y urge equilibrar los intereses en pugna. Para ello han surgido en la historia de las instituciones procesales y coexisten en el momento presente tres métodos o posibles medios de solución: *la autotutela, la autocomposición y la heterocomposición*”.¹⁶

3.1. La autotutela o autodefensa

La autotutela, la autodefensa o autoayuda es de las tres formas de composición de los conflictos la más primitiva, puesto que se pretende resolver el asunto directamente entre los afectados, sin el auxilio de terceros, e incluso mediando el empleo de la fuerza.

“Etimológicamente significa defenderse o cuidarse a sí mismo. Representa la forma más primitiva y arbitraria de solución.

“Se denomina también autodefensa y, en virtud de ella, cualquiera de los sujetos involucrados en el conflicto acciona para resolverlo por mano propia. Es una forma primitiva y, la más de las veces, injusta, de poner término a un conflicto.”¹⁷ Mediante

¹⁶ GIMENO SENDRA, José. *Fundamentos de Derecho Procesal*. Pág. 22. Editorial Civitas. Madrid. 1981.

¹⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. *La Jurisdicción en el Derecho Chileno*. Pág. 8. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. 1991.

la autotutela una de las partes impone a la otra por su fuerza propia la solución del litigio. “Consiste en la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias”.¹⁸ Representa el imperio de “la ley del más fuerte”, en que resulta triunfador no siempre quien tiene efectivamente la razón, sino quien cuenta con medios coercitivos para imponer su decisión.¹⁹

Lo que caracteriza a la autodefensa o autotutela no es la preexistencia de un ataque, ni la inexistencia de un determinado procedimiento que a veces se observa, sino la concurrencia de dos elementos:

- a) La ausencia de un tercero imparcial distinto de los sujetos en conflicto, y
- b) La imposición de la decisión por una de las partes a la otra²⁰

“La autotutela está reñida con nuestro ordenamiento constitucional y legal. La igualdad ante la ley y ante la justicia excluye el empleo de la autotutela como medio de solución. Por tal razón, puede afirmarse que el derecho positivo chileno prohíbe la autotutela y, más aún, la sanciona criminal y civilmente como regla general.

“En efecto, el artículo 1º de la Constitución Política, al consagrar el principio que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, conceptualmente ya excluye el uso de la fuerza como método de término de los conflictos. Esta disposición, concordada con el artículo 19 en sus numerales 1º, 2º y 3º, que contemplan los principios de igualdad ante la ley y ante la justicia, al declarar que la Constitución “asegura a todas las personas la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, está eliminando el empleo de este método arbitrario de solución. Estas disposiciones deben concordarse con el artículo 76 de la Carta Fundamental, que establece que todo conflicto debe ser resuelto a través de un proceso del cual conocerá el tribunal establecido por la ley. Siendo así, se excluye el “juzgamiento” de una parte por la contraria.

“Finalmente, y dentro del ámbito de estas nociones, podemos añadir que el texto del citado artículo 76 dispone en su inciso 1º que “la facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley”, como consecuencia de lo cual está prohibido a los particulares autotutelar sus eventuales derechos. Dicho principio se reitera en el artículo 1º del COT.

En materia procesal penal, se dispone en el inciso 1º del artículo primero del Código Procesal Penal²¹ que *Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una*

¹⁸ COUTURE, Eduardo. Ob. cit. Pág. 9. 1985.

¹⁹ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ob. cit. Pág. 8. 1991.

²⁰ ROJAS PRETER, Nelson. “Forma de solución de los conflictos. Autodefensa, Autocomposición, Proceso”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Mayo 1989.

²¹ En adelante indistintamente denominado como CPP. Todas las referencias a artículos efectuadas en la presente obra, se entenderán efectuadas al CPP, salvo que expresamente se señale otro cuerpo legal, en cada caso.

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

De todo lo dicho puede concluirse claramente que en los sistemas modernos el empleo de la fuerza por los sujetos en la solución de sus conflictos no sólo se encuentra proscrito por regla general, sino que además su uso se sanciona civil y/o penalmente, dependiendo de la forma y actividad de quien haga uso de ella.

En efecto, en materia civil, la fuerza constituye un vicio el consentimiento (Artículo 1456 del Código Civil) y en el ámbito penal, el Código Penal y su legislación complementaria establecen una serie de tipos delictivos que sancionan el empleo de la fuerza y que van desde los delitos patrimoniales hasta el homicidio, según cual sea el bien jurídicamente resguardado.²²

En atención al reconocimiento positivo del legislador la autotutela o autodefensa puede conceptualizarse como:

- a) Lícita o autorizada (P. ej. legítima defensa; estado de necesidad)
- b) Tolerada (P. ej. guerra defensiva)
- c) Prohibida (P.ej. exclusión de la usurpación, de las amenazas, del pacto comisorio)

A su vez, la autodefensa lícita y tolerada es susceptible de ser clasificada atendiendo a diversos criterios:

a) *Como reacción a una agresión*, siendo su ejemplo típico la legítima defensa contemplada en el artículo 10 del Código Penal en sus numerales 4, 5 y 6.

b) *Como acción que importa el ejercicio de un derecho subjetivo*, siendo sus casos más destacables la persecución de animales domésticos contemplada en el artículo 620, el corte directo de raíces de árboles plantados en suelo ajeno conforme al artículo 942, y los casos de autotutela cautelar contemplados como derecho de retención respecto del arrendatario en el artículo 1.937, del mandatario en el artículo 2162, del comodatario en los artículos 2192 y 2193, del depositario en los artículos 2.234 y 2.235, del acreedor prendario en el artículo 2.401, todos los citados del Código Civil.

c) *Como imperativo ante situaciones de excepción*, en el cual encontramos el estado de necesidad previsto en el N° 7 del artículo 10 del Código Penal, y la obediencia debida y cumplimiento de un deber contemplada en los artículos 10 N° 10 del Código Penal y 334 y 335 del Código de Justicia Militar.

d) *Como recurso convencional de fuerza*, dentro del cual cabe destacar la guerra defensiva conforme a lo establecido en el Capítulo VIII de la Carta de Naciones Unidas, el Capítulo V de la Carta de Organización de Estados Americanos y el Tratado de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de 1947.

²² Véase a título de ejemplo la obra Mañalich Raffo, Juan Pablo. Autotutela del acreedor y protección penal del deudor. La realización arbitraria del propio derecho frente a los delitos contra la libertad, la propiedad y el patrimonio. Ediciones Jurídicas Santiago. 2009. Santiago. Chile.

e) Como *coacción unilateral*, dentro de los cuales cabe destacar la huelga y el cierre temporal de la empresa (lock out) regulado en los artículos 369 y siguientes del Código del Trabajo.

Generalmente producida la autodefensa, en aquellos casos en que excepcionalmente es tolerada o autorizada ella es objeto de comprobación judicial respecto de la concurrencia de sus requisitos condicionantes, como ocurre por ejemplo en los casos de legítima defensa y estado de necesidad en el proceso penal. En tales casos, se señala que nos encontramos ante una *autodefensa homologada*, puesto que con posterioridad a su ejercicio extraprocetal se requiere que ella se convalide dentro de un determinado proceso penal mediante la dictación de un sobreseimiento definitivo o una sentencia absolutoria en su caso, en la que por reconocerse la concurrencia de sus requisitos, hace por ello improcedente el ejercicio de la pretensión punitiva estatal.²³

En la autodefensa ilícita o prohibida no existe una solución el conflicto, sino por el contrario, con ella se agrava el conflicto o se da lugar a otros nuevos por poder importar esas conductas la comisión de delitos civiles y penales.

3.2. La autocomposición

“La palabra *composición* equivale a solución, resolución o decisión. El concepto “*auto composición*” revela la solución del conflicto por obra de los partícipes en éste.

La autocomposición es la forma “mediante la cual, bien ambas partes mediante el acuerdo mutuo, bien una de ellas, deciden poner término al litigio planteado.”²⁴

“Si bien en la autodefensa también la solución del conflicto puede provenir de las partes, el rasgo peculiar de la autocomposición es el carácter reflexivo, renunciativo o altruista frente al signo instintivo, impositivo, a veces violento, egoísta de la autodefensa.”²⁵

La autocomposición se caracteriza por:

- a) Ser una forma de solución de conflictos, ya sea que se hayan llevado o no al proceso para su decisión.
- b) Es una forma en que las partes en forma directa, sea con la asistencia o no de terceros, determinan las condiciones en que se debe solucionar el conflicto.
- c) Sólo puede llegarse a la forma autocompositiva por quienes tienen la capacidad o las facultades suficientes para convenir en el acuerdo. La capacidad se encuentra regulada por las normas del Código Civil, y las facultades para autocomponer dentro

²³ Mientras dura la tramitación del proceso destinado a comprobar la concurrencia de los requisitos de la legítima defensa privilegiada contemplada en el inciso segundo del N° 6 del artículo 10 del Código Penal, se contempla que la detención se hará efectiva en la residencia del imputado de conformidad a lo previsto en el artículo 138 del CPP. Agotada la investigación, debe procederse a dictar el sobreseimiento definitivo de conformidad a lo previsto en la letra c) del artículo 250.

²⁴ SENDRA, Gimeno. *Derecho Procesal*. Valencia 1990. T. 1. Vol. 1. Pág. 194.

²⁵ ROJAS PRETER, Nelson. “Forma de solución de los conflictos. Autodefensa, Autocomposición, Proceso”. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Mayo 1989.

del proceso requieren del mandatario judicial facultades especiales de conformidad a lo establecido en el inciso 2º del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil.

d) Es una forma pacífica de solución de los conflictos que emana de una decisión voluntaria de las partes, por lo que la concurrencia de la fuerza física o moral la invalida.

Durante estas últimas décadas se ha puesto énfasis en la solución del conflicto por esta vía autocompositiva, sin tener que acudir al proceso para su solución en diversos países, generándose nuevos métodos a los cuales se ha designado como ADR o Resolución Alternativa de Litigios.

Al respecto se ha señalado que “junto a la vía de la justicia estatal, institucionalizada y reglamentada, que responde a una intervención mayoritaria pero única de los órganos jurisdiccionales, es posible también acudir a cauces privados, cuasi privados o en todo caso donde la participación sólo en la opción e inicio o bien en el mismo desarrollo del procedimiento se lleva a cabo a través de los sujetos que pueden o ya se hallan en conflicto”²⁶.

Debemos tener presente que en el sistema norteamericano la negociación opera incluso dentro del proceso penal, pudiendo reconocer dentro de él dos clarísimas instituciones en que opera la negociación para la solución de los litigios como son el “*guilty plea*” y el “*plea bargaining*”.

El “*guilty plea*” o declaración de culpabilidad puede revestir cualquiera de las siguientes tres modalidades:

a) *enteramente voluntaria o no influenciada*, cuando el acusado asume su culpabilidad bien porque es tan evidente que un juicio carecería de sentido, bien por remordimientos de conciencia o porque no ve ventaja alguna en negarla;

b) *estructuralmente inducida*, porque la ley impone una pena de mayor gravedad para aquel que fuera condenado tras un juicio, o por el común conocimiento de que el Juez será clemente con las personas que renuncian a su derecho a juicio, y

c) *negociado*, que implica un acuerdo previo al juicio entre la acusación y defensa acerca de la imputación, sentencia o ambas. Esta tercera modalidad abrirá el camino a lo que se ha denominado “*plea bargaining*”.²⁷

“La doctrina ha compartido tradicionalmente una visión conceptual restringida del “*plea bargaining*”: acuerdo suscrito entre la acusación y defensa por el cual el inculcado se compromete a declararse culpable a cambio de ciertas concesiones del representante del Estado.”²⁸

“El acuerdo suscrito entre la acusación y la defensa podrá revestir dos formas fundamentales, aunque el objetivo final será coincidente. Tal objetivo. Inmediato,

²⁶ NÚÑEZ OJEDA, Raúl. *Negociación. Mediación y Conciliación. Como métodos alternativos de solución de controversias*. Pág. 21. Ediciones Jurídicas Santiago, 2009. Santiago, Chile.

²⁷ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. *El Ministerio Público y la justicia negociada en los Estados Unidos de Norteamérica*. Págs. 64 y 65. Editorial Comares. Granada, 1996.

²⁸ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. Ob. cit. Pág. 67. 1996.

es el de influir en el contenido de la sentencia en beneficio del acusado a cambio de su declaración de culpabilidad. Así el acuerdo o “plea agreement” podrá afectar a los cargos, constituyendo lo que se ha denominado “charge concession” o “charge bargaining”, de modo que se permitirá al acusado declararse culpable de un delito de menor entidad que el que fuera objeto de acusación inicial, aunque propiciándose el que guarde una más estrecha relación con éste. En otras hipótesis, la transacción versará no sobre la calificación, sino sobre la disposición final del caso, la “sentence concession” o “sentence bargaining”, que entrañará la asunción por el acusado de la culpabilidad del cargo original, a cambio de algún tipo de promesa del Ministerio Público sobre la condena a imponérsele.²⁹ Es evidente que el juez no está vinculado por el acuerdo que hayan concluido las partes, sin embargo, si está obligado a dar a éste la consideración que se merece. Normalmente las negociaciones culminan con la aceptación de culpabilidad convenida por el órgano jurisdiccional una vez comprobada la observancia de los requisitos contenidas en la regla 11.³⁰

En nuestro proceso penal, no obstante establecerse el juicio oral como el principal instrumento para la resolución de los conflictos penales de mayor gravedad, para que pueda operar el sistema en forma eficiente se han contemplado salidas alternativas para poner término o suspender los procesos penales durante su transcurso, para lo cual se requiere contar siempre con el acuerdo de las partes, siendo las dos medios autocompositivos más trascendentes los de suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 a 240) y los acuerdos reparatorios (artículos 241 a 245).

Otra vía autocompositiva de carácter unilateral contemplada en nuestro proceso penal se encuentra en el ejercicio del principio de oportunidad que recoge el artículo 170 del Código Procesal Penal, en virtud del cual “los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se trate de un hecho que no compromete gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere de la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o se tratase de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. La decisión del fiscal se encuentra sujeta al control del juez de garantía, quien puede dejarla sin efecto en los casos previstos por la ley.

Finalmente, en el proceso penal se prevé también que la solución de los conflictos puede lograrse no a través de un juicio oral ante un tribunal oral, sino que mediante el procedimiento abreviado siempre que exista acuerdo entre el fiscal y el imputado y se reunieren los demás requisitos previstos en la ley (artículos 406 y siguientes).

Debemos hacer presente que todas esas vías deben ser aprobadas por parte del juez de garantía, puesto que en caso contrario debería necesariamente alcanzarse la solución del conflicto mediante la celebración de un juicio oral.

²⁹ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. Ob. cit. Pág. 77. 1996.

³⁰ CABEZUDO RODRÍGUEZ, Nicolás. Ob. cit. Pág. 174. 1996.

De lo expuesto, podemos concluir que en el proceso penal regulado en el Código Procesal Penal se dio plena cabida a las formas autocompositivas de solución del conflicto respecto de los delitos de acción penal pública, las que sólo se reconocen en el antiguo proceso penal a través del perdón de la parte ofendida, la renuncia, el desistimiento y la conciliación, solamente respecto de los delitos de acción penal privada.³¹

Ahora bien, desde el punto de vista de su relación con el proceso la autocomposición admite ser clasificada en:

a) Extraprocesal o pre-procesal: Tendrá uno u otro carácter según se discuta su validez en el proceso.

b) Intra-procesal: Es aquella que se produce durante el proceso declarativo sea por iniciativa y acuerdo de las partes (avenimiento) o a instancia del órgano jurisdiccional (conciliación).

c) Pos-procesal: Es aquella que se verifica desde la sentencia firme durante la ejecución de ésta, ya sea en la ejecución singular como en la colectiva.

La autocomposición intraprocesal requiere resolución judicial que no tiene carácter de decisión jurisdiccional del conflicto objeto del proceso. Se trata de una función homologadora en el caso del avenimiento, y da lugar más a un acta que a un pronunciamiento en el caso de la conciliación. Su carácter esencial es que en virtud de esa resolución o formalidad la autocomposición adquiere imperatividad.

Desde el punto de vista de la *conurrencia de las partes* para generar la autocomposición es menester tener presente que siendo dos las partes del conflicto (quien pretende y aquel de quien se pretende la satisfacción de una pretensión) y no tres como ocurre en las partes del proceso en que también debe intervenir el órgano jurisdiccional imponiendo la decisión por medio de una sentencia a las partes, la conducta por medio de la cual se puede arribar a la solución del conflicto por la vía autocompositiva puede a) provenir de una de las partes (unilateral) o b) del acuerdo de ambas partes del conflicto (bilateral), logrado actuando ellas en forma directa o asistidas por un tercero.

En general, podemos señalar que las diversas formas autocompositivas no se encuentran suficientemente reguladas en nuestra legislación. Al efecto, se ha

³¹ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio público, durante el año 2009, se aplicaron 1.676.923 términos. De este total, un 41,6% correspondieron a términos judiciales (entendiendo por tales el acuerdo reparatorio, la facultad de no investigar, la sentencia definitiva absolutoria, la sentencia definitiva condenatoria, el sobreseimiento definitivo, el sobreseimiento temporal, y la suspensión condicional del procedimiento) y un 58,4% a términos no judiciales (los que incluyen el archivo provisional, la decisión de no perseverar, la incompetencia y el principio de oportunidad).

Según la misma información el acuerdo reparatorio alcanzó el 1,41%, la facultad de no investigar el 8,55%, la sentencia definitiva absolutoria el 0,33%, la sentencia definitiva condenatoria el 15,50%, el sobreseimiento definitivo 2,69%, el sobreseimiento temporal el 0,83%, y la suspensión condicional del procedimiento el 12,30%.

Por su parte, el archivo provisional alcanzó el 45,78%, la decisión de no perseverar el 2,92%, la incompetencia el 1,04% y el principio de oportunidad el 8,64%.

señalado con razón que “nuestro sistema procesal legisla tímidamente sobre la autocomposición”.³²

Para que se llegue a una solución autocompositiva se requiere que las partes puedan disponer de la pretensión o de sus derechos, puesto que en caso que no se mire sólo al interés individual del renunciante o esté prohibida la renuncia deberá el conflicto ser resuelto sólo a través del proceso.

Para validar los medios autocompositivos deben situarse ellos en forma armónica dentro de un sistema procesal eficiente que otorgue garantías para el adecuado resguardo de los derechos fundamentales y a la manifestación libre y espontánea de la voluntad para convenir en algunos de los mecanismos alternativos al juicio oral para la solución del conflicto.

En este sentido, nos señala Taruffo que “la existencia de una justicia pública accesible y eficiente es, además, la condición necesaria para que se plantee de manera correcta el problema de los métodos alternativos para la solución de las controversias. Las partes, en efecto, deben ser puestas en condición de poder elegir entre distintas técnicas de solución de las controversias según sus preferencias, y entre esas técnicas, no obstante, debe existir una relación de equivalencia funcional. Esto significa que las distintas alternativas posibles, incluida la jurisdiccional, deben ser todas eficientes al mismo nivel. Es necesario entonces que los legisladores aseguren la eficiencia y accesibilidad de la justicia pública: sólo en presencia de esta condición, es legítimo permitir a las partes elegir otros métodos para la solución de sus controversias. Por el contrario, si la justicia pública no es accesible y no es eficiente, ello no sólo comporta una gravísima violación de las garantías constitucionales, sino que transforma las alternativas en remedios necesarios e inevitables, y ya no objetos de una elección libre y discrecional de las partes”.³³

A. FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS UNILATERALES

Las formas autocompositivas de carácter unilateral que se contemplan en nuestra legislación son las siguientes: La que procede del atacante o el sujeto titular de la pretensión se le denomina renuncia o desistimiento; la que emana del atacado o del sujeto que se opone a la satisfacción de la pretensión se la denomina allanamiento.

a) La renuncia

El principio general respecto de la renuncia en nuestro sistema se encuentra contemplado en el artículo 12 del Código Civil, de acuerdo con el cual pueden renunciarse a los derechos conferidos por las leyes con tal que miren al interés individual y no esté prohibida su renuncia. Conforme a ello, en materia civil es posible que el actor y

³² COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ob. cit. Pág. 13. 1991.

³³ TARUFFO, Michele. Páginas sobre la justicia civil. 9. Una alternativa a las alternativas: Modelos de Resolución de conflictos. Págs. 125 y 126. Marcial Pons. 2009. Madrid. España.

el que hubiere deducido una reconvencción renuncie a su pretensión antes de hacerla valer en el proceso.

Dicho precepto debe ser concordado con lo establecido en el artículo 56 del Código Procesal Penal, según el cual la acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida.

De acuerdo con ello, se puede establecer que es posible renunciar a la acción penal pública por la parte ofendida, pero ella importa que sólo el ofendido y sus sucesores se encontrarán impedidos de hacer valer dicha acción, puesto que el acto abdicativo afecta sólo al renunciante y sus sucesores y no a las otras personas a quienes correspondiere el ejercicio de la acción penal pública (artículo 57), pudiendo ella ser ejercida por cualquiera otra persona que reúna los requisitos contemplados en los artículos 111 y 173 del Código Procesal Penal.

En consecuencia, en caso que exista una renuncia a la acción penal pública, no se produce la extinción de la acción, sino tan sólo la pérdida del derecho de ejercitarse ella por el renunciante con posterioridad.

Respecto del Ministerio Público, el artículo 170 contempla el denominado principio de la oportunidad, al permitirse a sus fiscales no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiere gravemente el interés público. Dicho principio de oportunidad reviste los caracteres de reglada y no discrecional, por cuanto se contemplan los casos en los cuales excepcionalmente es procedente ejercer esta facultad por el Ministerio Público y se encuentra sujeta a revisión por parte del juez de garantía, la que puede ejercer de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes en el proceso.³⁴

Sin embargo, tratándose de la acción penal privada y de la acción civil, el legislador vuelve a la regla general, al establecerse expresamente su extinción con motivo de la renuncia efectuada por la parte ofendida de conformidad a lo establecido en el inciso 2º del mismo artículo 56, ya citado. Incluso más, el legislador contempla la renuncia tácita de la acción penal privada en el evento en que se hubiere ejercido primeramente la acción civil que emanada del delito antes que la acción penal privada (artículo 66).

Finalmente, debe señalarse que se contempla como una forma de extinción de la responsabilidad penal el perdón de la parte ofendida, el que puede llevarse a efecto incluso después de encontrarse ejecutoriada la sentencia condenatoria (artículo 93 N° 5 del Código Penal en relación con el 250 letra d) del CPP).

b) El desistimiento

En el proceso civil, una vez hecha valer la pretensión por parte del actor, y notificada la demanda pertinente en que aquélla se contiene, la manifestación de voluntad tenden-

³⁴ En el antiguo proceso penal, al aplicarse el principio de la legalidad, se contempla la obligación de ejercicio de la acción penal pública con respecto a todo delito que deba perseguirse de oficio en el artículo 23 del Código de Procedimiento Penal.

te a no continuar con el procedimiento debe concretarse a través de desistimiento, el que en cuanto a sus efectos varía sustancialmente en relación con el simple retiro.

El desistimiento también implica una renuncia, y consiste en un acto unilateral del actor que no requiere aceptación del demandado, sin perjuicio del derecho a oponerse que sea aceptado (artículos 140 y 150 del Código de Procedimiento Civil). Sin embargo, es menester que el tribunal dé a la solicitud de desistimiento la tramitación de un incidente y dicte una sentencia interlocutoria aceptando el desistimiento formulado para los efectos que se ponga término al proceso, perdiéndose no sólo lo obrado en el procedimiento hasta ese momento, sino extinguiendo las acciones a que tal acto se refiera, respecto de la parte que se hubiere desistido, de acuerdo a lo establecido en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

Tanto en el antiguo como en el nuevo proceso penal, el querellante puede desistirse de la acción penal pública ejercida mediante su querella, en cualquier momento del procedimiento, pero éste no produce la extinción de la acción penal, sino que sólo genera el efecto de dejar al querellante de ser parte activa en el proceso de acuerdo a lo establecido en el artículo 118, sin perjuicio de quedar obligado a comparecer al proceso, a soportar las propias costas y quedar sujeto a la decisión general relativa a las costas que se resuelva en la sentencia definitiva, y a la responsabilidad penal y civil que pudiere afectarle por el ejercicio de la querella o acusación calumniosa conforme a lo establecido en el artículo 119.

En lo relativo al Ministerio Público, se contempla expresamente el principio de la oportunidad reglado, pudiendo aquél, si se cumplen los requisitos legales, hacer abandono de la acción penal que hubiere iniciado (artículo 170).

Tratándose de la acción penal privada el desistimiento del ofendido querellante —único titular para el ejercicio de la acción— produce la extinción de la pretensión penal y el proceso termina mediante la dictación de un sobreseimiento definitivo de conformidad a lo establecido en el artículo 401, debiendo imponérsele el pago de las costas, salvo que mediere el acuerdo con el querellado. Ahora bien, el desistimiento y el término del proceso por el desistimiento de la acción privada no se producen en aquellos casos en que el querellado se oponga al mismo, conforme lo señala el inciso segundo del artículo citado. Aplica en esta materia también lo dispuesto respecto del desistimiento de la querella, motivo por el cual queda a salvo el derecho del querellado para ejercer la acción penal o civil correspondiente por la querella o acusación calumniosa, conforme con lo establecido en el artículo 119.

Finalmente el legislador también considera el desistimiento en forma tácita, por la vía del abandono de la acción penal privada, lo que se produce por la inasistencia del querellante a la audiencia del juicio, por su inactividad en la realización de diligencias útiles para dar curso al proceso, que fueren de cargo del querellante, por más de treinta días; y en el evento que los herederos o representante legal del querellado fallecido o que cae en incapacidad no concurren a sostener la acción dentro del plazo de noventa días siguientes, casos en los cuales, de oficio o a petición de

parte debe el tribunal decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, conforme ordena el artículo 402.³⁵

Cuestión distinta es la relativa al desistimiento de la acción civil, la que se rige por las reglas generales, motivo por el cual el actor civil podrá, en cualquier momento manifestar su voluntad de no continuar con la pretensión contenida en su demanda, caso en el cual la sentencia que acepte el desistimiento, haya o no habido oposición, extinguirá las acciones a que él se refiera, con relación a las partes de dicho proceso y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio, conforme lo dispone el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil.

c) El allanamiento

El allanamiento consiste en una manifestación de voluntad por parte del sujeto pasivo por el cual reconoce y se somete a la satisfacción de la pretensión hecha valer en su contra por el actor.

En el proceso penal, no es posible concebir un allanamiento como mecanismo autocompositivo o de término del proceso mismo, dado que de existir aceptación de los hechos, resultará procedente aplicar el procedimiento abreviado (artículo 406) o las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento o de acuerdos reparatorios, sin que con el solo mérito de su propia declaración se pueda condenar a una persona (artículo 340 inciso final).

B. FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS BILATERALES

Las formas autocompositivas de carácter bilateral que se contemplan en nuestra legislación pueden ser clasificadas de la siguiente forma:

Extrajudicial	Asistida	• Mediación
	No Asistida	• Transacción
Judicial	Asistida	• Conciliación
	No Asistida	• Avenimiento • Suspensión condicional del procedimiento • Acuerdos reparatorios

Las formas autocompositivas reseñadas se caracterizan por tratarse de métodos no adversariales³⁶, por lo que:

³⁵ El artículo 575 del Código de Procedimiento Penal también contempla el desistimiento tácito del querellante en los delitos de acción penal privada de injuria y calumnia para el evento en que el querellante no comparezca al comparendo de conciliación. El CPP contempla el mismo principio, pero haciéndolo extensivo a todos los delitos de acción penal privada.

³⁶ Como veremos más adelante, el proceso, ya sea que se siga ante un tribunal ordinario, especial o arbitral, se caracteriza por tratarse de un método adversarial, por lo que:

a) Las partes están enfrentadas y son contendientes.

- a) Las partes actúan reunidas y cooperativamente, ya sea solas o asistidas por un tercero
- b) Mantienen el control de las conversaciones
- c) Acuerdan la propia decisión, que resuelve el conflicto, sin importar la solución jurídica o los precedentes judiciales

a) La transacción y avenimiento

La transacción es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a precaver un litigio eventual o a poner término a un litigio pendiente, haciéndose las partes concesiones recíprocas. A ella se refieren los artículos 2446 y siguientes del Código Civil.

Por otra parte, el avenimiento es un medio autocompositivo de carácter extrajudicial, bilateral y no asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente. El avenimiento ha sido definido como “el acuerdo que logran directamente las partes en virtud del cual le ponen término a su conflicto pendiente de resolución judicial, expresándose así al tribunal que está conociendo de la causa”.³⁷

Ambos mecanismos se caracterizan por ser extrajudiciales, en términos que se verifican fuera del proceso y en ellos no interviene la autoridad judicial, salvo en cuanto para tomar conocimiento de su existencia y alcances.

En materia penal, y habida consideración de la disponibilidad que importan, el querellante y querellado pueden –en los juicios de acción penal privada– poner término al juicio mediante el contrato de transacción o un avenimiento. Por ello se entiende que conforme a lo previsto en el artículo 403, los representantes de las partes que pueden comparecer a la audiencia del juicio deban hacerlo con facultades suficientes para transigir. El mandatario judicial que comparece a la audiencia requiere de facultades especiales para transigir conforme al inciso 2º del artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, habiéndose entendido que la facultad de transigir comprende la de avenir y conciliar.

El efecto de la transacción en los delitos de acción penal privada es el de poner término a la causa, con eficacia de cosa juzgada.

b) La conciliación

La conciliación es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y asistido, destinado a poner término a un litigio pendiente. Ha sido definida como “el acto jurídico procesal bilateral en virtud del cual las partes, a iniciativa del juez que

Continuación nota ³⁶

- b) Un tercero suple la voluntad de las partes y toma la decisión
- c) Si una de ellas gana, la otra necesariamente pierde, y
- d) La decisión que pone fin al litigio se basa en la ley o el precedente, por lo que necesariamente se resuelve el conflicto satisfaciendo el interés de las partes.

³⁷ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ob. cit. Pág. 20. 1991.

conoce de un proceso, logran durante su desarrollo ponerle fin por mutuo acuerdo”.³⁸ A diferencia de la transacción y el avenimiento, en los que no interviene la autoridad judicial, en la conciliación el acuerdo se produce a instancias o iniciativa de éste.

El mandatario judicial requiere de facultades especiales para conciliar conforme al inciso 2° del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, puesto que se ha entendido que la facultad de transigir comprende la de avenir y conciliar.

La conciliación en el proceso penal se contempla como un llamado que efectúa el tribunal al inicio de la audiencia en todos los delitos de acción penal privada según lo previsto en el artículo 404 y en particular en los delitos de injuria y calumnia, en los que el querellado tiene la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta. En caso de llegarse a un acuerdo por el llamado a conciliación entre las partes, se pone término al proceso con eficacia de cosa juzgada.

c) La suspensión condicional del procedimiento

La suspensión condicional del procedimiento es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, que tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término del litigio penal pendiente respecto de un delito de acción penal pública en caso de cumplirse los requisitos establecidos en la resolución que concede el beneficio.

La suspensión condicional del procedimiento se caracteriza por:

a) Ser un método autocompositivo, puesto que para que pueda ser decretada por el juez de garantía se requiere el acuerdo entre el fiscal y el imputado.

b) Ser un medio autocompositivo homologado, dado que no resulta suficiente el acuerdo entre el fiscal y el imputado, sino que en definitiva es el tribunal, teniendo presente dicho acuerdo, quien determina las condiciones en las cuales debe verificarse la suspensión provisional del procedimiento.

c) Ser un contrato o acto jurídico bilateral, por lo que requiere el acuerdo del fiscal y del imputado para que pueda ser decretado por el tribunal.

La suspensión condicional del procedimiento supone necesariamente el acuerdo de las partes (fiscal e imputado), sin perjuicio de la intervención que le corresponde al tribunal para su aprobación. La asistencia del imputado a la audiencia en que se analice la solicitud de suspensión condicional del procedimiento es un requisito de validez de ella.

Para que se decrete la suspensión condicional del procedimiento no es necesaria la concurrencia del querellante ni de la víctima, dado que sólo se contempla el derecho para que éstos sean oídos en la audiencia antes de ser decretado en caso de haber asistido, sin perjuicio de poder impugnar posteriormente la resolución que lo decreta, al igual que el fiscal y el imputado (artículos 237 incs. 4° y 6°).

³⁸ COLOMBO CAMPBELL, Juan. Ob. cit. Págs. 16 y 17. 1991.

d) Es un contrato procesal, puesto que está destinado a producir efectos respecto del proceso penal, que no es otro que suspender el procedimiento penal durante un determinado plazo, debiendo cumplir el imputado dentro de éste con las condiciones que haya determinado el tribunal y que pueden consistir en una o más de las medidas establecidas en el artículo 238.

e) Es un contrato judicial, puesto que el juez de garantía puede decretar la suspensión sólo si éste se hubiere acordado por el fiscal y el imputado en una audiencia celebrada ante el juez de garantía.

f) Es un contrato regulado en la ley. Nuestro legislador ha reglamentado sistemáticamente la suspensión condicional del procedimiento, estableciendo claramente los casos en los cuales puede llegar a ser decretado y el procedimiento que debe llevarse a cabo para arribar a él, así como las medidas de seguridad que puede disponer y el período de vigencia que ellas pueden tener.

La suspensión del procedimiento podrá ser *total* en caso que verse sobre todos los imputados, o *parcial*, en caso que decreta sólo respecto de alguno de ellos (artículo 239).³⁹

Transcurrido el plazo de la suspensión provisional sin que éste hubiere sido revocado por haberse incumplido por el imputado con las condiciones determinadas en la resolución que lo hubiere dispuesto o no se hubiere verificado una nueva formalización de una investigación respecto del imputado por hechos distintos, se extingue la pretensión penal, debiendo el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, dictar el sobreseimiento definitivo (artículo 240)

La suspensión condicional del procedimiento no produce la extinción de las acciones civiles de la víctima o de terceros, sin perjuicio que si una de las condiciones que deben cumplirse para que sea decretado consistiere en pagar una determinada suma de dinero a la víctima, dicha suma pagada se imputará a la indemnización de perjuicios que posteriormente pudiere ser determinada por un juez civil (artículos 237 inciso final y 240).

d) Los acuerdos reparatorios

Es un medio autocompositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el imputado y la víctima dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía, cuyo fin es convenir la reparación de las consecuencias causadas por el delito y poner término al litigio penal pendiente respecto de un delito que afectare bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, que consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

El acuerdo reparatorio se caracteriza porque:

a) Constituye un método autocompositivo, puesto que consiste en un acuerdo entre la víctima y el imputado que requiere ser aprobado por parte del juez de garantía (artículo 242).

³⁹ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, la suspensión condicional del procedimiento alcanzó el 12.30% de las causa terminadas durante el año 2009.

b) Es un medio autocompositivo homologado, puesto que no basta el acuerdo entre la víctima y el imputado, sino que en definitiva es el tribunal quien debe aprobar dicho acuerdo para que se produzca el término del proceso penal.

c) Es un contrato o acto jurídico bilateral, por lo que requiere el acuerdo de la víctima y el imputado, debiendo dicho acuerdo ser aprobado por el tribunal.

El acuerdo reparatorio supone necesariamente el acuerdo de sólo la víctima y el imputado, sin perjuicio de la intervención que le corresponde al tribunal para su aprobación. Para que se celebre o apruebe el acuerdo reparatorio no es necesaria la concurrencia del fiscal, dado que sólo se contempla el derecho para que éste sea oído en la audiencia antes de ser aprobado (artículo 241 inciso final).

d) Es un contrato procesal, puesto que está destinado a producir efectos respecto del proceso penal, consistentes en ponerle término mediante un sobreesimiento definitivo, al generarse la extinción de la responsabilidad penal (artículo 242).

e) Es un contrato judicial, puesto que el juez de garantía debe aprobar el acuerdo reparatorio en una audiencia, en la cual verificará que éste se ha alcanzado libre y conscientemente por las partes y en los casos en los cuales es procedente su celebración (artículo 241)

e) Es un contrato regulado en la ley. El legislador ha reglamentado sistemáticamente los acuerdos reparatorios, estableciendo claramente los casos en los cuales pueden celebrarse y el procedimiento que debe llevarse a cabo para poder ser aprobados (artículo 241), así como el procedimiento lograr su cumplimiento (artículo 243)

El término del procedimiento podrá ser *total* en caso que el acuerdo reparatorio aprobado verse sobre todos los imputados, o *parcial*, en caso que se hubiere celebrado sólo por alguno de los imputados.⁴⁰

El acuerdo reparatorio produce la extinción de las acciones civiles de la víctima o de terceros, pudiendo pedirse su cumplimiento al juez de garantía a través del procedimiento incidental, sin que pueda ser dejado sin efecto a través del ejercicio de ninguna acción civil (artículo 243).

En la actualidad, por efectos pragmáticos, la vía autocompositiva se ha ido abriendo camino para constituirse cada vez más en un medio necesario de ser utilizado para la composición del litigio antes que acudir al proceso.

El proceso no puede constituirse en la actualidad en el único instrumento capaz de permitir llegar siempre, y respecto de todos los conflictos que se presentan en la sociedad, a una pronta, eficiente y justa solución.

Es así como respecto de la vía ideal para solución del conflicto, se nos ha señalado por Carnelutti que “ni en el campo sociológico ni en el jurídico existe igualdad y sí sólo equivalencia, entre la solución contractual y la judicial del litigio. En principio, ésta es bastante más cara que aquella; hablo de costo en sentido amplio, como suma de las desventajas que el proceso lleva consigo, tanto desde el punto de vista de la

⁴⁰ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público los acuerdos reparatorios alcanzaron el 1,41%, de las causas terminadas el año 2009.

duración del litigio, como en cuanto al dispendio de energías necesarias para su desenvolvimiento. En compensación, si en un determinado régimen de organización del proceso fuese apta para lograr plenamente su finalidad, al mayor costo correspondería un mayor rendimiento, puesto que la vía del proceso aseguraría la composición justa y, de ese modo, la mejor satisfacción a las partes y a la sociedad.

“En realidad, sin embargo, las enormes dificultades de una buena organización del proceso agravan su costo, comprometen su rendimiento y contribuyen a que la solución contractual predomine notablemente en el balance, sobre la solución judicial. Esta consideración explica la inclinación de los prácticos del foro a favorecer las transacciones: *más vale una mala transacción que un buen pleito*.⁴¹

Sin embargo, como nos señala Taruffo, no debemos nunca olvidar que “la posibilidad que las controversias se resuelvan por los jueces mediante procedimientos regulados por la ley y mediante decisiones justas y legítimas, se encuentra en la base de todo ordenamiento jurídico actual. Desde este punto de vista, parece entonces completamente obvio que la jurisdicción es la verdadera “alternativa a las alternativas” y, es más, que es la “vía maestra” para la resolución de las controversias a través del debido proceso.

El problema no se resuelve dejando que la jurisdicción siga siendo ineficiente y alentando u obligando a los ciudadanos a la que puede definirse como *una fuga de la jurisdicción* y de la utilización del proceso para la solución del conflicto. El problema se resuelve —por el contrario— haciendo que la jurisdicción sea eficiente, y haciendo que el recurso a las alternativas no sea un camino obligado para las partes ante la ineficiencia del proceso para otorgar una solución justa, legítima, pronta y eficiente.⁴²

Por ello, es que nos parece que la consagración de los métodos alternativos dentro del nuevo proceso penal se han consagrado dentro de un sistema, en el cual su eje debe ser siempre el proceso, que debe ser elástico y flexible en su forma de desarrollo según la gravedad de las pretensiones y la necesidad de rendición de prueba, para que aparezca como la forma central de la solución del conflicto penal, ante el cual se puede optar en forma libre y espontánea y no por la necesidad impuesta por la ineficiencia, desigualdad y lentitud con la cual se desarrolla el proceso para que sea ejercida la función jurisdiccional.

En este sentido, nos señala nuestra Excma. Corte que es necesario reiterar que el Ministerio Público es el titular exclusivo de la investigación y es quien sustenta y ejerce la acción penal pública, según lo establece el artículo 77 del CPP. Estamos, por tanto, frente a un codetentador de la potestad punitiva del Estado, la cual amenaza siempre desbordar frente a un imputado que aparece en una posición de desigualdad ante ese formidable adversario, y debe por ello ser protegido por las instancias más elementales de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente

⁴¹ CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Págs. 202 y 203. Uteha. 1944.

⁴² TARUFFO, Michele. Ob. cit. Págs. 119 y 120. 2009.

formalizado y regulado, que le asegure un tratamiento equilibrado y, sobre todo, capaz de preservar la presunción de inocencia que constituye el instrumento básico para su defensa. Contrariamente a lo que señala el recurrente, “el debido proceso” no tiene por objeto instaurar la igualdad entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada.⁴³

3.3. *El proceso*

La heterocomposición es aquel medio de solución de conflicto en el cual las partes acuden a un tercero, ya sea una persona individual o colegiada, quien se compromete o está obligada en razón de su oficio (tribunal), luego de la tramitación de un proceso, a emitir una decisión para la solución de un conflicto, cuyo cumplimiento deberán acatar las partes.

En tanto mecanismo de resolución del conflicto, el proceso, ya sea que se siga ante un tribunal ordinario, especial o arbitral, se caracteriza por tratarse de un método adversarial, por lo que:

- a) Las partes están enfrentadas y son contendientes.
- b) Un tercero suple la voluntad de las partes y toma la decisión.
- c) Si una de ellas gana, la otra necesariamente pierde, y
- d) La decisión que pone fin al litigio se basa en la ley o el precedente, por lo que necesariamente se resuelve el conflicto satisfaciendo el interés de las partes.

En consecuencia, en la heterocomposición no son las partes, sino un tercero a quien aquéllas acuden y que actúa *supra partes*, a quien le corresponderá brindar la solución al conflicto mediante la decisión que emita.

No habiendo sido posible obtener la solución del conflicto a través de la autocomposición, es menester que el titular de la pretensión penal accione para que se ejerza la función jurisdiccional, a través del proceso, y por un tribunal que actúe como órgano público, excluyéndose la intervención de árbitros por ser el ejercicio de la pretensión punitiva una función estatal y no privada.⁴⁴

El proceso constituye un concepto abstracto, independiente de las formas externas que puede adoptar⁴⁵, teleológico, que sólo tiene sentido con miras a resolver los conflictos de intereses, tanto como función pública, como privada. El proceso es, desde esta perspectiva, el medio idóneo para asegurar la efectividad del derecho y mantener la paz social, por una parte, y una garantía individual, por otra. Al efecto, se establece en nuestra Constitución Política de la República, en el artículo 19 N° 3 que “la Constitución asegura a todas las personas: 3° La igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos”.

⁴³ Corte Suprema. 11.8.2004. *Revista Procesal Penal*. Págs. 29 y Sgtes. N° 26. Octubre 2004.

⁴⁴ Véase artículo 230 COT.

⁴⁵ Hablamos aquí de proceso como sinónimo de procedimientos, sistema racional y lógico que determina la secuencia de actos que deben realizar las partes y el tribunal para obtener los fines del proceso.

La forma en la cual se verificará la solución del conflicto será mediante una decisión de la autoridad jurisdiccional, la que se manifiesta a través de la sentencia que debe ser dictada al final del proceso. Al efecto, se establece en el citado precepto de nuestra Carta Fundamental que *“toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado”*.

El ejercicio de la función jurisdiccional ⁴⁶ radica en los tribunales de justicia⁴⁷, quienes la ejercen a través del proceso, entendido éste como aquella *“secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de resolver, mediante un juicio de autoridad, el conflicto sometido a su decisión”*⁴⁸.

Respecto de la jurisdicción, nuestro TC ha tenido la ocasión de referirse en innumerables ocasiones, señalando *“Que ya se ha formado consenso jurisprudencial en torno al concepto, contenido y desarrollo de la función jurisdiccional. En efecto, esta Magistratura, en sentencias Roles N°s. 165, 198, 340, 346, 472, 478, 499 y 616, entre otras, tuvo oportunidad de hacerlo, señalando que la jurisdicción es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República, y en cuya solución les corresponda intervenir.*

El poder deber de la jurisdicción se manifiesta, en cuanto a lo primero, en el citado artículo 76, que establece perentoriamente que el ejercicio de la jurisdicción radica en los Tribunales y, en el caso de los conflictos penales, les permite procesar y eventualmente condenar a los imputados a las penas que la ley establece de acuerdo a los delitos de que se trate. No obstante, debe siempre recordarse que la misma disposición agrega que, requerido un tribunal en forma legal y en materias de su

⁴⁶ Para Chioyenda, la jurisdicción es aquella *“función del Estado que consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica”*.

⁴⁷ Conforme lo dispone el artículo 76 de la Constitución Política de la República de Chile (CPR), *“La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos.*

Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión.

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

⁴⁸ COUTURE, Eduardo. Ob. cit. Pág. 121. 1985.

*competencia, deberá ejercerla a fin de solucionar efectivamente el conflicto sometido a su conocimiento. Es la consagración del deber de la jurisdicción”.*⁴⁹

La sentencia que se debe dictar en el proceso por el órgano jurisdiccional resulta eficaz para la solución del litigio por provenir ella de un tercero imparcial, dotado de autoridad para tal efecto por ejercer una función pública, y porque dicha decisión se torna en inmutable e inimpugnable una vez pasada en autoridad de cosa juzgada.

La forma externa en la cual se debe desarrollar esta idea abstracta que es el proceso compuesta de una secuencia o serie de actos que permite arribar a la sentencia que solucionará un conflicto es *el procedimiento*, entendido éste como el conjunto de formalidades externas, de trámites y ritualidades establecidas por el legislador para los efectos que el proceso se desarrolle. Al efecto, se establece en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta fundamental que “*corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

Para el desarrollo del proceso nos encontramos con diversos procedimientos, pudiendo distinguirse a) en cuanto a su contenido, entre procesos civiles y penales; b) en cuanto a su objetivo, procesos ejecutivos y declarativos; y dentro de éstos, los meramente declarativos, constitutivos, de condena y cautelares.

En el proceso penal se contemplan básicamente para pronunciarse acerca del ejercicio de la pretensión punitiva tres tipos de procedimientos: El juicio oral, que constituye el procedimiento ordinario, el procedimiento abreviado y el procedimiento simplificado.

Sobre la materia, debemos tener presente que la única vía contemplada para los efectos de poder imponer una pena o medida de seguridad a una persona no es otra que una sentencia que emane de un debido proceso penal.

Al efecto, disponc el inciso 1° del artículo 1° del Código Procesal Penal que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”.

“La idea de proceso es necesariamente teleológica, pues sólo se explica por su fin. El proceso por el proceso no existe.

“El fin del proceso es el de dirimir el conflicto de intereses sometido a los órganos de la jurisdicción”.

*“Ese fin es privado y público, según trataremos de demostrarlo. Satisface al mismo tiempo, el interés individual comprometido en el litigio, y el interés social de asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción”.*⁵⁰

⁴⁹ Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 19 de agosto de 2008, Rol N° 815.07.

⁵⁰ COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Págs. 145 y 146. 1985.

De acuerdo a lo señalado por dicho destacado procesalista uruguayo, es posible concluir que el proceso como medio destinado a resolver los conflictos de intereses jurídicamente trascendentes cumple una doble función: privada y pública.

La función privada del proceso, consiste en que es el único medio en materia penal, y el medio residual a falta de acuerdo en materia civil, para los efectos de lograr la satisfacción de los intereses jurídicamente trascendentes por las partes de un conflicto.

Por ello se nos ha señalado que “desprovisto el individuo, por virtud de un largo fenómeno histórico, de la facultad de hacerse justicia por su mano, halla en el proceso el instrumento idóneo para obtener la satisfacción de su interés legítimo por acto de la autoridad.

“La primera de todas las concepciones sobre la naturaleza del proceso debe ser, pues, una concepción eminentemente privada: el derecho sirve al individuo, y tiende a satisfacer sus aspiraciones. Si el individuo no tuviera la seguridad de que existe en el orden del derecho un instrumento idóneo para darle la razón cuando la tiene y hacerle justicia cuando le falta, su fe en el derecho habría desaparecido.

“Contemplando el mismo proceso desde el punto de vista del demandado, su carácter privado se presenta todavía más acentuado que desde el punto de vista del actor.

“Configurado como una garantía individual, el proceso (civil o penal) ampara al individuo y lo defiende del abuso de la autoridad del juez, de la prepotencia de los acreedores o de la saña de los perseguidores.

“No puede pedirse una tutela más directa y eficaz del individuo. Dificilmente puede concebirse un amparo de la condición individual más eficaz que éste”.⁵¹

Tanta razón tienen las palabras del notable procesalista uruguayo, que el proceso aparece contemplado como uno de los más preciados derechos humanos en diversas declaraciones, tratados y convenciones, pudiendo reseñar al efecto los siguientes preceptos:

-- Artículo 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

-- Artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de orden moral,

⁵¹ COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 145. 1985.

orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

Artículos XVIII y XXVI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del Hombre:

– *Artículo XVIII: Derecho de justicia. Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente.*

– *Artículo XXVI: Derecho a proceso regular. Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.*

Toda persona acusada de un delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infamantes o inusitadas.

Artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

Artículo 8. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter”.

Por otra parte, la función pública del proceso, consiste en asegurar la efectividad del derecho mediante la obra incesante de la jurisdicción.

“El proceso sirve al derecho como un instrumento de creación vivificante, como una constante renovación de las soluciones históricas forjadas en el pasado. El derecho se realiza día a día en la jurisprudencia. Satisfecho el interés individual, queda todavía un abundante residuo de intereses no individuales que han quedado satisfechos.

“El proceso es el medio idóneo de asegurar la *lex continuatis* del derecho, su efectividad en la experiencia jurídica.

“Ese es, sin duda, su fin social. Proviene de la suma de los fines individuales.⁵²

Respecto del proceso, se ha señalado que “la finalidad última, es por consiguiente, la realización del derecho (sería admisible afirmar que la actuación de la ley) para, en definitiva, asegurar la paz social y la justicia”.⁵³

⁵² COUTURE, Eduardo J. Ob. cit. Pág. 147. 1985.

⁵³ VESCOVI, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Pág. 107. Temis. 1984.

La exigencia del proceso previo se contiene así en la fórmula *nulla poena sine processu*, el que en materia penal alcanza un significado especial, entendida como la exigencia de que la pena, y las medidas de seguridad, sólo pueden imponerse como consecuencia y resultado de un procedimiento regulado en la ley, en el que se autorice al Estado a imponerla.

Ahora bien, en todo proceso es posible distinguir una serie de elementos o presupuestos necesarios para que éste tenga existencia jurídica y validez formal.

La doctrina suele atender en primer término a aquellos requisitos que posibilitan que el proceso exista, entendiendo por tales:

- 1) La existencia de un tribunal que ejerza jurisdicción;⁵⁴
- 2) La existencia de partes, y⁵⁵
- 3) La existencia de un conflicto o litigio.

La ausencia de tales presupuestos generará que el proceso sea inexistente. Los actos realizados en un proceso inexistente no generan efectos de ninguna naturaleza, no se genera el estado de litispendencia, la sentencia que eventualmente se dicte no producirá el efecto de cosa juzgada, sino sólo una apariencia de tal, etc. La inexistencia no puede ser convalidada por las partes ni se sana por el transcurso del tiempo.

Por otra parte, todo proceso reconoce también una serie de presupuestos de validez los que exigen nos enfrentemos a:

- 1) Un tribunal competente
- 2) Partes capaces para actuar
- 3) Cumplimiento de las formalidades previstas por el legislador

La ausencia de dichos requisitos genera la nulidad del proceso. En este evento los actos realizados generan todos sus efectos jurídicos, es decir, son plenamente

⁵⁴ La fuente constitucional de la jurisdicción la encontramos en el artículo 76 de la CPR, ya citado.

Dentro de las definiciones de la doctrina que se han proporcionado podemos citar:

Chiovenda: "función del Estado que consiste en la actuación de la ley mediante la sustitución de la actividad de órganos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica".

Calamandrei: "potestad o función que el Estado ejerce en el proceso por medio de sus órganos jurisdiccionales como garantía para la observancia del derecho objetivo".

Guasp: "función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones".

Couture: "función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas en la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

Colombo Campbell: "el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir".

⁵⁵ Las partes son los sujetos de la relación procesal. Junto al tribunal conforman el elemento subjetivo del proceso. Pueden distinguirse las partes directas (sujeto activo y pasivo) y las indirectas o terceros.

válidos, mientras no sea declarada dicha nulidad. Es por ello que el acto nulo puede ser convalidado tanto por la voluntad de las partes como por transcurso del plazo, al no reclamarse la nulidad.

Dicho todo lo anterior, refiriéndonos específicamente al proceso penal, y como señaláramos previamente, en éste el litigio surge precisamente por la existencia de la pugna derivada de la pretensión punitiva estatal emanada de la comisión del delito, y el interés de mantención de la libertad de aquel o aquellos en contra de quienes se dirige la imputación del Estado, y por ello el proceso penal se estructura sobre la base de los dos elementos configurativos que se encuentran presentes en su evolución: el hecho punible y la participación.

Consecuentemente con lo anterior, la dictación de una sentencia penal condenatoria sólo resulta posible una vez que el tribunal haya adquirido la convicción respecto de la concurrencia de ambos elementos (hecho punible y un determinado grado de participación del sujeto), en un debido, justo y racional proceso previo, legalmente tramitado.

Atendida tanto su función pública como privada, el proceso es el medio idóneo para asegurar la efectividad del derecho, manteniendo la paz social y constituyéndose en garantía individual del sujeto frente al Estado, motivo por el cual no corresponde hablar sólo del proceso, sino ya derechamente del debido proceso.

El Derecho Procesal Penal no es un método de combate contra nadie, porque es un modo civilizado de resolver problemas o conflictos sociales graves, pero nada más que eso. Si se le exigen resultados como la disminución del delito es muy probable que no los cumpla.⁵⁶

3.3.1. El debido proceso

El concepto del debido proceso proviene del *due process of law* del derecho anglosajón, con una riquísima tradición evolutiva aportada por la jurisprudencia y doctrina de los países en los cuales rige básicamente el derecho consuetudinario. Un precedente remoto puede encontrarse en la Carta Magna de 1215.

Como nos señala Juan Bustos, “el proceso penal quizá sea el escenario en el que más claramente se manifiesta la antinomia individuo– Estado y, por lo mismo, el lugar más idóneo para observar el grado de profundización democrática de dicho Estado, pues en él están en juego sus derechos y libertades. Justamente por estar en juego derechos y libertades de la persona en un Estado social y democrático de derecho, el proceso debe realizarse bajo condiciones especiales de garantía. Estas condiciones se formulan bajo el principio del proceso debido”.⁵⁷

⁵⁶ Entrevista a Julio Bernardo MAIER. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 1. N°s. 2 y 3, Diciembre 2002. Pág. 85. Santiago, Chile.

⁵⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 373. Segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007.

Por ello, aun cuando conceptualmente podamos convenir alguno que satisfaga la necesidad de estructurarlo, el debido proceso más bien refiere al conjunto de derechos y garantías ineludibles para asegurar la adecuada defensa y la tutela judicial efectiva de los individuos dentro de un Estado de derecho, permitiendo cumplir íntegramente la función constitucional de resolver los conflictos y con ello la mantención del imperio del derecho y la paz social. Así entendido, podemos aventurar señalar que el debido proceso es aquel conjunto de normas y garantías que derivan de exigencias constitucionales y tratados internacionales propias de un Estado de Derecho, y que como sustento mínimo debe considerar la realización del proceso ante un juez natural, independiente e imparcial, teniendo siempre el imputado el derecho de defensa y derecho a un defensor, la expedita resolución del conflicto, en un juicio contradictorio, en el que exista igualdad de tratamiento de las partes, pudiendo ambas rendir su prueba, y el derecho a recurrir la sentencia emanada de éste.

Es por lo anterior que el debido proceso no sólo constituye una garantía de protección del imputado frente a la persecución estatal, sino particularmente de la víctima respecto del derecho a acceder a la justicia para perseguir la reparación del daño causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado.

Es en este sentido que se ha pronunciado en reiteradas ocasiones nuestro TC al disponer que *"deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado"*.⁵⁸

Conforme a lo señalado hemos de decir que, sin perjuicio de las normas supranacionales referidas, recogidos en distintos tratados de los cuales Chile es parte y por ende con plena vigencia en nuestro país, la Constitución Política de la República de Chile ampara específicamente las nociones básicas del debido proceso, en especial en el numeral tercero de su artículo 19, el que dispone 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"*.⁵⁹

⁵⁸ TC, sentencia de 7 de octubre de 2008, Rol 1.130-2008.

⁵⁹ En cuanto a la utilización de las expresiones "racional y justo procedimiento" es menester tener presente que "el señor Bernales señala que bien podría emplearse la expresión "justo proceso"; a lo que el señor EVANS agrega que bien podría decir "justo o racional".

"El señor Díez manifiesta que ambos conceptos son distintos: racional y justo. Racional, referido al procedimiento, y justo, a lo sustantivo.

"El señor EVANS expresa que si se emplea escuetamente la expresión "debido proceso", tiene el temor—aunque es partidario de un texto escueto—de obligar al interprete, a la jurisprudencia, a los tratadistas y a los abogados, a un estudio exhaustivo de los antecedentes, especialmente, como ha señalado el profesor Bernales, de la doctrina y la jurisprudencia anglosajonas.

Sin embargo, nuestro constituyente no lo desarrolla y por el contrario los integrantes de la Comisión Constituyente (también denominada Comisión Ortúzar) prefirieron utilizar conceptos genéricos a fin de evitar imprecisiones o caer en omisiones. Así, para evitar que se entendiera que “lo debido” es aquello que “está en la ley”, prefirieron utilizar los términos de “racional” y “justo”, entendiendo que “*la racionalidad está referida al procedimiento, y los “justo” a lo sustantivo*” (Sesión N° 103 Comisión Constituyente)

Podemos señalar en este apartado, en forma extremadamente sucinta, que tales garantías mínimas para un procedimiento (e investigación) racional y justo, están constituidas, a lo menos, por los siguientes derechos:

- Que el proceso se desarrolle ante un juez independiente e imparcial
- Que se realice ante el Juez natural preconstituido por la ley⁶⁰
- Reconocimiento del derecho de acción y de defensa⁶¹⁻⁶²
- Garantía del derecho a un defensor.⁶³
- La expedita resolución del conflicto.⁶⁴
- La publicidad de las actuaciones

Continuación nota ⁵⁹

“En cambio, cree que nadie puede dejar de entender o de sostener con un mínimo de valor, en el sentido de eficacia, que hay ciertas garantías mínimas racionales de un proceso. Ya se desprenderá de la naturaleza del proceso si es garantía mínima racional el que, por ejemplo, deba ser la sentencia objeto de apelación o de consulta, o no; dependerá de la naturaleza del asunto el que racionalmente pueda concluirse que no es necesario otorgar un recurso. Por eso, consulta si sería conveniente emplear la expresión “racional” agregada a “justo”, como se ha sugerido, en lugar de “debido proceso”.

“El señor BERNALES señala que a él le gustaría agregar la expresión “justicia” a “racionalidad”, por una razón de conocimiento práctico en los tribunales.

“Si se pone sólo la expresión “debido proceso”, podría interpretarse que lo que es debido es lo que está en la ley, y lo que se debe hacer es lo que ha dicho la ley. Entonces resulta que es un poco restringido y puede interpretarse asimismo en forma limitada. Por eso, considera adecuado agregar las expresiones “racionalidad y justicia”. EVANS DE LA CUADRA, Enrique. Los Derechos Constitucionales. Tomo II. Pág. 28. Editorial Jurídica de Chile.

⁶⁰ *“Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho” (artículo 19 N° 3 CPR).*

⁶¹ *“El derecho de presentar peticiones a la autoridad, sobre cualquier asunto de interés público o privado, sin otra limitación que la de proceder en términos respetuosos y convenientes;” (artículo 19 N° 14 CPR).*

⁶² *“Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos” (artículo 19 N° 3 CPR).*

⁶³ *La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos” (artículo 19 N° 3 CPR).*

⁶⁴ *“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República” (artículo 77 CPR).*

- La existencia de un contradictorio⁶⁵
- La rendición de prueba⁶⁶
- La Igualdad en el tratamiento de las partes.⁶⁷
- La resolución del conflicto penal mediante una sentencia fundada.⁶⁸
- Derecho a recurrir la sentencia que no emanen de un debido proceso⁶⁹

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (sentencias Roles números 376, 389, 481, 478, entre otras) y la Corte Suprema, estableciendo ésta (C.S., 5 diciembre 2001, R.G.J., 258) que *“conforme a la doctrina nacional, el derecho a un proceso previo, legalmente tramitado, racional y justo, que la Constitución asegura a todas las personas, debe contemplar las siguientes garantías: la publicidad de los actos jurisdiccionales, el derecho a la acción, el oportuno conocimiento de ella por la parte contraria, el emplazamiento, adecuada asesoría y defensa con abogados, la producción libre de pruebas conforme a la ley, el examen y objeción de la evidencia rendida, la bilateralidad de la audiencia, la facultad de interponer recursos para revisar las sentencias dictadas por tribunales inferiores...”*

El derecho al proceso debido constituye sin lugar a dudas uno de los derechos básicos en cualquier estado democrático, el que, junto a otros, constituye aquellos que pueden denominarse como “derechos fundamentales”.

⁶⁵ Manifestación de principio de bilateralidad de la audiencia y de la igualdad de posibilidades en la actuación dentro del proceso.

⁶⁶ En este sentido, respecto de un procedimiento simplificado se resolvió por la Corte Suprema que un juzgado de garantía que absolvió a la querellada por “no haberse rendido la prueba para ser valorada conforme al artículo 297 del CPP”, situación que se produjo porque a la parte querellante se le impidió rendir la prueba señalada en la querrela, vulnerándose así lo previsto en el artículo 400 en relación con el artículo 261 del CPP, lo que constituye una vulneración sustancial al debido proceso, garantizado a todas las partes del proceso por el artículo 19 N° 3 inciso 5° de nuestra Carta Fundamental, motivo por el cual se acogerá el recurso de nulidad fundado en la causal contemplada en la letra a) del artículo 373 del CPP, interpuesto por los abogados de la querellante, anulándose, en consecuencia, el juicio oral simplificado llevado a cabo ante el juez de garantía. Corte Suprema. 11.5.2005. *Revista Procesal Penal* N° 35. Págs. 55 y Sgtes. Mayo 2005. El tribunal de juicio oral, al negar lugar a la recepción de prueba ofrecida oportunamente por el Ministerio Público, ha infringido formalidades del juicio de tal importancia, que se priva injustificadamente del derecho a rendir prueba que la Constitución le garantiza al fiscal, impidiendo que el tribunal reflexionara sobre ello deduciendo las consecuencias que estimare del caso. Corte Suprema. 31.3.2004. *Revista Procesal Penal* N° 10. Págs. 55 y Sgtes. Junio 2003. La exclusión de testigos presentados por la defensa en la audiencia de preparación de juicio oral por no haber sido conocidos con antelación por el Ministerio Público violenta el derecho a defensa y de solicitar la incorporación de prueba de descargo como una manifestación de este derecho en el juicio oral. En este sentido, Maier señala que para que el perseguido penalmente tenga las mismas posibilidades de influir sobre la reconstrucción histórica de la imputación que su acusador le formula, se le deben reconocer a él y a su defensor—al menos algunas facultades clave, entre las que destaca la producción de prueba de descargo. Tribunal garantía Freirina. 4.11.2002. *Revista Procesal Penal* N° 5. Págs. 141 y Sgtes. Enero 2003.

⁶⁷ “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” (artículo 19° N° 3-1 CPR).

⁶⁸ Véanse artículos 1°, 36, 297, 340, 342, 374 letra e).

⁶⁹ Manifestación del derecho a la acción.

En Europa se avanza con fuerza en el establecimiento del denominado Estado Constitucional (Rechtsstaat), de remotos orígenes y desarrollada en Alemania alrededor del año 30 del siglo XIX. Este cambio implica sentar la idea fundamental de que “el Estado existe para el individuo”⁷⁰, por lo que la responsabilidad del Estado no puede quedar resumida al establecimiento de los principios y garantías, entre ellos el del debido proceso, sino que debe propenderse en la búsqueda y dar impulso a medidas proactivas eficaces para transformar los derechos individuales en derechos fundamentales.

Sin duda en esta línea, la Constitución en su artículo primero señala con propiedad que “*El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*”.

Los derechos que un racional y justo procedimiento debe reconocer para el desarrollo del debido proceso benefician a todas las partes que participan dentro del mismo, y debe reconocérsele como legitimado para impugnar todos los actos y resoluciones que importen un desconocimiento de ellos, encontrándose dentro de los sujetos legitimados el Ministerio Público que debe intervenir por mandato legal en el proceso penal.⁷¹

II. EL DERECHO PROCESAL PENAL

I. CONCEPTO DE DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal es la rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas instituyen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal del Estado y disciplinan los actos que integran el procedimiento necesario para imponer y actuar una sanción o medida de seguridad penal, regulando así el comportamiento de quienes intervienen en él.⁷²

Existen tres momentos diferentes en los que se manifiesta el poder penal del Estado:

El primero es el relativo a la amenaza penal, al establecimiento de las condiciones materiales bajo las cuales el Estado promete una pena o medida de seguridad penal, a la definición y limitación del poder penal material del Estado mediante los mandatos y prohibiciones penales (Derecho penal material o sustantivo);

⁷⁰ SAARENPÄÄ, Ahti, artículo “Sociedad red, firmas electrónicas y servicios electrónicos: una perspectiva finlandesa”.

⁷¹ Véase Corte Suprema 14.9.2005. Rol 3.666-05. *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 78 y Sgtes. Septiembre 2005.

⁷² MAJER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 75. 2002. 2ª edición.

El segundo es el relativo al ejercicio de la pretensión penal, aplicar a alguien una pena o medida de seguridad penal cuando se advierte un hecho concreto que, eventualmente, justificaría la reacción penal, momento que se explicita mediante la regulación de los actos que permiten verificar ese hecho y, en su caso, aplicar la pena o medida de seguridad penal⁷³ y mediante la organización de los órganos del Estado que intervienen en ese procedimiento (Derecho penal formal o adjetivo), y

El tercero es el relativo a la ejecución de la reacción penal decidida en el caso concreto (derecho penal ejecutivo)⁷⁴. Se discute acerca de si la ejecución penal constituye una tarea administrativa o judicial. La evolución parece encaminarse hacia la judicialización de la ejecución penal.⁷⁵

Desde esta perspectiva, podemos señalar que el Derecho Procesal Penal constituye una rama del Derecho Procesal, cuyas normas establecen y organizan los órganos públicos que cumplen la función de investigar y sancionar los ilícitos penales, regulan los actos del proceso y del procedimiento indispensables para imponer una sanción penal o medida de seguridad penal, y los derechos y deberes de todos aquellos que intervienen en él.

Siguiendo en parte la definición de Giovanni Leone⁷⁶ para ajustarla a nuestro sistema procesal penal, podemos señalar que:

Derecho Procesal Penal es aquella parte del Derecho Procesal, conformada por el conjunto de normas encaminadas a:

- a) Brindar protección de la víctima, velando por la reparación del daño causado y porque se le otorgue un trato acorde con semejante condición;
- b) Asegurar la persona del imputado durante el curso del procedimiento sólo en los casos en que ellos fuere necesario y en la forma contemplada por la Constitución y las leyes, respetando su presunción de inocencia durante el curso del proceso
- c) La declaración de certeza de la notitia criminis (es decir, declaración de certeza del delito e inflicción de la pena)

⁷³ Debemos entender que se refiere solamente a medidas de seguridad posdelictuales y no a las pre-delictuales, puesto que estas últimas resulta imposible incluirla dentro del Derecho Penal, pues ellas no pueden sustentarse en el presupuesto fundamental del Derecho Penal cual es la realización por lo menos de un injusto. Pero en verdad las medidas de seguridad pre-delictuales atacan, por su arbitrariedad, no sólo los fundamentos del Derecho Penal, sino las bases mismas del Estado de Derecho, ya que se basan exclusivamente sobre una *presunta peligrosidad del sujeto*, conforme a la cual recaen sobre él privaciones o restricciones de sus derechos fundamentales. Se trata, pues, de una intervención intolerable sobre el individuo, ya que se basa en sus características personales, provocando una discriminación entre los ciudadanos. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 471. Segunda edición. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2007. Además, véase mismo autor y obra Pág. 151.

⁷⁴ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 81. 2002. 2ª edición.

⁷⁵ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 82. 2002. 2ª edición.

⁷⁶ GIOVANNI, Leone. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo I. Págs. 17 y 18. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. 1963.

d) La declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de las medidas de seguridad.

e) La declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito y a la inflicción de las consiguientes sanciones

f) A la ejecución de las providencias

La referida definición es aplicable a los diversos aspectos que se persiguen por el sistema procesal penal chileno, por cuanto en éste se debe:

a) Brindar protección de la víctima, velando por la reparación del daño causado y porque se le otorgue un trato acorde con semejante condición.

En primer lugar, de conformidad al artículo 83 de la Carta Fundamental, se prevé que al Ministerio Público le corresponderá adoptar las medidas para proteger a las víctimas y los testigos.

Siguiendo ese mandato genérico del Constituyente, se contempla en el artículo 6° del CPP, modificado por la Ley N° 19.798, que el Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal.

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

En la estructura de cada Fiscalía Regional se contempla la existencia de una Unidad de Atención a las Víctimas y a los Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal (artículo 34 letra e) LOC del Ministerio Público).

Sin embargo, dicha misión protectora no corresponde sólo al Ministerio Público. El tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento, por lo que la víctima puede acudir al tribunal en busca de protección, si estima deficiente aquella que se le ha procurado por parte del Ministerio Público, lo que deberá hacer siempre por sí misma mediante el ejercicio de una acción indemnizatoria si pretende que ella le sea otorgada en forma forzada por parte del imputado dentro del proceso penal (artículo 6°).

Pero además, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle a la víctima un trato acorde con su condición de tal, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir, sin perjuicio de además, sin orden previa de los tribunales e instrucciones particulares de los fiscales, prestarles el debido auxilio (artículos 6° y 83 letra a).

Además, debemos hacer presente que la víctima tiene derecho a intervenir en el proceso penal al ser considerada por el legislador como uno de los intervinientes dentro del proceso en el artículo 12 del CPP, confiriéndole una serie de derechos para materializar su intervención dentro del mismo, en el artículo 109 del mismo.

b) Para los efectos de velar por la eficacia del sistema procesal penal, puede resultar necesario asegurar la persona del imputado durante el curso del procedimiento, puesto

que si su libertad entorpece las investigaciones, o importa un peligro para la víctima o para la seguridad de la sociedad no se asegurará con ello la existencia y vigencia de un estado de derecho.

Sin embargo, debemos tener presente que el imputado goza de la presunción de inocencia dentro del proceso, lo que importa conforme a lo establecido en el artículo 4º que *“ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme.”*⁷⁷

De acuerdo con ello, es que las medidas cautelares personales podrán ser decretadas respecto del imputado sólo en los casos en que ello fuere necesario y en la forma contemplada por la Constitución y las leyes (artículo 5º), justificándose que ellas se decreten cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación (artículo 122 inciso 1º).

Dado que las medidas cautelares personales importan una actuación de carácter jurisdiccional ellas siempre serán decretadas por medio de una resolución judicial fundada, no pudiendo ser ordenadas por el Ministerio Público (artículos 80 A Constitución y 9º y 122 inciso 2º CPP). Excepcionalmente en el caso de delito flagrante se lleva a cabo la detención sin orden previa, pero debe realizarse la audiencia de control de detención dentro del plazo máximo de 24 horas contado desde que ella se hubiere practicado (artículo 131 inciso 2º), en la que el Ministerio Público debe formalizar la investigación para poder solicitar que se decrete la prisión preventiva (artículo 140).

Para que se decreten las medidas cautelares personales existe una graduación de menor a mayor gravedad o intensidad (citación, medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155 del CPP y prisión preventiva), siendo la prisión preventiva la última ratio cautelar al proceder sólo cuando las demás medidas fueren insuficientes para asegurar los fines del procedimiento (artículo 139 inciso 2º), contemplándose casos en los cuales por mandato del legislador ella no es procedente (artículo 141), debiendo cesar en caso de dictarse un sobreseimiento o una sentencia absolutoria que causa ejecutoria (artículo 153).

e) La declaración de certeza de la notitia criminis (es decir, declaración de certeza del delito e inflicción de la pena como la declaración de certeza de la peligrosidad social y a la aplicación de las medidas de seguridad es una misión de carácter jurisdiccional, que por ello sólo puede hacerse efectiva mediante la dictación de una sentencia definitiva que debe emanar de un debido proceso.

Como ya hemos visto, sólo se puede ser condenado, sometido al cumplimiento de una pena o a una de las medidas de seguridad contempladas en el Código Procesal Penal en virtud de una sentencia definitiva, la que debe ser fundada, dictada por un

⁷⁷ Véase MAGALHAES GOMES FILHO, Antonio. *La presunción de inocencia en los textos internacionales de derechos humanos y en textos constitucionales modernos en Presunción de inocencia y prisión preventiva*. Traducción de Claudia Chaimovich G. Pág. 45. ConoSur Santiago. Chile. 1995.

tribunal imparcial y emanar de un debido proceso de ley (artículos 1º, 340, 342, 373 y 374). En otras palabras, no se puede a través de acto de ningún otro órgano del Estado que no fuere el tribunal natural o de algún particular condenar o someter a una persona al cumplimiento de una pena o medida de seguridad de las contempladas en el Código Procesal Penal (artículo 73 CPR).

Con anterioridad a la dictación de la sentencia definitiva penal no cabe la aplicación de pena alguna, siendo posible sólo excepcionalmente adoptar medidas cautelares personales durante el curso del proceso.

La peligrosidad social es considerada durante el curso del proceso penal como uno de los requisitos que deben concurrir para decretar la prisión preventiva (artículo 140 letra c), para aplicar el principio de oportunidad (artículo 170), debe ser considerada para determinar la procedencia y la forma de decretar la suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 y 238), y para determinar la procedencia de aprobar un acuerdo reparatorio (artículo 241 inciso 3º parte final).

Además, la peligrosidad social es considerada al momento de dictarse una sentencia penal condenatoria para los efectos de otorgar al condenado algunos de los beneficios de cumplimiento de la pena en libertad consistente en la remisión condicional, reclusión nocturna y libertad vigilada que se contemplan en la Ley N° 18.216.

Finalmente, en caso de determinarse que una persona ha cometido un delito en estado de enajenación mental o cae en ella durante el curso del proceso cabe que se adopte como medida de seguridad la de internación en un establecimiento destinado a enfermos mentales (artículo 457), sin perjuicio de poder decretarse la internación provisional antes de que sea decretada la medida de seguridad (artículo 464).

d) En cuanto a la declaración de certeza de las responsabilidades civiles conexas al delito, en primer término debemos considerar que en nuestro proceso penal se contempla expresamente la facultad para la víctima de ejercer las acciones (pretensiones) civiles indemnizatorias en contra del imputado; y las acciones restitutorias que se generan con motivo de la comisión de un delito (artículo 59).

Dado que la víctima es un interviniente dentro del proceso penal puede optar por preparar la demanda civil indemnizatoria dentro del proceso penal con posterioridad a la formalización, solicitando diligencias o medidas cautelares reales, generándose con ello la interrupción de la prescripción, condicionada a que con posterioridad se deduzca oportunamente la demanda civil (artículo 61).

El ejercicio de la acción restitutoria se puede verificar a lo largo de todo el procedimiento penal y se debe tramitar como incidente en cuaderno separado, salvo que se trate de la restitución de las especies hurtadas, robadas y estafadas, para lo cual basta para que ellas sean restituidas que se compruebe su dominio y sean ellas valoradas (artículo 189).

El ejercicio de la acción indemnizatoria por parte de la víctima en contra del imputado se contempla mediante la interposición de una demanda civil por escrito hasta quince días antes de la audiencia de preparación de juicio oral (artículos 60 y

261), la que deberá ser conocida, acreditada en sus aspectos de hecho y fallada en la audiencia de juicio oral.

Sólo la acción civil indemnizatoria de la víctima en contra del imputado puede ser ejercida dentro del proceso penal o ante el juez civil que sea competente conforme a las reglas generales, existiendo en esta materia un ejemplo de competencia preventiva o acumulativa. Las acciones civiles indemnizatorias que pudieren ejercerse por otras personas distintas de la víctima o en contra de sujetos distintos del imputado (terceros civilmente responsables) solamente pueden ejercerse ante el tribunal civil competente, conforme a las reglas generales.

e) Finalmente, en cuanto a la ejecución de las providencias, debemos recordar que las sentencias se ejecutarán en materia criminal en la forma que en cada caso esté indicada en el Código Penal y demás leyes especiales, sin perjuicio de lo establecido en el Libro IV del CPP (artículo 467).

En el actual sistema procesal penal, la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad previstas en la ley procesal penal será siempre de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal, y no del tribunal de juicio oral, aunque éste hubiere pronunciado la sentencia definitiva (artículos 113 inciso 2º del COT y 466 CPP).

Respecto de la acción civil que se hubiere ejercido en sede penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 349, tanto en caso de absolución como en el de condena, deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta. En caso de ser necesario ejecutar la parte civil indemnizatoria contenida en la sentencia definitiva dictada dentro del proceso penal, no corresponde que dicho procedimiento se realice ante los tribunales penales, sino que ante el juzgado de letras civil que fuere competente conforme a las reglas generales (artículos 171 del COT y 472 CPP), mediante el procedimiento ejecutivo.

En efecto, el inciso final del artículo 171 del COT haciendo una clara excepción a la regla general de la ejecución, señala que será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

En consecuencia, si se hubiere pronunciado una sentencia definitiva penal, acogiéndose la demanda civil indemnizatoria deducida por la víctima en contra del imputado –único caso en que ello es posible ante los tribunales con competencia penal en el actual sistema procesal penal–, la ejecución de la sentencia civil no deberá seguirse ante ellos, sino que ante el tribunal civil que fuere competente, de acuerdo a las reglas generales.

El procedimiento que deberá aplicarse para obtener la ejecución de la sentencia civil se señala en el artículo 472 del CPP al disponer que “en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil”. Ello implica

que el único procedimiento que cabrá aplicar para la ejecución de esa sentencia que contempla prestaciones civiles será el juicio ejecutivo, dado que no cabe aplicar el procedimiento incidental, el que sólo es procedente cuando la ejecución se solicita ante el tribunal que conoció del proceso en única o primera instancia. Debemos acordar que conforme al artículo 233 del CPC el procedimiento incidental sólo es aplicable *“cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide”*.

2. CARÁCTER INSTRUMENTAL CALIFICADO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

La característica de la instrumentalidad del proceso en general se acentúa doblemente cuando nos referimos a su expresión penal.

En efecto, al referirnos al proceso en general, señalamos que éste cumple siempre una función teleológica, destinado a un fin determinado, que no es otro que la resolución del litigio o conflicto.

En materia penal, al encontrarse proscrita toda forma privada de justicia penal, el proceso se constituye en el único instrumento capaz de ser utilizado para los efectos de hacer efectiva la pretensión punitiva estatal, en equilibrio con la pretensión de libertad del autor.

Por ello, la dictación de una sentencia penal condenatoria sólo resulta posible una vez que el tribunal haya adquirido la convicción más allá de toda duda razonable respecto de la concurrencia de hecho punible y un determinado grado de participación del sujeto, en un debido, justo y racional proceso penal previo, legalmente tramitado.

En esta materia, en primer término debemos tener presente la regla básica del Derecho Penal, que se expresa con las expresiones latinas de *“nullum crimen, nulla poena, sine legem”*, consistente en que no hay crimen sin que una ley así lo haya previamente determinado, y que se consagra en el artículo 19 N° 3 inciso final de la CPR y en el artículo 18 del Código Penal.

De acuerdo con este principio resulta que el primero de los monopolios en relación con el derecho penal consiste en que *“el Estado ha asumido en exclusiva la determinación del derecho penal en general y su aplicación en el caso concreto, de modo que no existe delito fuera de los que el Estado configura como tal ni imposición de penas por los particulares, con lo que queda excluida cualquiera pretendida justicia penal privada”*.

Conforme a ello:

“1° Quedó prohibida la autotutela o, en otras palabras, dejó de consentirse que los ciudadanos se tomaran justicia por su propia mano. No ya el Estado de Derecho, sino la misma sociedad civilizada, puede existir sólo en tanto que en la misma se parta de la prohibición de la autotutela y, consiguientemente, de la tipificación como delito del ejercicio de las propias razones.

"Cabe que existan algunas manifestaciones específicas de autotutela, y el supuesto más destacado es el de la legítima defensa, pero incluso estas manifestaciones tienen que ser controladas por el Estado, y luego veremos que jurisdiccionalmente, para determinar si se han ejercido dentro de los límites que justifican su propio ejercicio en el desarrollo de la vida en sociedad de los hombres, ésta fue una de las primeras conquistas y todavía hoy sigue, y debe seguir siendo irrenunciable".

"2° Se estableció que los particulares no pueden disponer de la consecuencia jurídico penal, esto es, de la pena, lo que supone que la aplicación del derecho Penal queda fuera de su disposición, de modo que no puede acordarse de modo privado la imposición de penas, ni aun con la aceptación del sujeto pasivo (disposición positiva), ni es posible tampoco que decidan su no imposición (disposición negativa).

"Existen, sí, algunos supuestos excepcionales en los que cabe referirse a una disposición negativa, bien porque el inicio de la persecución penal se deja depender de la voluntad del ofendido por el delito (como ocurre en los llamados "delitos privados" y, aun en los "semiprivados"), bien porque algunas veces quepa el perdón del ofendido (como suele ocurrir en los delitos de calumnia e injuria), pero la regla general es que la voluntad del particular no puede ser determinante a la hora de la aplicación del Derecho penal y, por tanto, la persecución de los "delitos públicos" no dependerá de la voluntad del ofendido o perjudicado por los mismos, ni su perdón extinguirá la responsabilidad penal.⁷⁸

En segundo lugar, debemos tener presente el principio consistente en que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta a la perpetración del hecho, el que se consagra en el inciso 4° del N° 3 del artículo 19 de la CPR, y artículo 2° del CPP.

"El segundo monopolio se refiere a que el Derecho penal no puede aplicarse, dentro ya del Estado, por órganos del mismo distintos de los jurisdiccionales, los cuales son sus únicos actuadores. Consecuencia obvia de ello es que los órganos legislativos y los administrativos no pueden ni declarar la existencia de un delito, ni imponer penas. Estamos ante otra opción de civilización que también es irrenunciable.⁷⁹

"Está claro que garantía esencial del Estado de Derecho, tal y como se concibe éste jurídica y políticamente, es que el Derecho penal, y, por tanto, su consecuencia, la pena, sólo puede ser aplicada por los órganos jurisdiccionales. La actuación del Derecho penal es monopolio del Estado y, dentro de éste, es monopolio de los tribunales".⁸⁰

Finalmente, debemos tener presente el principio de *nulla poena sine iudicio*, consistente en que no es posible en ningún caso la aplicación de la sanción penal sin el

⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan. *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*. Págs. 16 a 18. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1997.

⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Pág. 18. 1997.

⁸⁰ MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Pág. 19. 1997.

proceso. El principio del debido proceso para los efectos de poder llegar a dictar una sentencia se encuentra expresamente consagrado en el inciso 5º del N° 3 del artículo 19 de la CPR y en el artículo 1º del CPP.

Al efecto, debemos tener presente que “la aplicación de la pena está, efectivamente sustraída tanto al Estado “titular del poder punitivo como al particular que quisiere someterse espontáneamente a la sanción penal.

“El canon nulla poena sine iudicio” se pone, no sólo como autolímite de la función punitiva del Estado, sino también como límite a la voluntad del particular, a quien se le niega toda facultad de someterse a la pena; y da lugar a aquel nexo de condicionalidad entre el proceso y la aplicación de la sanción penal, que no encuentra correspondencia en ninguna otra rama del ordenamiento jurídico. Efectivamente, al paso que el mandamiento o la prohibición que constituye el núcleo preceptivo de la norma penal pueda operar por voluntaria observancia de los coasociados, la sanción sólo se actúa por medio del proceso.”⁸¹

*En consecuencia, “el tercer monopolio se centra en que el derecho penal se aplica por los tribunales, pero que éstos han de utilizar necesariamente el medio que es el proceso, no pudiendo imponer penas de cualquier otra forma. Estamos aquí, otra vez, ante una opción de civilización, que ha llevado a prohibir aplicaciones del Derecho penal que no se realicen precisamente con las garantías del proceso”.*⁸²

De allí que en el actual proceso penal, deba calificarse como de administrativa y no jurisdiccional las actuaciones de instrucción que realiza el Ministerio Público, no correspondiéndole a éste jamás la resolución del conflicto penal mediante la dictación de una sentencia condenatoria, como tampoco puede resolver la adopción de ninguna medida que prive, atente o perturbe algunos de los derechos constitucionales del imputado o terceros, para lo cual necesariamente debe acudir al juez de garantía.

3. EL DERECHO PROCESAL CONSTITUYE UNA UNIDAD⁸³

El Derecho Procesal, aunque su objetivo inmediato sea civil, penal, laboral, tributario, etc. constituye *una unidad*, y por ende es indivisible. Aun cuando circunstancialmente a través de él se persigan finalidades de distinta índole o alcance, existen instituciones, principios y normas básicas comunes, tales como la jurisdicción, la acción, partes, instancia, prueba, recursos, etc. que comprueban lo unitario del mismo.

Sin embargo, la característica anotada no ha sido generalmente aceptada, principalmente en el pasado. Especialmente, la problemática se ha centrado en torno a

⁸¹ GIOVANNI, Leone. Ob. cit. Págs. 6 y 7. 1963.

⁸² MONTERO AROCA, Juan. Ob. cit. Pág. 20. 1997.

⁸³ Sobre la materia se recomienda consultar Carlos KINSEMÜLLER L. “Las actuales relaciones entre el Derecho Penal sustantivo y Derecho Penal Adjetivo”. Págs. 321 y Sgtes. *Estudios de Derecho en Homenaje a Raúl Tavolari Oliveros*. LexisNexis. 2007. Santiago. Chile.

establecer si el Derecho Procesal Civil (empleando la expresión civil en un sentido amplio, como opuesto a lo penal) y el Derecho Procesal Penal comparten la misma esencia.

La doctrina separatista, es decir, aquella que sostiene que no hay una unidad en el Derecho Procesal, cree que las instituciones de ambos procesos son inconciliables tanto desde un punto de vista funcional cuanto desde el punto de vista de sus propias estructuras. Las manifestaciones de los procesos civiles y penales y sus fisonomías son diferentes por lo diverso de su objeto, no hay identidad entre ellos, ni siquiera analogía. Los principales sostenedores de esta doctrina separatista son los italianos Florian y Manzini, pudiendo citar actualmente a los argentinos Julio Bernardo Maier y Alberto Binder.

Por su parte, *la doctrina unitarista o unitaria* sostiene que existe una evidente unidad conceptual entre ambos procesos, en torno a diversas instituciones y estructuras, primordialmente a través de la jurisdicción. Esta doctrina es la que sustentan la mayor parte de los procesalistas modernos y es la que ha prosperado en los últimos tiempos. En todo caso, debe advertirse que en ningún caso la doctrina unitaria pretende, ni ha pretendido, que existe confusión entre el Derecho Procesal Civil y el Derecho Procesal Penal y que éste sea absorbido por aquél. Solo se entienda que ambos deben ser considerados integrantes de un Derecho Procesal.⁸⁴

Como puede advertirse, el centro de la discusión se sitúa en resolver si ambos procesos comprenden o no conceptos que representen una misma noción funcional que lleve a una teoría general del proceso, sin calificación. Desde este último punto de vista, puede sostenerse que, como es obvio, en su objetivo el proceso civil y el proceso penal no obedecen a la misma finalidad, pero se puede, a través de una unidad conceptual, configurar una doctrina general del proceso con las lógicas diferencias en sus tendencias, que es necesario establecer para el adecuado cumplimiento de sus diferentes finalidades. Como se ha dicho doctrinalmente “el juicio civil es un juicio al haber y el juicio penal es un juicio al ser”, lo que explica las diferencias entre ellos. De allí que se ha sostenido y enseñado por nuestro querido y recordado maestro Mario Mosquera que entre el derecho Procesal Civil y Penal existe *una unidad, en la diversidad*.

En último término, la importancia de determinar si el Derecho Procesal constituye o no una unidad reside fundamentalmente, en la posibilidad de aplicar las disposiciones de uno a otro, especialmente del civil al penal para integrar lagunas legales. Esta

⁸⁴ Eduardo Novoa Monreal enseñaba que el Derecho Procesal Penal (Derecho Penal Adjetivo) regula el procedimiento que ha de seguirse para la aplicación de las leyes penales al caso concreto; tiene individualidad propia y constituye una rama del Derecho Procesal general. Si en muchos tratados penales extranjeros, especialmente franceses, se contiene toda una sección destinada al Derecho Procesal Penal, se debe a razones docentes, porque en algunas universidades europeas el Derecho Penal material y adjetivo se enseñan en una misma cátedra. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo I. Pág. 33. Editorial Jurídica de Chile. 1960. En el mismo sentido, consultar CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Págs. 117 y Sgtes. Ediciones Universidad Católica de Chile. 7ª edición ampliada, marzo 2005.

integración sólo podrá ser posible si se estima que existe una doctrina general del proceso, es decir si el Derecho Procesal representa una unidad conceptual.

La normativa chilena, demostrando la existencia de la referida unidad del Derecho, efectúa en el sistema procesal penal una remisión a las normas del procedimiento civil en diversas materias, pudiendo citar al efecto, la relativa a las notificaciones (artículo 32), normas comunes a todo procedimiento (artículo 52); los requisitos que debe cumplir la demanda (artículo 60), la remisión a las medidas precautorias y al cumplimiento en solicitud de las medidas cautelares reales de las medidas prejudiciales precautorias (artículo 157); aplicación de las normas de cumplimiento incidental para hacer cumplir acuerdo reparatorio ante juez de garantía (artículo 243); aplicación normas de conciliación respecto responsabilidad civil en la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 273); aplicación de la tabla de emplazamiento para aumento del plazo para interponer los recursos (artículo 353); remisión a algunas causales del Código de Procedimiento Civil para suspensión de la vista de la causa de los recursos (artículo 357); aplicación de las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil para el cumplimiento de la parte civil de la sentencia penal (artículo 472); las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil.

No cabe duda que actualmente existe una grave dificultad en aplicar en forma supletoria las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil al nuevo sistema procesal penal, dado que los principios que inspiran al primer cuerpo legal como son los de la escrituración, impulso de partes, mediación, y prueba legal no se condicen con los de la oralidad, concentración, continuidad, impulso de tribunal, inmediación y sana crítica que rigen al nuevo sistema procesal penal.

De allí, que las disposiciones comunes a todo procedimiento del procedimiento civil debemos entender que se aplicarán al nuevo proceso penal en la medida que ellas no sean incompatibles con la naturaleza de los procedimientos.⁸⁵

4. FUNCIÓN DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Se ha señalado que el Derecho procesal penal cumple con una función material o política y una función formal.⁸⁶

4.1. *Función material o política*

En este sentido se ha dicho que es la tarea que le corresponde llevar a cabo como rama jurídica dentro del orden jurídico de un Estado.⁸⁷

⁸⁵ Esta aplicación del principio de la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil respetando la naturaleza o los principios que inspiran a los diversos procedimientos se ha consagrado expresamente en el artículo 27 de la Ley N° 19.968 que crea los Tribunales de Familia y 432 del Código del Trabajo.

⁸⁶ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 83. 2002. 2ª edición.

⁸⁷ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 84. 2002. 2ª edición.

Las tres funciones materiales que le corresponden al Derecho Procesal penal son las de:

- 1) Realización del derecho penal material
- 2) Protección personal, y
- 3) Recomposición de la paz y seguridad jurídica

1) Realización del derecho penal material

El Derecho procesal penal es el único medio legítimo para la realización penal (*nulla poena sine iudicio*: juez natural) con lo que se quiere expresar que los conflictos sociales que atañen al Derecho Penal tienen sólo su vía de solución a través de las reglas del Derecho Procesal penal en sentido estricto (procedimiento penal) y del Derecho de organización judicial, a diferencia de lo que sucede en otros ámbitos jurídicos.⁸⁸

Lo expresado rige también cuando se trata únicamente de la pretensión que sólo persigue realizar una medida de seguridad y corrección. Por realización penal comprendemos también, entonces, la actuación de una medida de seguridad y corrección, según lo pusimos en evidencia al describir el concepto y contenido del Derecho Procesal penal.⁸⁹

Vale la pena agregar que, accesoriamente, el derecho procesal penal sirve, eventualmente, como medio realizador del Derecho civil material o sustantivo, en tanto si el legitimado para demandar la reparación del daño causado por el delito lo desea, puede reclamar en el proceso penal su reparación, ejerciendo la pretensión civil *ex delicto*.⁹⁰

2) Protección personal

El Derecho procesal penal es un estatuto de garantías sobre todo para quien es perseguido penalmente, garantías que, incluso, se supraordinan a las demás funciones que también se le adjudica. Estos límites al derecho de intervención del Estado sobre los ciudadanos, a título de aplicación de su poder penal, ejercido como persecución penal, que protegen tanto al inocente, con miras a evitar una condena injusta, cuanto al mismo culpable, porque no se alcance una condena a costa de su dignidad personal o sin posibilidad de defender sus puntos de vista, caracterizan la *judicialidad* del proceso penal y el *legalismo* procesal en que consiste su regulación.⁹¹

3) Recomposición de la paz y seguridad jurídica

El valor definitivo de la decisión final está amparado, en todo aquello que hace a la situación de quien es perseguido penalmente, absuelto o condenado en sentencia

⁸⁸ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 85. 2002. 2ª edición.

⁸⁹ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 88. 2002. 2ª edición.

⁹⁰ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 88. 2002. 2ª edición.

⁹¹ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 91. 2002. 2ª edición.

definitiva, por la prohibición de persecución penal múltiple (*ne bis in eadem*); una vez que se alcanzó la cosa juzgada ella es irreversible en perjuicio del acusado absuelto o del condenado, con miras a una condena superior, por más que se pueda demostrar el fracaso del procedimiento y de la decisión que le pone fin para cumplir la función de realizar el Derecho penal que le es propia, aspecto que acentúa el carácter de garantía individual de la regla.⁹²

4.2. Función formal

La función formal del Derecho Procesal Penal es aquella que tiene por objeto indicar como sus reglas cumplen la función material que se les adjudica.

Todas las normas del Derecho Procesal penal son normas potestativas. Ellas disciplinan los actos que integran necesaria o eventualmente un procedimiento, disponiendo sobre el modo, tiempo y forma en los cuales deben ser llevados a cabo para obtener ciertas consecuencias jurídicas, sobre la competencia de los órganos públicos que ejercen la función penal del Estado para realizar algunos de ellos o las facultades de los particulares intervinientes en el procedimiento para llevar a cabo otros.⁹³

5. NATURALEZA DE LAS NORMAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Hemos señalado ya que el Derecho Procesal Penal es aquella rama del orden jurídico interno de un Estado, cuyas normas establecen y organizan los órganos públicos que cumplen la función judicial penal estatal, regulan los actos del proceso y del procedimiento indispensables para imponer una sanción penal o medida de seguridad penal, y los derechos y deberes de sus intervinientes.

También señalamos que el proceso penal, tal como el proceso en general del cual forma parte, es instrumental y sólo a través de él puede imponerse una sanción y/o una medida de seguridad.

Ahora bien, en relación con la naturaleza de las normas que lo conforman, podemos decir que el Derecho Procesal Penal se caracteriza porque éstas son de Derecho Público, interno e instrumentales para el adecuado ejercicio de la jurisdicción.⁹⁴

5.1. Las normas de derecho procesal penal pertenecen al derecho público

No es motivo de discusión que el Derecho Procesal Penal es una rama del Derecho público.

Tanto si se define al Derecho público como aquel que regula intereses comunitarios, por oposición a los intereses privados de los individuos (*teoría de los intereses*), como

⁹² MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 92. 2002. 2ª edición.

⁹³ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 93. 2002. 2ª edición.

⁹⁴ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 95 y Sgtes. 2002. 2ª edición.

si, según su concepto más moderno, se lo identifica por la naturaleza de la relación jurídica que regula, en la que los órganos del Estado, o los individuos calificados de ese modo ejercen sus funciones, ocupan una posición supraordinada respecto de los demás sujetos del derecho (subordinados) a los que vinculan y obligan por su sola declaración de voluntad (*teoría de los sujetos*), la clasificación es aparentemente correcta porque el Derecho procesal penal regula la actividad de órganos estatales (sobre todo el tribunal y el Ministerio Público) que obran guiados por un interés social (la persecución penal de los delitos), y esos órganos se supraordinan a los particulares que intervienen en el procedimiento, hecho que se nota, sin más, en el imperio jurisdiccional que, con la declaración de voluntad del órgano estatal (juez), somete a los particulares a la solución que adopta en su decisión (específicamente en la sentencia).

Menos discutible aparece esta clasificación cuando se observa que el Derecho procesal penal tiene por misión realizar el Derecho penal material o sustantivo, del que también se predica que pertenece al Derecho público.⁹⁵

Dicho lo anterior, debe sin embargo advertirse que —aun cuando no cabe duda de la adscripción de las normas del Derecho procesal penal al denominado Derecho público— esta referencia actualmente no tiene trascendencia más que histórica, ya que tal como lo señaláramos anteriormente el Derecho en sí constituye una unidad, sin perjuicio de los énfasis a que nos refiriéramos.

Más que la categoría formal, lo relevante actualmente es distinguir la naturaleza de la norma, para lo cual la doctrina tiende a distinguir aquellas que son de orden público, de aquellas que son más bien de orden privado. Es desde esta perspectiva que sin duda las normas del Derecho procesal penal, pertenecen a la primera categoría, cuestión que importa que éstas no quedan dentro del ámbito de disponibilidad de las partes respecto de los derechos y obligaciones que ellas establecen, resultando por ende irrenunciables.

5.2. Las normas de derecho procesal penal son de derecho interno

Una de las características del Derecho Procesal penal actual reside en que, salvo escasísimas excepciones, rechaza la aplicación de normas internacionales, expresión que se extiende a sus dos posibilidades: según reglas internacionales puras o del Derecho interno o internacionales que remiten a un Derecho foráneo. Los tribunales aplican al enjuiciamiento penal el Derecho procesal penal que rige en el ámbito del poder soberano que los inviste (*lex fori*), como regla casi sin excepciones. La razón de esta reserva reside en la consideración de que la administración de justicia, más aún, cuando se trata de la actuación del Derecho Penal, es un atributo esencial de las soberanías nacionales.⁹⁶

⁹⁵ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 95 y 96. 2002. 2ª edición.

⁹⁶ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 103 y 104. 2002. 2ª edición.

Al efecto, el artículo 5° del COT establece actualmente que *“A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan dentro del territorio de la República, cualquiera sea la naturaleza o la calidad de las personas que en ellos intervengan, sin perjuicio de las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes”*.⁹⁷

Por su parte, el artículo 5° del Código Penal establece que *“la ley penal chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Los delitos cometidos en el mar territorial adyacente quedan sometidos a la prescripciones de este Código”*.

Al ser la jurisdicción una función pública, debemos tener presente el principio general contemplado en el artículo 1462 del Código Civil, el cual prescribe que *“Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público chileno. Así la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción no reconocida por las leyes chilenas, es nula por vicio del objeto”*.

Sin embargo, es menester tener presente que este principio de la territorialidad de nuestra jurisdicción reconoce excepciones en casos en que nuestros tribunales poseen competencia para conocer de asuntos promovidos fuera del territorio de la República; y por otra parte, existen asuntos promovidos dentro del territorio de la República respecto de los cuales nuestros tribunales no ejercen la función jurisdiccional.

En primer lugar, como casos de asuntos en que nuestros tribunales ejercen jurisdicción para juzgar asuntos promovidos fuera del territorio de la República cabe destacar el conocimiento de los crímenes y simples delitos cometidos fuera el territorio de la República los cuales quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos que se enumeran en el artículo 6° del Código Orgánico de Tribunales.⁹⁸

⁹⁷ Este artículo establecía originalmente que *“A los tribunales mencionados en este artículo corresponderá el conocimiento de todos los asuntos judiciales que se promuevan en el orden temporal...”*.

La expresión temporal debemos entenderla de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española en su acepción de “Secular o profano”. Por “profano” se entiende lo que no es sagrado ni sirve a usos sagrados, sino puramente secular.

De acuerdo con ello, la expresión temporal quiere decir que la jurisdicción se ejerce solamente sobre lo no secular o espiritual.

El artículo 11 de la Ley N° 19.665 de 9 de marzo de 2000 eliminó en el inciso 1° del artículo 5° del COT la expresión “en lo temporal”. Esta supresión tuvo su origen en una indicación del Senador Viera Gallo, atendido a que “ella se explicó en un contexto histórico pero que, en la actualidad, la diferenciación entre el orden temporal y el espiritual para los efectos de determinar la competencia de los tribunales no aporta mayor utilidad”. Sesión 19 del Senado. Anexo Documentos. Pág. 1663.

⁹⁸ *“Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican:*

1° *Los cometidos por un agente diplomático o consular de la República, en el ejercicio de sus funciones;*

2° *La malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos, el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República;*

El CPP por su parte reconoce expresamente valor a las sentencias penales dictadas por tribunales extranjeros al disponer en su artículo 13 que *"Tendrán valor en Chile las sentencias penales extranjeras. En consecuencia, nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente."*

En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.

*La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes".*⁹⁹

En segundo lugar, como asuntos que se hayan promovido en Chile respecto de los cuales nuestros tribunales no ejercen la función jurisdiccional son aquellos que se conocen bajo la denominación de inmunidades de jurisdicción y que se regulan en

Continuación nota ⁹⁸

3° Los que van contra la soberanía o contra la seguridad exterior del Estado, perpetrados ya sea por chilenos naturales, ya por naturalizados, y los contemplados en el Párrafo 14 del Título VI del Libro II del Código Penal, cuando ellos pusieren en peligro la salud de habitantes de la República;

4° Los cometidos, por chilenos o extranjeros, a bordo de un buque chileno en alta mar, o a bordo de un buque chileno de guerra surto en aguas de otra potencia;

5° La falsificación del sello del Estado, de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o de establecimientos públicos, cometida por chilenos o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República;

6° Los cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquiró;

7° La piratería;

8° Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias;

9° Los sancionados por el Título I del Decreto N° 5.839, de 30 de septiembre de 1948, que fijó el texto definitivo de la Ley de Defensa Permanente de la Democracia, cometidos por chilenos o por extranjeros al servicio de la República, y

10. Los sancionados en los artículos 366 quinquies, 367 y 367 bis N° 1, del Código Penal, cuando pusieren en peligro o lesionaren la indecencia o la libertad sexual de algún chileno o fueren cometidos por un chileno o por una persona que tuviere residencia habitual en Chile; y el contemplado en el artículo 374 bis, inciso primero, del mismo cuerpo legal, cuando el material pornográfico objeto de la conducta hubiere sido elaborado utilizando chilenos menores de dieciocho años.

⁹⁹ En el antiguo sistema procesal penal, se dispone respecto de estos delitos cometidos en el extranjero que son de competencia de los tribunales nacionales que no tienen eficacia en nuestro país las sentencias absolutorias dictadas por los países extranjeros para los efectos de evitar su juzgamiento en nuestro país (artículo 3° inciso final del C. de Procedimiento Penal) y que las sentencias condenatorias no producen el efecto de cosa juzgada para impedir su juzgamiento, sino que son consideradas sólo las penas que se hubieren cumplido en el extranjero para los efectos de computarlas a las que se impusieren de acuerdo a la ley nacional si son de igual naturaleza o en caso contrario, para los efectos de atenuar prudencialmente la pena (artículo 3° inciso 3° del mismo).

tratados internacionales respecto de funcionarios diplomáticos de países extranjeros u organismos internacionales.

5.2.1. *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*¹⁰⁰

Ahora bien, lo anteriormente señalado respecto del carácter eminentemente interno de las normas procesales penales, reviste sin embargo solamente una regla de carácter general en la actualidad. En efecto, atendida la existencia de valores comunes por parte de la humanidad se ha tendido en un mundo cada vez más globalizado a crear normativa y órganos supranacionales para el juzgamiento de determinados crímenes de lesa humanidad, cuyo mejor ejemplo lo constituye en la actualidad el Tratado de Roma que creó la Corte Penal Internacional, celebrándose el 11 de marzo de 2003 su inauguración en La Haya, donde en una ceremonia especial, los 18 primeros jueces del Tribunal Penal Internacional asumieron sus nuevos cargos.¹⁰¹

En el caso chileno, con fecha 1 de agosto de 2009 se publicó el decreto promulgatorio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado el 17 de julio de 1998, en dicha ciudad, por la conferencia diplomática de plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de esa Corte.¹⁰²

Sin embargo, para que ello fuera posible antes fue necesaria la modificación de la CPR de 1980, de forma que nuestra Carta Fundamental reconociera la vigencia y aplicación en Chile de la Corte Penal Internacional, tal como el Tribunal Constitucional resolviera el año 2002 al disponer “*que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa*”¹⁰³.

Por lo anterior, la Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, publicada en el Diario Oficial el 30 de mayo de 2009, introdujo en la Carta Fundamental una Disposición Vigésimocuarta Transitoria, nueva, que en su inciso primero dispone lo siguiente: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de

¹⁰⁰ Sobre los orígenes de la jurisdicción penal universal consultar NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal Chileno*. Tomo I. Págs. 173 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 1960.

¹⁰¹ Véase PETER KAUL, Hans. “Aspectos Políticos de la Implementación del Tratado de Roma”. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 4. Año 2004. Pág. 101. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

¹⁰² El Tribunal Constitucional, por sentencia Rol 1.415-09-cpr, de fecha 24 de junio de 2009, declaró que el estatuto de la Corte es constitucional.

¹⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 8 de abril de 2002, recaída en los autos Rol N° 346, en el requerimiento de inconstitucionalidad promovido por 35 diputados en marzo del mismo año.

1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte”.

La Corte es un tribunal internacional permanente¹⁰⁴, que ejerce jurisdicción penal, de carácter complementario¹⁰⁵ de las jurisdicciones penales nacionales, respecto de personas naturales y cuya competencia se encuentra limitada a los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto, cuales son:

- a) El crimen de genocidio;
- b) Los crímenes de lesa humanidad;
- c) Los crímenes de guerra;
- d) El crimen de agresión.

La competencia de la CPI no es sin embargo complementaria a la nacional¹⁰⁶, motivo por el cual el Tribunal Constitucional estimó que sin previa reforma de la CPR, no era compatible su establecimiento con las normas vigentes hasta ese momento. En efecto respecto de los graves crímenes objeto de su competencia, la CPI no sólo complementa, sino que puede llegar a sustituir a los órganos nacionales e incluso a revisar las decisiones de éstos, no obstante que los delitos hubieren sido cometidos en Chile, lo que hace evidente excepción al principio de la territorialidad del ejercicio de la función jurisdiccional.¹⁰⁷

Finalmente, no cabe duda que las normas sobre derechos humanos contempladas en tratados internacionales aun cuando tienen un origen internacional, deben ser aplicadas en el derecho interno, contemplándose normas expresas en tal sentido en el sistema procesal penal.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Otros tribunales internacionales establecidos en tratados ratificados por Chile, son aquellos contemplados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de San José de Costa Rica, y el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya.

¹⁰⁵ Preámbulo y artículo 1º del Tratado.

¹⁰⁶ Así lo establece el TC en sus considerandos, que señalan: “25º. *Que, si se examinan los artículos transcritos, es evidente que por el artículo 17, párrafo 1, a), b) y c), y párrafo 2, a), b) y c), la Corte Penal Internacional puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales y, además, por el mismo artículo, párrafo 3, puede sustituir supletoriamente la jurisdicción nacional, en los casos que en dicho precepto se expresan*”; “28º. *Que, de un examen exhaustivo del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es evidente que es la propia Corte la que resuelve sobre su competencia para conocer de las materias entregadas a su conocimiento y, como aparece con claridad de las disposiciones transcritas e indicadas del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional ejerce su jurisdicción en algunas materias de su competencia corrigiendo o sustituyendo la de los Estados Partes*; 29º. *Que, de las normas citadas y de lo considerado precedentemente, se concluye que la jurisdicción de la Corte que se crea, no necesariamente complementa a aquella de los tribunales de los Estados Partes, sino que, por el contrario, puede en ciertos casos, previstos expresamente por el Estatuto, llegar a revisar resoluciones ejecutoriadas dictadas por tribunales nacionales de los Estados y sustituirlas*”.

¹⁰⁷ Conforme lo disponen el artículo 17, párrafo 1, a), b) y c), y párrafo 2, a), b) y c), la CPI puede corregir lo resuelto por los tribunales nacionales y, además, por el mismo artículo, párrafo 3, puede sustituir supletoriamente la jurisdicción nacional, en los casos que en dicho precepto se expresan.

¹⁰⁸ Véase artículo 10, 250, 300 letra c) y 373 letra a).

En todo caso, no debemos dejar de considerar la existencia de una jurisdicción universal, principio también llamado de la ubicuidad, el cual, como nos señala Lledó Vázquez, “previene que un Estado captor de los responsables de un crimen internacional, tiene jurisdicción para juzgarlos, aun cuando el crimen no se haya cometido en su territorio, ni sean los sujetos de su nacionalidad”. Su fundamento deriva de estar persiguiendo un crimen internacional, que ofende a la comunidad internacional en su conjunto, por lo que el presunto responsable debe ser juzgado en cualquier parte que sea habido.

“El principio *aut dedere aut judicare*”, de reconocida vigencia universal, además de su carácter originalmente consuetudinario, ha recibido consagración positiva en diversos instrumentos internacionales, tales como convenciones de Ginebra de 1949 y los Principios de cooperación Internacional en la Identificación, Detención, Extradición y Castigo de los culpables de Crímenes de Guerra o Crímenes de Lesa Humanidad de 1973.

“Pese a su indubitada vigencia nacional e internacional, los Estados en general han hecho escasa aplicación del principio, lo que es atribuido a múltiples factores, pero sin duda los que destacan son de carácter político, porque, generalmente, el Estado captor no desea tener problemas con el Estado de cuya nacionalidad es el responsable, y también porque, habitualmente, la captura del presunto responsable se dificulta cuando éste se refugia en un Estado que lo ampara, ya sea el propio o un tercero. Por todas estas razones y otras más, desgraciadamente, la aplicación de este principio ha sido más bien marginal”.¹⁰⁹

Finalmente, cabe tener presente que no obstante la creación de la Corte Penal Internacional, “Como bien señala la juez Ad-hoc Van Der Wyngaert en su opinión disidente en el caso Arrest Warrant (2002), el Estatuto de la Corte Penal no prohíbe el ejercicio de la jurisdicción universal. Sin embargo, hay autores que creen sería conveniente que los Estados restringieran progresivamente el uso de la jurisdicción universal, para dejar la investigación de los hechos y sanción de los culpables en manos del Estado del territorio donde se cometió el delito o en manos de la CPI. Pese a esta sugerencia de algunos autores, hay que reconocer que habrá casos en que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no será posible de aplicar, y en esa situación, la opción del ejercicio de jurisdicción universal puede ser la única alternativa contra la impunidad de los culpables. Tal sería el caso de un delito cometido en el territorio y por nacionales de un Estado que no es Parte, que no quiere ejercer jurisdicción sobre el hecho, y en que el Consejo de Seguridad no manifiesta interés alguno en requerir la actuación del Fiscal”.¹¹⁰

¹⁰⁹ Ver LLEDÓ VÁSQUEZ, Rodrigo. *Derecho Internacional Penal*. Págs. 54 a 58. Febrero 2000. Ediciones Congreso. Santiago. Chile.

¹¹⁰ FUENTES T., Ximena. “La jurisdicción universal y la Corte Penal Internacional”. Pág. 133. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 4. Año 2004.

5.3. Las normas de derecho procesal penal son instrumentales y no meramente adjetivas o formales

Se ha dicho que “El Derecho Penal, en sentido estricto es primario, porque define los hechos punibles, esto es, las acciones prohibidas (delitos de acción) y las mandadas u obligatorias (delitos de omisión), y la consecuencia jurídica característica de él, la pena, vale decir, determina el poder o la potestad penal del Estado. El Derecho procesal penal es en cambio, secundario, porque se ocupa de la realización del Derecho Penal cuando se afirma una lesión a sus normas, es decir, de la actuación práctica del poder penal del Estado. Sin Derecho Penal no tiene sentido el Derecho procesal penal.”¹¹¹

Nosotros no compartimos dicha afirmación, por cuanto el derecho procesal penal contempla derechos y garantías durante el proceso que no podemos calificar de meramente adjetivas o formales; y, por otra parte, porque existen normas procesales que puede conllevar también a la extinción de la responsabilidad penal, como acontece a través de múltiples instituciones que actualmente se contemplan en el sistema procesal penal, pudiendo a modo meramente ejemplar citar el principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la extinción de responsabilidad penal por no formular el fiscal acusación dentro del plazo legal, etc.

Debemos recordar que la actual denominación del conjunto de normas pertinentes, como Código Procesal Penal obedece a que no regula meras normas de procedimiento (como podría pensarse al denominarse el antiguo texto legal que regulaba el sistema procesal penal chileno, y que continúa en aplicación respecto de aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del CPP, llamado Código de Procedimiento Penal), sino que abarca normas de jurisdicción; de competencia, garantías para los justiciables, sobre relaciones entre los diversos sujetos e instituciones intervinientes etc. De allí la tendencia moderna de llamarles códigos procesales penales.¹¹²

Por lo demás, para rebatir la atribución de mero derecho adjetivo al Derecho Procesal Penal, basta tener presente dos consideraciones básicas.

En primer lugar, a través del Derecho Procesal Penal se desarrollan los derechos y las garantías básicas que la Carta Fundamental y los Tratados internacionales contemplan respecto de la libertad de la persona humana y los casos en los cuales puede ser privado de ella, lo que representa el aspecto más sustancial en relación con la especie humana.

En segundo lugar, basta remitirse al Título I del Libro Primero del CPP, denominado Principios Básicos, para constatar que dichas normas no revisten un carácter

¹¹¹ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 109. 2002. 2ª edición.

¹¹² Lo mismo ocurre con las normas que regulan el proceso civil, que pasan a contenerse en el Código Procesal Civil, y no en el Código de Procedimiento Civil.

meramente adjetivo, sino que por el contrario, resultan esenciales para concebir la existencia de un Estado de Derecho.¹¹³

En consecuencia, debemos concebir al Derecho Procesal Penal más bien como un derecho de carácter instrumental, en su caso de carácter privilegiado, atendido a que el proceso es la única forma para dar solución a un conflicto penal haciendo efectiva la pretensión punitiva del Estado, tal como señalamos precedentemente.

Como conclusión, las normas que contemplan el desarrollo del debido proceso penal constituyen la garantía de todas las garantías que se contemplan para el ejercicio de la pretensión penal dentro de un Estado de Derecho.

Reducir el proceso a una mera formalidad, nos hace pensar que basta para que se ejerza la pretensión penal que exista una sentencia condenatoria que emane de un proceso cualquiera, en circunstancias que dentro de un Estado de derecho además de la necesaria existencia de una sentencia condenatoria para ser ejercida la pretensión penal, se requiere adicionalmente y en forma previa que ella emane necesariamente de un debido proceso de ley.¹¹⁴

6. FUENTES NORMATIVAS DEL DERECHO PROCESAL PENAL

Entendido el Derecho procesal penal como el conjunto de normas que establecen y organizan los órganos públicos que cumplen la función de investigar y sancionar los ilícitos penales, regulan los actos del proceso y del procedimiento indispensables para imponer una sanción penal o una medida de seguridad, y los derechos y deberes de todos sus intervinientes, sus fuentes precisamente nos remiten a la regulación normativa que lo conforman.

Por “fuente del Derecho” se entiende, genéricamente, la identificación de la forma institucional de donde “emana” el Derecho vigente. Con ser una metáfora, la expresión es fundamental para indicarnos donde acudir en busca de las normas jurídicas, de las expresiones lingüísticas y conceptuales que las conforman.¹¹⁵

Podemos decir que las fuentes del Derecho procesal penal son la Constitución Política de la República, la ley, los tratados internacionales, la jurisprudencia y la doctrina.

¹¹³ En el Título I se recoge el “Juicio previo y única persecución” (artículo 1°); “Juez natural” (artículo 2°); “Exclusividad de la investigación penal (artículo 3°); “Presunción de inocencia del imputado” (artículo 4°); “Legalidad de las medidas privativas o restrictivas de libertad” (artículo 5°); “Protección de la víctima” (artículo 6°); “Calidad de imputado” (artículo 7°); “Ámbito de la defensa” (artículo 8°); “Autorización judicial previa” (artículo 9°); “Cautela de garantías” (artículo 10°); “Aplicación temporal de la ley procesal penal” (artículo 11°); “Intervinientes” (artículo 12°); y “Efecto en Chile de las sentencias penales de tribunales extranjeros” (artículo 13°).

¹¹⁴ Véase MEDINA, Cecilia. *La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia*. Págs. 265 y Sgtes. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Diciembre 2003. TORO JUSTINIANO, Constanza. *El debido proceso penal*. Ediciones Jurídicas de Santiago. 2009.

¹¹⁵ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 120. 2002. 2ª edición.

Una clasificación de las fuentes del Derecho procesal penal las divide en fuentes directas e indirectas, perteneciendo la ley, en todas sus jerarquías, a la primera categoría, y la jurisprudencia y la doctrina, a las fuentes indirectas.

6.1. Constitución Política de la República (CPR)¹¹⁶

Constituye sin lugar a dudas, la primera fuente del Derecho procesal en general, y del penal en especial, conteniendo diversas disposiciones procesales, tanto de carácter orgánico como funcional. A lo largo de nuestra Carta Fundamental, se contemplan con rango constitucional diversas normas comunes a todo proceso y por ello también aplicables al proceso penal, y otras que se refieren específicamente a las garantías y formas en que deben llevarse a cabo diversas actuaciones dentro del proceso penal.

Los capítulos VI a VIII se refieren en específico al Poder Judicial, al Ministerio Público y al Tribunal Constitucional, respectivamente. Se contienen en ella directamente a) normas de derecho procesal orgánico (v. gr. tribunales, función jurisdiccional y competencia), y b) normas de derecho procesal funcional (v. gr. la acción, el proceso, el procedimiento, la defensa jurídica, las garantías dentro del procedimiento penal, la cosa juzgada, los recursos). Regula también ciertas acciones específicas (Ej. Recurso de amparo, recurso de protección, inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley, reclamo por privación o desconocimiento de la nacionalidad, reclamación de ilegalidad por expropiación, desafuero, etc.).

En relación a las garantías y formas que deben observarse respecto de actuaciones determinadas dentro del proceso penal, y sin perjuicio de lo que se dirá en el apartado pertinente, es del caso resaltar desde ya, lo relativo a las siguientes garantías.

1. Conductas terroristas

“El terrorismo, en cualquiera de sus formas, es por esencia contrario a los derechos humanos.

Una ley de quórum calificado determinará las conductas terroristas y su penalidad. Los responsables de estos delitos quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, o de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser director o administrador del mismo, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindi-

¹¹⁶ El texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, se contienen en el Decreto N° 100, publicado el 22 de septiembre de 2005. Las últimas modificaciones constitucionales se encuentran contenidas en la Ley N° 20.050, de fecha 26 de agosto de 2005; N° 20.162, de 16 de febrero de 2007; N° 20.193, de 30 de julio de 2007; N° 20.245, de 10 de enero de 2008; N° 20.337, de 4 de abril; N° 20.346, de 14 de mayo; N° 20.352, de 30 de mayo; N° 20.354, de 12 de junio; N° 20.390, de 28 de octubre, todas de 2009.

cal, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo. Lo anterior se entiende sin perjuicio de otras inhabilidades o de las que por mayor tiempo establezca la ley.

Los delitos a que se refiere el inciso anterior serán considerados siempre comunes y no políticos para todos los efectos legales y no procederá respecto de ellos el indulto particular, salvo para conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo” (artículo 9º CPR).

Por otra parte, el artículo 19 N° 7 letra e), que se refiere a la libertad en los delitos sobre conductas terroristas, disponiendo al efecto que:

“La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”.¹¹⁷

El terrorismo, más que ser contrario a los derechos humanos, importa un atentado en contra de la humanidad, dado que con él se desconoce el orden establecido para la convivencia de todos los hombres en nuestro planeta, importando esas conductas un ilícito agravado respecto del resto de los delitos. Es por ello que en casi todas las legislaciones mundiales se les otorga un tratamiento especial y de mayor rigurosidad a los agentes terroristas que respecto del resto de los autores de conductas delictivas.

Todo delito importa un atentado contra los derechos humanos, porque en definitiva desconoce valores esenciales de la persona humana, justificándose que esos bienes jurídicos se protejan por medio de la tipificación de delitos cuando su gravedad lo amerita, teniendo presente que el derecho penal aparece como la ultima ratio en el ordenamiento jurídico para la protección de éstos. En las conductas terroristas estimamos que siempre concurre esta ultima ratio, y por ello debe ser tipificadas y sancionadas con mayor drasticidad, dado que con ellas muchas veces se dirigen acciones indiscriminadas y sin siquiera distinguir quienes serán sus víctimas, provocando con ello con graves repercusiones para los efectos de poder mantener en la población una pacífica y segura convivencia social.

Dada la mayor drasticidad que involucra el tratamiento de las conductas terroristas, nuestro Constituyente exige una ley de quórum calificado para la descripción de las acciones que precisamente deben ser calificadas como terroristas, siendo esta la Ley

¹¹⁷ Inciso modificado por la Ley N° 20.050 de fecha 26 de agosto de 2005.

Previo a la modificación constitucional, la norma señalaba que *“La resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el artículo 9º, deberá elevarse siempre en consulta. Esta y la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la excarcelación serán conocidas por el Tribunal superior que corresponda integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que apruebe u otorgue la libertad requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad provisional el reo quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple”.*

Nº 18.314 de 17 de mayo de 1984, la que ha experimentado diversas modificaciones con posterioridad a su dictación.

La calificación de una conducta de terrorista conlleva mayores consecuencias por mandato constitucional que respecto del resto de las conductas delictivas, siendo ellas las siguientes:

a) La condena por una conducta terrorista conlleva una pena accesoria por quince años de inhabilidad para ejercer cargos públicos y desempeñar las otras actividades de representación o de comunicación social que la Constitución establece, sin perjuicio de las otras inhabilidades que pueda contemplar la ley;

b) Un delito terrorista siempre debe ser considerado común y no político para todos los efectos legales;

c) Se limita la facultad de indulto particular sólo a conmutar la pena de muerte por la de presidio perpetuo;¹¹⁸

d) La detención se puede ampliar hasta diez días en casos de conductas terroristas;¹¹⁹.

e) La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado solo puede ser vista por un tribunal colegiado compuesto sólo por miembros titulares, excluyéndose la integración en este caso de los Fiscales y de los abogados integrantes.

f) El quórum para los efectos de aprobar u otorgar la libertad por el tribunal colegiado es la unanimidad de sus miembros;

g) *Mientras dure la libertad*, su tratamiento se ve agravado respecto de la que se otorga según las reglas generales, porque ella conlleva a que el *el imputado* quede siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple.

2. Pena de muerte

Nuestra Carta Fundamental en el debate existente entre los partidarios y los detractores de la pena de muerte ha tomado una posición equidistante, puesto que por un lado claramente ha consagrado su existencia, pero por otra parte, atendida su gravedad, ha exigido una ley de quórum calificado para su consagración respecto de un determinado delito.

¹¹⁸ La Ley Nº 19.027, de 24 de enero de 1991, eliminó la referencia expresa a la pena de muerte contenida en el artículo 2º de la Ley Nº 18.314.

¹¹⁹ El artículo 19 Nº 7 letra c) de la CPR, refiriéndose a la detención dispone que "*El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas*".

Por su parte, el artículo 11 de la Ley Nº 18.314 que determina las conductas terroristas y fija su penalidad, modificado por la Ley Nº 19.806, de 2002, dispone que "*Siempre que las necesidades de la investigación así lo requieran, a solicitud del fiscal y por resolución fundada, el juez de garantía podrá ampliar hasta por diez días los plazos para poner al detenido a su disposición y para formalizar la investigación*".

Así, el artículo 19 N° 1 inciso 3° de la CPR dispone que *“La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”*.¹²⁰

Sin perjuicio de ello, debemos tener presente que por la Ley N° 19.734, de 2001, se derogó la pena de muerte en diversos preceptos que la contemplaban en nuestro ordenamiento jurídico (Código Penal, leyes especiales, y en dos casos puntuales del Código de Justicia Militar), reemplazándola por la pena de “presidio perpetuo calificado”. Con anterioridad la Ley N° 19.027, de 24 de enero de 1991, eliminó la referencia expresa a la pena de muerte en el artículo 2° de la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas.¹²¹

La aplicación de la pena de muerte es una materia ampliamente debatida, que responde a consideraciones de carácter religioso, ético, moral, filosófico, político y sin duda jurídico, puesto que importa privar a una persona de su derecho más esencial, que sirve de base y sustento a cualquier otro. Las consideraciones y argumentos a favor y en contra de la pena de muerte encuentran partidarios y detractores profundos, debiendo tenerse presente que la razón más valedera para oponerse a la aplicación de la pena de muerte, es la posibilidad del error judicial, lo que constituiría una situación de injusticia absolutamente irreparable. Desde el punto de vista de la doctrina jurídico-penal, el debate sobre la legitimidad de la pena de muerte se asocia con los fines del derecho penal en general y de la pena en particular (retribución por el daño causado, prevención especial o general, etc.).

Dada la derogación de todos los casos de pena de muerte en el Código Penal por parte de nuestro legislador, y su mantención para ciertos delitos contemplados en el Código de Justicia Militar, debemos entender que se siguen así tendencias más modernas sobre política criminal, que en muchos países del mundo han excluido esta sanción de sus sistemas penales.

Debe tenerse presente que conforme el artículo 5° inciso 2° de la CPR *“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”*.

Diversos textos internacionales se han referido a la pena de muerte¹²², entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de “San José de Costa

¹²⁰ Debe tenerse presente que, conforme a lo previsto en el artículo 5° transitorio de la CPR, debe entenderse que todas las leyes que contemplaban la pena de muerte con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución tendrían el carácter de quórum calificado exigido por la norma constitucional.

¹²¹ Forma parte de las denominadas “leyes Cumplido”, en referencia al Ministro de Justicia del Gobierno de Patricio Aylwin, Francisco Cumplido Cereceda.

¹²² V. gr. Resolución N° 50, aprobada por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas con fecha 25 de mayo de 1984, que establece salvaguardias para garantizar la protección de los derechos de los condenados a la pena de muerte, aplicable a los países que no han abolido la pena capital; el segundo protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado en la 82ª sesión

Rica” aprobado en la Conferencia de los Estados Americanos de San José, con fecha 22 de noviembre de 1969, y del cual Chile es parte.

El artículo 4° del Capítulo II, Derechos Civiles y Políticos, relativo al derecho a la vida dispone que en los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá su aplicación a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

El párrafo 3° del mismo artículo dispone que no se restablecerá la pena de muerte en los estados que la han abolido.

3. Apremios ilegítimos

“Se prohíbe la aplicación de todo apremio ilegítimo” (artículo 19 N° 1 inciso 4° CPR).

Aquí no tan sólo está prohibida la tortura que es una grave violación de los derechos humanos, sino que todo apremio ilegítimo, o sea, alguna forma de presión que la ley específicamente no autorice. Dicho de otra manera, hay ciertas formas de presión que la ley autoriza (por ejemplo el apercibimiento de multa o el apercibimiento de arresto), pero lo que el constituyente precisamente erradica es toda forma de apremio que la ley particularmente no acepta.

4. Igualdad ante la ley (artículos 19 N° 2)

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias.

La igualdad ante la ley se traduce en un marco protector que impide que el legislador, en uso de sus potestades normativas, o cualquier otro órgano del Estado, establezca diferencias entre las personas y respecto de situaciones o finalidades que tengan una motivación, utilicen medios o bien produzcan un resultado de carácter arbitrario. El constituyente no prohibió toda desigualdad ante la ley, sino que se inclinó por establecer como límite a la arbitrariedad, prohibiendo toda discriminación arbitraria.

Discriminación arbitraria es *“toda diferenciación o distinción, realizada por el legislador o por cualquier autoridad pública, que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable”*.¹²³

En consecuencia, la garantía jurídica de la igualdad supone, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; ya que no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación efectuada no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido, favor o privilegio

Continuación nota ¹²²

plenaria de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1989; el protocolo a la Convención Americana sobre derechos humanos relativo a la abolición de la pena de muerte (AG/RES 1042 ó XX ó 0/90) de 8 de junio de 1990.

¹²³ EVANS DE LA CUADRA, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, pág. 125.

personal o de grupo. El legislador, en ejercicio de dichas facultades puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario.

Es por lo anterior que se ha declarado que *“no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados”*¹²⁴ y que *“la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y –sea por ende arbitraria– por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador”*.¹²⁵

5. Defensa jurídica

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

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos” (artículo 19 N° 3 inciso 2° CPR).

En materia procesal penal, tratándose de delitos de acción penal pública en particular, la defensa jurídica es necesaria y nunca el sujeto pasivo puede estar desprovisto de la debida defensa penal, habiéndose por ello contemplado la creación de la Defensoría Penal Pública a que nos referiremos en un apartado especial.

6. Prohibición de juzgamiento por comisiones especiales

“Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta” (artículo 19 N° 3 inciso 4° CPR).

Este principio es extraordinariamente rico en sus consecuencias, y tiene una redacción histórica, porque se conservó idéntico desde la Constitución de 1833.

Una comisión especial es cualquier órgano o ente que pretenda ejercer jurisdicción cuando no ha sido establecido con anterioridad al hecho, ni su fuente haya sido precisamente la ley. Dicho de otra manera, todo órgano que se pretenda o que se diga jurisdiccional, que no haya sido creado por ley y no sea preexistente al hecho que se trata de juzgar, es comisión especial; o sea, el término técnico comisión especial puede referirse a un grupo de personas como puede ser una sola persona que se arrogue esta potestad jurisdiccional.

¹²⁴ Tribunal Constitucional español, sentencia 128/1987, de 16 de julio de 1987.

¹²⁵ Tribunal Constitucional español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.

De esta manera, para que al órgano jurisdiccional se le reconozca su potestad respecto del hecho, debe ser preexistente, precisamente, al hecho que se juzga y creado por la ley o reconocido por ella.

Este principio es enteramente aplicable a materia procesal penal, y en tal sentido está planteado; puede haber excepciones en materia procesal civil, pero en materia procesal penal es un principio absoluto.

Lo que se ha discutido y es muy interesante es si este tribunal debe ser preexistente en cuanto a la totalidad de la jurisdicción que pretende ejercitar o puede ser que una ley posterior, con tal de ser un tribunal preexistente, le amplíe la jurisdicción o competencia a situaciones posteriores al hecho mismo. Por ejemplo: un ministro de la Corte Suprema es tribunal unipersonal de excepción, y una ley posterior le otorga la posibilidad de conocer ciertos y determinados delitos que comprometan las relaciones internacionales de la República. Si en virtud de esta ley posterior este Ministro conoce de un asesinato, hecho anterior a la modificación de su competencia; se impugnó dicha situación argumentándose que se trataba de una comisión especial. Sin embargo, se ha sostenido que cabe reconocer la legitimidad en que una ley posterior respecto de un tribunal existente amplía su competencia respecto de hechos anteriores a dicha ley.¹²⁶

¹²⁶ En este sentido, se informó por el Fiscal de la Corte Suprema que "La Ley 19.047 agregó al artículo 52 del Código Orgánico de Tribunales el N° 2 y desplazó como N° 3 el que era 2°, de tal modo, que este Tribunal ha existido desde que se dictó la Ley N° 7.421 el 15 de junio de 1943. Se hace esta precisión para los efectos de la mejor comprensión, de lo que luego se dirá. El artículo 19 de la Constitución Política de la República, dispone en los incisos 4° y 5° del N° 3 del artículo 19, lo siguiente: ... "Nadie puede ser Juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta"; inciso 5°: "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 racional y justo procedimiento". Del examen del precepto legal criticado y de las normas constitucionales que habría infringido resulta inaceptable la pretensión de los recurrentes, puesto que el Tribunal fue establecido con anterioridad a la comisión de los hechos investigados sobre los que se pronunció sentencia de primera instancia, que se encuentra en apelación ante V.E. Los principios de hermenéutica que se establecen en los artículos 19 a 24, ambos inclusive, del Código Civil, no permiten arribar a la conclusión expresada en el recurso, en cuanto a que el actual N° 3° del artículo 52 constituía "una letra muerta", porque precisamente la disposición que lo generó confirió, desde ese momento, expresas facultades al legislador para encomendarle el conocimiento de otros asuntos, dándole así competencia a este Juez especial para conocer de los asuntos que de esta manera se le asignan. Esta apreciación es coincidente con lo declarado por el Tribunal Constitucional en su sentencia de 30 de enero de 1991, al declarar: "Que las disposiciones contenidas en el artículo 2°, N°s. 1, 2, 3, 4, 5 y 6; artículo 3°, N° 5; artículo 7°, e incisos 3°, 4°, 7°, 8° y 10 del artículo 1° transitorio del proyecto remitido, son constitucionales"; y es precisamente el referido artículo 7° de la Ley N° 19.047, el que otorgó esta competencia al Tribunal Unipersonal constituido por un Ministro de la Excm. Corte Suprema. De tal manera, preciso es concluir que este precepto legal no es contrario ni en la forma ni en el fondo a las normas constitucionales antes citadas y transcritas. Debe recordarse que el tribunal cuestionado ha tenido siempre la jurisdicción propia de tales órganos y no resulta extraño que una ley posterior le haya señalado parte de su competencia que tal como lo precisa el artículo 108 del Código Orgánico de Tribunales "es la facultad que tiene cada juez o tribunal para conocer de los negocios que

En el actual sistema procesal penal, se regula esta materia en el artículo 2º, contemplándose que el tribunal que señale la ley debe hallarse establecido con anterioridad a la perpetración del hecho, en los siguientes términos: “Artículo 2º.- Juez natural. Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho”.

Por ello no se viola el respeto del principio del juez natural, sino por el contrario, se respetan íntegramente los derechos humanos que motivaron la creación del actual sistema procesal penal, si se establece que todos los asuntos penales van a ser conocidos por los órganos jurisdiccionales del nuevo sistema, a partir que éste comience a regir en todo Chile y no por los antiguos, porque en tal caso es evidente que no estamos ante un Estado que se encuentra creando comisiones especiales con el fin de atentar en contra de la imparcialidad con la cual deben ser resueltos semejantes asuntos.

Sobre esta materia, se nos señala en forma precisa que “fuerza es reconocer, sin embargo, una excepción a la aplicación de este principio, según ya advertía Giuseppe Chiovenda en el derecho procesal civil y para la doctrina de la *perpetuatio iurisdictionis*. Puede suceder que el tribunal competente al momento del hecho desaparezca, por ejemplo, en caso de perderse la soberanía nacional sobre determinado territorio (p. ej. Los hechos sucedidos en las Islas Malvinas durante la ocupación argentina) o por una transformación total del sistema de administración de justicia (p. ej. reciente

Continuación nota ¹²⁶

la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones”, y por cierto, entonces que no se ha avocado a conocer indebidamente de asuntos que no le competen. Es oportuno hacer presente que V.E. ha aceptado lo que este Ministerio ha sostenido en reiteradas oportunidades, especialmente en las causas N°s. 11.514 a 11.550, relativas a contiendas de competencia con motivo de la modificación que introdujo la Ley N° 18.641 al artículo 120 del Código Tributario, en que afirmó, “...como tal mandato de carácter procesal es de orden público y ha modificado una regla de competencia absoluta debe regir de inmediato, sin que importe que el negocio, de acuerdo a la ley anterior, estuviera radicado con arreglo a derecho ante tribunal competente, pues, como se ha entendido, cuando la causa sobreviniente a que se refiere el artículo 109 del Código Orgánico de Tribunales proviene del legislador, tal regla de fijeza no obsta a que por nueva disposición la capacidad para conocer del asunto pase a otro tribunal”. Como ya se expresó, el Tribunal Constitucional declaró que los incisos 3º, 4º, 7º, 8º y 10º del artículo primero transitorio de la Ley 19.047, eran constitucionales, lo que apoya la opinión expuesta. En lo que concierne a la infracción del inciso 5º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, por el N° 2 del artículo 52, debe rechazarse tal apreciación ya que del debido proceso, generado por la Ley 19.047, se ocupó la Corte Suprema mediante Auto Acordado dictado el 3 de octubre de 1991 al establecer que de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 79 de la Constitución Política de la República, 96 N° 7, 98 N° 8 y 110 del Código Orgánico de Tribunales “Corresponde a esta Corte Suprema, por medio de una de sus Salas; designada por el Presidente del Tribunal, en uso de las facultades que le concede el artículo 105 N° 3 de dicho Código el conocimiento de los recursos que se interpongan contra las resoluciones que se dicten en los procesos instruidos por un Ministro de la Corte Suprema, como tribunal unipersonal conforme al citado artículo 52 N° 2 del aludido Código. Los recursos de apelación gozarán de preferencia para su vista, y se agregarán a la tabla en forma extraordinaria”. En consecuencia, tampoco, procede aceptar que no exista el debido proceso previo y que su tramitación no se haya ajustado a la forma legal. En atención a lo expresado, este Ministerio opina en el sentido que procede rechazar el recurso de inaplicabilidad interpuesto a fs. 2. Santiago, 29 de mayo de 1995. René Pica Urrutia. Fiscal de la Corte Suprema. Inaplicabilidad Criminal. Corte Suprema Rol N° 28.649 Santiago.

reforma de enjuiciamiento penal que determina una organización judicial completamente nueva, con tribunales diferentes). Si el problema que crea la mutación *ex post facto* de la competencia no está provocado por el poder político arbitrariamente, con la exclusiva intención de disimular la designación de tribunales nuevos para la atención de ciertos casos o el juzgamiento de personas determinadas (por ej. quitándole competencia a los tribunales que ya la habían adquirido, para dársela a otros, sin modificar genéricamente la organización judicial existente, en la cual subsisten los tribunales que tenían competencia al momento del hecho) la nueva ley general de competencia puede atribuir competencia a los tribunales creados con posterioridad al hecho, bajo condición de que, de ninguna manera, encubra un tribunal de excepción disimulado.¹²⁷

Precisamente para claridad absoluta respecto del punto, el constituyente del año 2005 modificó expresamente el artículo 19 N° 3 inciso 4° de la CPR, al disponer que “*Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que señale la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho*”.

De esta forma se refuerza no sólo que es la ley la que debe establecer el tribunal encargado de juzgar un hecho determinado, sino que aquel debe encontrarse establecido antes que el hecho hubiere acaecido.

Como nos señala Binder, “el fundamento de esta norma es evidente: lo que se quiere evitar es que luego, el mismo legislador, por razones políticas o circunstanciales, modifique la distribución de competencia y, de esta manera, o pueda provocar intencionalmente que una determinada causa pase a manos de un juez más o menos favorable a los intereses de una de las partes, por ejemplo, al pasar de la competencia ordinaria a la competencia procesal.”¹²⁸

7. Debido proceso y racional y justo procedimiento e investigación establecido por el legislador

“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 de una investigación racionales y justas” (artículo 19 N° 3 inciso 5° CPR).

La idea de un justo y racional proceso, viene de la idea anglosajona, ya muy antigua, de un debido proceso, que es aquel donde se respetan *in integrum* los presupuestos procesales. Esta necesidad de un debido proceso es aplicable tanto al procedimiento propiamente civil, como al procedimiento penal.

Sobre la materia debemos tener presente que el debido proceso es un concepto conformado por diversos derechos y garantías, siendo la infracción sustancial de ellas con motivo de la dictación de una sentencia definitiva en el juicio oral o en un proce-

¹²⁷ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit., pág. 769. 2002. 2ª edición.

¹²⁸ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Pág. 143, 2ª edición. Ad Hoc. Buenos Aires. 1999.

dimiento simplificado causal para la interposición del recurso de nulidad (artículos 373 letra a) y 399), el que debe ser conocido en un caso de competencia per saltum por la Corte Suprema (artículo 376 inciso 1°).

Nuestro TC ha señalado sobre lo mismo que *“Debe igualmente tenerse presente lo razonado de manera reiterada por esta Magistratura, en orden a que el artículo 19, número tercero, de la Constitución, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, ha establecido a la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso (ver, entre otras, sentencias de los procesos roles 389, 478, 529, 533, 568, 654, 661, 806, 815 y 986), concepto hoy difundido en el mundo como el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, ya considerado en esta sentencia”*.¹²⁹

8. Prohibición de establecer presunciones de derecho para establecer la responsabilidad penal

“La ley no podrá presumir de derecho la responsabilidad penal” (artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR).

Esta garantía dice relación específicamente con la prueba, y muy particularmente con la apreciación de la prueba.

No cabe establecer presunciones de derecho, porque con ello se contraviene flagrantemente la presunción de inocencia que ampara al imputado durante el curso del procedimiento y desconoce el principio de la carga de la prueba que corresponde al Estado en el proceso penal.

9. *Nullum crimen nulla poena sine lege*

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (artículo 19 N° 3 inciso 7° CPR).

Tiene una riqueza desde el punto de vista del Derecho Penal enorme, en primer lugar porque a nivel constitucional exige el pleno respeto al principio de la tipicidad, o sea, el legislador que quiera establecer alguna sanción penal debe ser cuidadoso en cuanto a la descripción de la conducta que quiere sancionar, no puede ser una descripción genérica. Además el principio de la analogía se encuentra totalmente erradicado del Código Penal. Así la necesidad de una clara y exacta tipicidad del delito, ha sido elevado a la categoría de una garantía constitucional.

En las disciplinas penales existe un fenómeno denominado la ley penal en blanco, que consiste en que la norma punitiva en cuanto a la conducta se remite a otra fuente de carácter legal, que puede ser un reglamento, una resolución de un órgano administrativo, etc. Con un criterio extremadamente garantístico, las leyes penales en blanco han sido erradicadas por nuestro sistema jurídico. Sin embargo este criterio garantístico de erradicar la ley penal en blanco, ha sido modificado o no recogido en su integridad por la jurisprudencia, y así subsisten leyes penales en blanco complementadas por reglamentos. Esto se presenta, por ejemplo, en la ley que combate el tráfico de drogas y estupefacien-

¹²⁹ TC, sentencia de fecha 28 de enero de 2010, causa Rol N° 1535-09.

tes, cuya enumeración se encuentra en un reglamento; y donde es perfectamente posible que el avance de la técnica cree nuevos alucinógenos que no estén en el reglamento, por lo que podría sostenerse que al no estar la nueva droga en la enumeración, no es sancionable; para evitar esto la jurisprudencia acepta las leyes en blanco.

10. Principio de la Irretroactividad de la Ley Penal

“Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado” (artículo 19 N° 3, inciso 7 CPR).

De esta norma se desprenden 2 cuestiones de carácter fundamental:

- *La pena, como sanción de carácter punitivo extrema, tiene como única fuente posible la ley; no hay otra fuente posible de sanción penal que específicamente la ley.*
- *Establece como principio muy general la irretroactividad de la ley penal, esto significa que para una pena pueda ser aplicada, la ley que establece el delito y su sanción debe ser antelada o anterior a la respectiva infracción. Dicho de otra manera, ninguna infracción puede ser castigada como delito si su tipificación y sanción arranca de una ley posterior a su comisión.*

Esta norma se refiere a un momento específico que es el momento de la comisión del delito; el concepto de comisión no es simple, porque el delito normalmente no es un instante sino que es un proceso, que nace desde una fase interna, la eventual fase de proposición, y tiene además otras fases: la fase de preparación, la fase de inicio de su comisión, la fase de su comisión, la fase de su agotamiento y la fase de su aprovechamiento.

Dentro del sistema penal chileno la regla muy general es que el delito se entiende cometido desde que se da comienzo a su ejecución, en consecuencia este es el instante para determinar si existe o no una ley penal efectivamente.

El principio de la irretroactividad de la ley penal es de carácter general y tiene una muy calificada excepción, en el sentido que si con posterioridad a la comisión del delito sobreviene una ley que sea más favorable para el procesado, se aplica la ley posterior con efecto retroactivo; o sea, la ley penal posterior es aplicable retroactivamente cuando produce consecuencias beneficiosas para el respectivo procesado. Estas consecuencias beneficiosas pueden ser de diferente índole, por ejemplo una rebaja de la penalidad, la consideración de circunstancias atenuantes, o que no se consideren ciertas consecuencias agravantes, o que la ley posterior despenaliza el delito.

La retroactividad de la ley en cuanto a que despenaliza, se refiere solamente al fenómeno del delito penal, pero no se refiere al fenómeno del delito civil, o sea, si una ley posterior deja de calificar como delito penal un hecho, no significa que esa ley posterior haga desaparecer el ilícito desde el punto de vista civil, y esto porque si se despenalizara el delito civil, significaría confiscar sin indemnización una propiedad, porque en definitiva quien sufre del delito civil incorpora a su patrimonio el derecho a ser resarcido y en consecuencia si se le desconoce ese derecho se le está confiscando o desconociendo su dominio sin la respectiva indemnización.

*El principio de la irretroactividad de la ley penal es un principio restrictivo y sólo se aplica a la ley penal y no a la ley procesal penal, porque la ley procesal penal, siguiendo las reglas generales del proceso penal, rige *in actum*, y en consecuencia se aplica retroactivamente respecto de hechos ocurridos antes de su vigencia. Esto tiene mucha importancia en función de la competencia, porque una ley procesal penal posterior puede reconocer competencia a un órgano determinado que no era competente al momento de la comisión del hecho, con la condición de que el órgano haya existido al momento de la comisión.

Debemos hacer presente que respecto de la ley procesal penal se ha contemplado la aplicación de ella aun respecto de los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado. En caso que la ley anterior tuviere un tratamiento más favorable respecto del imputado, ella tendrá una ultractividad respecto del procedimiento ya iniciado (artículo 11 CPP).

No obstante ello, cabe tener presente que la propia constitución ha establecido respecto del actual sistema procesal penal en su artículo OCTAVO transitorio que el Capítulo VII "Ministerio Público", la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.

11. Libertad personal y ambulatoria

"Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros" (artículo 19 N° 7 letra a CPR).

Esta letra es la expresión de la libertad en su sentido más amplio, y se refiere al derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de un lugar a otro, y entrar y salir de su territorio, a condición de guardar las normas legales y sin perjuicio del derecho de terceros. Respecto de los derechos de terceros podríamos también pensar que hay una alusión al posible arraigo, en la medida que derechos de terceros e incluso de la sociedad toda deban ser debidamente resguardados.

12. Principio de la legalidad en las medidas cautelares personales

"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" (artículo 19 N° 7 b CPR).

La restricción a la libertad personal o la privación de ella, solamente puede producirse en los casos y en la forma determinada por la ley, lo que reitera en forma más detallada en su artículo 5° el CPP. Estas dos garantías esenciales están en nuestro ordenamiento protegidas por el Recurso de Amparo o tradicionalmente llamado *Habeas Corpus*, el cual tiene plena vigencia por su consagración Constitucional y en los tratados internacionales, aun cuando no se contemple su regulación en el CPP.

13. Garantías respecto del arresto, detención y prisión den cuanto a la autoridad, procedimiento y plazos de duración

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

Si la autoridad liciere arrestar o detener a alguna persona, deberá, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, dar aviso al juez competente, poniendo a su disposición al afectado. El juez podrá, por resolución fundada, ampliar este plazo hasta por cinco días, y hasta por diez días, en el caso que se investigaren hechos calificados por la ley como conductas terroristas” (artículo 19 N° 7 c).

La letra c) en su inciso 1° señala que toda detención o arresto debe emanar precisamente de la orden de funcionario competente. No se hace alusión a la expresión juez competente sino a funcionario competente, porque en ciertos y determinados casos en nuestra normativa la orden de detención o la orden de arresto puede emanar de otros funcionarios distintos al juez.

Además, es obligación constitucional que la orden respectiva sea debidamente intimada, esto significa hacerla conocer a la persona objeto de la orden y requerirle por su cumplimiento inmediato; o sea, la violencia es solamente sobreviviente a la resistencia frente a la intimación de la respectiva orden.

Esto tiene una calificada excepción que es el caso de delito flagrante, en el cual es posible que cualquier persona detenga al delincuente para el solo objeto de ponerlo a disposición del tribunal competente en el breve plazo de 24 horas.

El concepto de delito flagrante es un concepto de carácter técnico no vulgar, y desde esta perspectiva técnica es bastante más amplio que en la perspectiva corriente. En el lenguaje que se usa frecuentemente, tiende a identificarse el concepto de delito flagrante con la inmediatez (es decir, se produciría sólo cuando el delincuente se encuentra “con las manos en la masa”). En cambio el concepto técnico adquiere mayor amplitud, admitiéndose una casuística para calificarlo como tal a la que nos referiremos al tratar las medidas cautelares en específico.

La letra c) en su inciso 2° es una norma claramente garantista, en el sentido que cumplido que sea el arresto o la detención, debe darse aviso al juez competente dentro de las 48 horas siguientes y ponerlo a su disposición. Sin embargo, el juez puede ampliar ese plazo por cinco días y hasta por diez días en casos de conductas calificadas como terroristas.

14. Garantías respecto de los lugares y condiciones del arresto, detención y prisión

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

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

Ninguna incomunicación puede impedir que el funcionario encargado de la casa de detención visite al arrestado o detenido, procesado o preso, que se encuentre en ella. Este funcionario está obligado, siempre que el arrestado o detenido lo requiera, a transmitir al juez competente la copia de la orden de detención, o a reclamar para que se le dé dicha copia, o a dar él mismo un certificado de hallarse detenido aquel individuo, si al tiempo de su detención se hubiere omitido este requisito" (artículo 19 N° 7 d CPR).

En la letra d) inciso 1° hay una garantía respecto de los lugares de detención, ya que éstos no pueden ser lugares secretos, sino que deben ser lugares públicos de detención, rodeado de todos los registros necesarios para efectivamente asegurar y poder constatar la respectiva privación de libertad.

El inciso siguiente se refiere a la incomunicación, que es una posible medida que puede adoptar el juez de la causa para evitar que el procesado o preso tome contacto con terceros y así pueda frustrar la investigación. Sin embargo, la incomunicación por severa que sea en ningún caso puede impedir ciertos y determinados contactos del procesado y a eso se refiere esta disposición. La incomunicación jamás impide que la persona que la sufre pida las certificaciones correspondientes y lo visite el encargado de la respectiva cárcel.

En el actual sistema procesal penal se establece en el artículo 133 que a los establecimientos penitenciarios sólo es posible ingresar mediante orden judicial, por lo que las persona detenidas en delito flagrante deban ser puestos directamente a disposición del tribunal no pudiendo serlo a través de un recinto penitenciario como acontecía en el antiguo sistema.

15. Libertad

Al efecto, dispone la Carta Fundamental en su artículo 19 N° 7 e): "La libertad *del imputado* procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.

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

Esta forma de regular la libertad del sujeto durante el actual sistema procesal penal es radicalmente distinta a la existente bajo el Código de Procedimiento Penal¹³⁰, puesto

¹³⁰ Bajo el sistema del Código de Procedimiento penal, la libertad provisional o excarcelación cabía tanto en relación con la detención, como respecto de la prisión preventiva, siendo una medida que se adoptaba para dejar en libertad a quien se encontraba detenido o en prisión preventiva.

Se denomina libertad provisional ya que se trata de una situación precaria, puesto que ella puede ser dejada sin efecto por causa sobreviviente, y necesariamente terminará si quien goza de ella es definitivamente condenada a pena privativa de libertad.

que actualmente la regla general es la libertad, derivado del principio de inocencia, pudiendo excepcionalmente decretarse medidas cautelares personales, en donde la prisión preventiva tienen el carácter de excepcional y de ultima ratio como veremos al tratar esta materia.

La norma constitucional fija los tres parámetros que pueden en definitiva implicar límites, restricciones o privación de la libertad.

El primer gran principio es que la libertad constituye un derecho, o sea quien se encuentra detenido o en prisión preventiva tiene el derecho a obtener su libertad, porque es y debe considerársele y tratársele como inocente, mientras una sentencia penal condenatoria firme no establezca la situación contraria. La detención o la prisión preventiva nunca puede ser considerada como una forma anticipada de penalización, es solamente una medida que mira a lograr ciertos y determinados objetivos propios del proceso. Es un derecho garantizado constitucionalmente y que solamente se puede restringir por las razones que el propio constituyente ha señalado.

Las vertientes que señala el constituyente para limitar la libertad del imputado son:

- Éxito de la investigación: es perfectamente posible que la libertad del imputado pueda conspirar en contra del éxito de la investigación
- Seguridad de la víctima: se puede imaginar que un delincuente particularmente agresivo y odioso frente a la situación que no logró consumar su propósito, vuelve sobre sus pasos para proferir un perjuicio igual o mayor a la víctima.
- Seguridad de la sociedad: esta es la causal de mayor espectro, que permite agrupar dentro de este concepto una serie de circunstancias que a ojos del legislador podrían significar falta de seguridad para la sociedad; por ejemplo la posibilidad de una fuga frente a una altísima pena, la cual es actualmente considerada dentro de las consideraciones a tener en cuenta por el juez de garantía.

En torno a la libertad se contiene una exigencia particular respecto a los procesados por delitos que se califiquen como conductas terroristas, ya que tratándose de ellos se exige siempre que el tribunal superior jerárquico (la Corte de Apelaciones respectiva) conozca de la apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad integrado solamente por miembros titulares y que sea acordado por unanimidad.

16. Prohibición de declaración bajo juramento

“En las causas criminales no se podrá obligar al imputado o acusado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley” (artículo 19 N° 7 f CPR).

Esta garantía se refiere a la prohibición de que el inculcado sea obligado a declarar bajo juramento; y esta prohibición no tan sólo beneficia a éste, sino también a su cónyuge, ascendientes y descendientes y las demás personas que según los casos y circunstancias establezca la ley.

Esta limitación se refiere solamente a la declaración bajo juramento sobre hechos propios en causa criminal, en consecuencia es perfectamente legítimo el juramento sobre hechos propios en causa civil. Y sobre esta materia, se ha estimado que en materia procesal civil, quien miente bajo juramento en causa civil sobre hecho propio no comete el delito de perjurio.

El fundamento de esta prohibición es que se estima que, conforme a nuestra sistemática, no se puede exigir al imputado o acusado que diga absolutamente la verdad respecto de hechos propios; es decir nuestro sistema reconoce la posibilidad de la mendacidad por parte del imputado o acusado, motivo por el cual si éste declarara bajo juramento, esta mendacidad tendría aparejada sanción penal. Esta razón es también extrapolable a sus cónyuges, ascendientes y descendientes. A esta materia se refieren los artículos 302 y 306 del CPP.

No obstante ello, debemos tener presente que el principal derecho que se contempla en relación con el imputado dice relación con su derecho de guardar silencio (art. 93 letra g) CPP), el que no se contempla en nuestra Carta Fundamental.

17. Prohibición pena de confiscación de bienes

“No podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes, pero dicha pena será procedente respecto de las asociaciones ilícitas” (artículo 19 N° 7 g CPR).

La confiscación es la pérdida del dominio de ciertos y determinados bienes, en beneficio del Estado y sin compensación. La confiscación como regla general está prohibida en nuestro sistema procesal penal; no puede establecerse la pena de confiscación de bienes. Esta norma establece una calificada excepción, tratándose de asociaciones ilícitas.

La norma también señala que está permitido el comiso, esto es la pérdida del dominio respecto de los bienes que han estado adscritos a la comisión del delito, o sea los bienes usados en la comisión del delito. El término adscrito es un concepto amplio, no reducido. Determinadas leyes contemplan la posibilidad del comiso (v.gr. Cohecho 251; Juego, 279; faltas previstas en el 499, todos artículos del Código Penal, etc.).

18. Prohibición aplicación como sanción la pérdida de los derechos previsionales

“No podrá aplicarse como sanción la pérdida de los derechos previsionales.” (artículo 19 N° 7 h CPR).

19. Responsabilidad del Estado por procesamiento o condenado en forma debidamente injustificada y arbitraria, calificada de tal por la Corte Suprema.

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia” (artículo 19 N° 7 i CPR).

Se refiere esta garantía a la indemnización eventual del error judicial en materia penal, posibilidad que se encuentra severamente restringida, ya que para que proceda.

- Es necesario que la persona hubiere sido sometida a proceso o condenada (no procede sólo en caso de detención)
- Debe dictarse una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo posterior
- Debe calificarse como injustificadamente errónea o arbitraria (no basta el simple error ni la arbitrariedad)

El posible beneficiario de la indemnización es la persona respecto de la cual se dictó una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo, ya que este último produce los mismos efectos que la sentencia absolutoria. Sin embargo, la indemnización sólo procede cuando se ha cumplido una prisión preventiva o cuando se ha cumplido una pena, no procediendo en consecuencia en el simple caso de una detención.

Pero además se requiere que la Corte Suprema declare que la resolución que sometió a la persona a prisión preventiva o la condena es injustificadamente errónea o arbitraria, no basta el simple error, ni siquiera es fuente de indemnización la arbitrariedad.

Obviamente dado lo extremadamente restrictivo que resulta la indemnización por el error judicial, los casos en que ésta se ha dispuesto son muy limitados.¹³¹

En esta materia, debería claramente regularse la responsabilidad del Estado en diversa forma, considerando que no se presenta hoy la situación del procesado y, por otra parte, la responsabilidad de rendir la prueba radica en las partes, habiéndose proscrito las facultades de investigación que poseían los tribunales. En este sentido, se ha declarado que el artículo 19 N° 7 de la CPR no es aplicable en el nuevo sistema procesal penal por cuanto el sometimiento a proceso o resolución encargatoria de reo es una institución que no se contempla en el nuevo sistema procesal penal, lo que conllevará al rechazo de las solicitudes que se formulen a la Corte Suprema de la declaración errónea o arbitraria de una resolución judicial para contar con el presupuesto que permita posterior demandar la indemnización en procedimiento breve y sumario, en el cual se aprecie “en conciencia” la prueba.¹³²⁻¹³³

Finalmente, no cabe duda que no es posible concebir la existencia de un cúmulo de responsabilidad por la actuación de los tribunales y del Ministerio Público como de la defensoría penal pública en el actual sistema procesal penal en caso de condenas

¹³¹ Pueden citarse como casos de situaciones que rechazan la responsabilidad por el error judicial, las sentencias de la Corte Suprema de fechas 5/06/00, 9/08/01, 23/04/01 y 25/04/01. Por el contrario existen algunas otras que pueden referirse como situaciones en que dicha responsabilidad se ha establecido, las sentencias de fecha 17/11/99 (relativa a un hurto falta) y la de fecha 25/07/89. Ver apartado de este Capítulo Primero sobre la indemnización por el error judicial.

¹³² En este sentido, véase PEÑA WASAFF, Silvia. “Comentario sobre fallo de la Corte Suprema que rechaza petición de indemnización por supuesto error judicial”. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Julio 2008. Págs. 37 y Sgtes.

¹³³ Corte Suprema 1.7.2008. Rol 3815-06. *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Julio 2008. Págs. 40 y Sgtes.

erróneas o arbitrarias, resultando por ello necesario delimitar la responsabilidad que a cada órgano del Estado, conforme a las funciones que ellos ejercen y las facultades que se le han conferido, les pueda caber asumir en el nuevo sistema procesal penal.

20. Recurso de amparo

“Todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso con infracción de lo dispuesto en la Constitución o en las leyes, podrá ocurrir por sí, o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la ley, a fin de que ésta ordene se guarden las formalidades legales y adopte de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será precisamente obedecido por todos los encargados de las cárceles o lugares de detención. Instruida de los antecedentes, decretará su libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o pondrá al individuo a disposición del juez competente, procediendo en todo breve y sumariamente, y corrigiendo por sí esos defectos o dando cuenta a quien corresponda para que los corrija.

El mismo recurso, y en igual forma, podrá ser deducido en favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en su derecho a la libertad personal y seguridad individual. La respectiva magistratura dictará en tal caso las medidas indicadas en los incisos anteriores que estime conducentes para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado” (artículo 21 CPR).

En general, la mayoría de la doctrina y jurisprudencia se encuentra plenamente de acuerdo, que aun cuando no se contemple en el nuevo CPP la regulación del “recurso de amparo”, no cabe duda que éste se encuentra plenamente vigente dentro del mismo por la aplicación directa de la propia Carta Fundamental.

21. Indultos particulares

Están tratados en el artículo 32 N° 14 de la CPR al señalar que:

“Son atribuciones especiales del Presidente de la República:

N° 14 Otorgar indultos particulares en los casos y formas que determine la ley. El indulto será improcedente en tanto no se haya dictado sentencia ejecutoriada en el respectivo proceso. Los funcionarios acusados por la Cámara de Diputados y condenados por el Senado, sólo pueden ser indultados por el Congreso”.

El indulto particular es un acto que emana del Presidente de la República, como un acto de gracia en virtud del cual la máxima autoridad política perdona al condenado y lo exime de cumplir la pena impuesta por el Poder Judicial, en forma total o parcial, o le conmuta la pena por una de menor gravedad.

Es fundamental destacar que el indulto solamente tiene efectos respecto de la pena, pero no con relación a otros efectos de la misma; así, por ejemplo, si una persona indultada vuelve a delinquir, se le considerará reincidente. Del mismo modo el indulto no produce efectos respecto de las demás consecuencias que genera la pena

condenatoria, y menos respecto de las consecuencias civiles de la sentencia, como sería el caso, por ejemplo, de las indemnizaciones que emanan del delito.

Como el indulto se refiere a la pena, es condición *sine qua non* que ésta haya sido impuesta por una sentencia condenatoria firme o ejecutoriada. Antes de que la sentencia se encuentre firme no hay propiamente una pena.

De lo anterior surge la fundamental diferencia entre el indulto y la amnistía, en el sentido que el indulto mira sólo a la pena, en cambio cuando se aplica la amnistía, se olvida que existió el delito, y para todos los efectos penales se entiende que el delito nunca se cometió; pero tampoco tiene efectos respecto de las consecuencias civiles del hecho amnistiado.¹³⁴

El indulto se clasifica en:

- *General: se refiere a una categoría de infracciones penales. Este indulto general no está dentro de las atribuciones del Presidente de la República, sino que debe ser objeto de ley.*
- *Especial: es una atribución del Presidente de la República, y la ejerce a través del mecanismo del decreto supremo.*

La facultad de indultar se ejerce por el Presidente conforme al Reglamento de Indultos (Decreto N° 1.542) el cual tiene sólo jerarquía de reglamento, y por tanto, si el Decreto Supremo se aparta del reglamento es legítimo porque se entiende que lo deroga tácitamente. Esto ha llevado a una serie de reparos, lo que se ha traducido en que hoy día por lo menos exista un control social de dicha potestad, como por ejemplo, que se publiquen en el Diario Oficial los indultos otorgados por el Presidente.

La parte final del N° 14 establece que no pueden gozar del indulto especial del Presidente las personas acusadas por la Cámara de Diputados y condenadas por el Senado. En este caso es el Congreso el que tiene que indultar, lo cual constituye una excepción, ya que la regla general es que el Congreso otorgue indultos generales y no individuales. El Senado nunca aplica penas desde el punto de vista penal, por lo tanto debemos entender esta norma en el sentido de que si como consecuencia de la condena del Senado se inicia un proceso penal en que hay una condena, la pena impuesta por la sentencia condenatoria sólo podrá ser indultada por el Congreso a través de una ley.

22. Indultos generales y amnistía

En relación con los indultos generales y amnistías, cabe tener presente que éstos deben ser materia de ley.

El artículo 63 N° 16 de la CPR establece que:

“Sólo son materia de ley:

N° 16 Las que concedan indultos generales y amnistías y las que fijen las normas generales con arreglo a las cuales debe ejercerse la facultad del Presidente de la República para conceder indultos particulares y pensiones de gracia.

¹³⁴ El concepto etimológico de amnistía es amnesia y olvido.

*Las leyes que concedan indultos generales y amnistias requerirán siempre de quórum calificado. No obstante, este quórum será de las dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio cuando se trate de delitos contemplados en el artículo 9°.*¹³⁵

En la actualidad, cabe tener presente al respecto lo previsto en el artículo 250 del Código Procesal Penal que prevé que no pueden ser amnistiados los delitos previstos en los tratados internacionales, sin perjuicio adicionalmente del ejercicio de la jurisdicción complementaria que se prevé en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional respecto de los delitos de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresión.

23. Principio de la inexcusabilidad

El artículo 76 inciso 2° de la CPR contempla este principio, que significa que requerido un tribunal en materia de su competencia no puede excusarse de ejercer su ministerio, su autoridad ni aun a falta de ley, al disponer que “Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión”.

Antes este principio sólo tenía jerarquía legal¹³⁶, en cambio actualmente dada su importancia, es un principio de carácter constitucional.

Es importante destacar que la inexcusabilidad se refiere a materias de competencia de los respectivos tribunales; de aquí arranca la necesidad de que el tribunal pueda declarar su incompetencia absoluta de oficio.

24. Imperio directo

Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar” (artículo 76, incisos 3° y 4° CPR).

Para los efectos de cumplir la sentencia, como regla general, antes de existir la norma constitucional transcrita, los tribunales ordinarios tenían que recurrir a la autoridad administrativa, para que ésta otorgara el auxilio de la fuerza pública, de

¹³⁵ El artículo 9° CPR se refiere a las conductas que la ley califica como terroristas.

¹³⁶ La consagración legal de este principio se encuentra en el inciso segundo del art. 10 de COT y como regla general de la competencia en la primera parte del artículo 112 del COT, el cual dispone: “Siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto”.

manera de hacer cumplir las resoluciones judiciales. En virtud de este principio de orden constitucional, los tribunales ordinarios y los especiales que forman parte del Poder Judicial imparten directamente la orden de cumplir sus resoluciones a la fuerza pública; la autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar.

25. Ministerio Público

La Carta Fundamental fue modificada mediante la Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997, para incorporar el nuevo sistema procesal penal, agregándosele un Capítulo VI (actuales artículos 83 a 91) para incorporar al Ministerio Público y reseñar la principales funciones que debe asumir dentro del nuevo proceso penal. Dicha normativa debe entenderse complementada por lo que posteriormente se estableció en la LOC N° 19.640 de 15.10.2004 y en el propio CPP.

6.2. La ley

En el Derecho penal material, la expresión es la síntesis de vigencia jurídica que transmite el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*, en tanto el fundamento de la pena sólo puede ser una norma vigente al tiempo de la comisión del hecho, que atrape en su definición al comportamiento singular que se juzga y lo declare punible, aclarando que sólo son vigentes las normas creadas por la ley –en sentido formal–, conforme al procedimiento, a la competencia y al contenido limitado que regula la misma Constitución.

En el Derecho procesal penal, en cambio, se debe decir que la Constitución torna necesario que la pena se aplique después de un proceso previo –*nulla poena sine iudicio*–, conforme a las garantías que exige la misma ley fundamental –*fair trial*–; y que ese procedimiento sólo puede ser regulado por ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes. Es por ello que se afirma que el principio *nulla poena sine iudicio* importa la exigencia de un verdadero *legismo procesal*, en el sentido de una ley que regule los actos procesales a cumplir, previos a la condena y a su ejecución, y las facultades de quienes intervienen en ellos, la necesidad de un *procedimiento jurídico* regulado por la ley en sentido formal.¹³⁷

En consecuencia, la ley es fuente del derecho tanto material (penal) como procesal. La ley previa, que establece el delito, es requisito indispensable para que pueda sancionarse la conducta (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), en tanto que el proceso previo (*nulla poena sine iudicio*), se torna indispensable para que pueda imponerse la pena, la que sólo puede ser regulada por la ley formal, emanada de los órganos legislativos competentes.

La legalidad respecto del procedimiento se encuentra consagrada como principio general en el artículo 19 N° 3 letra e) inciso 5° de la Carta Fundamental, y especifica-

¹³⁷ Véase MAJER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 121 y 122. 2002. 2ª edición.

mente respecto del procedimiento penal en el inciso 1° del artículo 1°; y en el artículo 5°, ambos del CPP, en relación con las medidas cautelares personales.

Debe tenerse presente que conforme el artículo 77 de la CPR, modificado por la Ley N° 20.245, con fecha 10 de enero de 2008, se estableció en forma permanente que tanto la ley Orgánica Constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, así como las leyes procesales que regulen un sistema de enjuiciamiento, podrán fijar fechas diferentes para su entrada en vigencia en las diversas regiones del territorio nacional. Sin perjuicio de lo anterior, el plazo para la entrada en vigor de dichas leyes en todo el país no podrá ser superior a cuatro años.

Con anterioridad, el artículo 8° Transitorio de la CPR había sido modificado por la Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997, para consagrar la vigencia del capítulo del Ministerio Público, conforme a la gradualidad que estableciera la LOC del mismo. Este artículo autorizó a la ley para establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, así como también para determinar su aplicación gradual en la diversas materias y regiones del país.

El mensaje de la Ley N° 20.245, contenido en el boletín 5560-07, dispuso:

"(...) que, atendidos los resultados obtenidos a través de la implementación gradual de la reforma procesal penal, se ha llegado al convencimiento que tal habilitación debe ser extendible a otros procesos de reforma que involucran una serie de factores que sólo pueden ser medidos y probados de manera paulatina, permitiendo de esta forma que los grandes cambios propuestos a nivel normativo, logren cristalizarse a través de una implementación adecuada a las realidades políticas, culturales y sociales de la Nación".

(...)

"En consecuencia, la modificación propuesta apunta a establecer una habilitación constitucional al legislador, de manera explícita, para configurar del modo que sea más conveniente en cada caso, la aplicación progresiva de las leyes procesales que establezcan un nuevo sistema de enjuiciamiento.

En tal sentido, la reforma sometida a vuestra consideración no tiene por objeto introducir a nivel constitucional una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo y en el espacio. Esta es una cuestión que sigue entregada a la configuración del legislador".

La discusión legislativa de la norma dejó constancia que la respectiva reforma constitucional salvaría la eventual contradicción de un sistema de aplicación gradual con el principio de igualdad. En ese sentido se lee el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados que:

"Los representantes del Ejecutivo, haciéndose cargo de las objeciones formuladas, señalaron que la habilitación que se establecía resultaba necesaria, precisamente, porque la gradualidad territorial que se proponía, podía entrar en conflicto con principios constitucionales como la igualdad en la ley y ante la ley y con la concepción del estado unitario. Insistieron en que no se proponía una regulación, en términos generales, de los efectos de la ley en el tiempo, algo siempre de dominio del legisla-

dor, sino que de una habilitación diferida en el ámbito territorial para la entrada en vigencia de un sistema de enjuiciamiento (...)

Recordaron que en el caso de la reforma procesal penal, se había criticado su implementación por cuanto al aplicar en algunas regiones un régimen con más garantías que el vigente en las zonas en que, producto de la gradualidad, aún no se implementaba la reforma, se estaría atentando contra el principio de la igualdad ante la ley. Tales críticas no tendrían mayor asidero, toda vez que el principio citado debería complementarse con lo que señala el párrafo segundo del número 2° del artículo 19, que establece que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, de lo que se seguiría que no sería un régimen de identidad ante la ley lo que garantizaría la Constitución, sino la proscripción de regímenes jurídicos privilegiados o arbitrarios. En todo caso, la misma Constitución habría permitido la aplicación gradual de la reforma en la disposición octava transitoria, precedente que habría zanjado la discusión acerca de la constitucionalidad de la aplicación diferida de la norma en el ámbito territorial”.

Pero además, en el mismo mensaje de la Ley N° 20.245 se dejó expresamente consignada la idea de que la reforma del artículo 77 de la CPR se refería sólo a normas procesales y no sustantivas, lo que contrasta con el tenor del artículo 8° transitorio de la Carta:

“En primer lugar, la reforma extiende sus efectos sólo sobre las leyes procesales, tal como comienza enunciando la norma propuesta.

Ahora bien, la expresión “leyes procesales” requiere ciertas precisiones.

Desde luego, el contenido de estas normas comprende no sólo a aquellas que se refieren a procedimientos y que han sido clasificadas doctrinariamente como normas de derecho procesal funcional, sino también aquellas relativas a la determinación de los órganos que intervienen en ellos, así como la determinación de sus competencias, es decir, normas de derecho procesal orgánico. En efecto, una de las definiciones dadas por la doctrina a la expresión “ley procesal”, señala que se trata de “aquella norma jurídica que dice relación con la organización de los tribunales de justicia, con la determinación de sus atribuciones y competencias o con el establecimiento de las normas de procedimiento a que deben someterse tanto los tribunales como las personas que actúan en el proceso”.

Dicho de manera simple, el término “leyes procesales” no comprende las leyes sustantivas. El término se refiere a las normas denominadas “ordenatoria litis”, excluyendo a las normas sustantivas o “decisoria litis”.

Por otra parte, la utilización de una fórmula en plural (“leyes procesales”) permite dar cuenta que, dada la magnitud que reviste establecer un sistema de enjuiciamiento, muchas veces es necesario la dictación de más de un cuerpo legal para hacer frente a los distintos aspectos, tanto funcionales como orgánicos. Así, suele suceder que una sola ley no baste para instaurar un sistema de estas características y, sin embargo, sea parte indispensable del funcionamiento efectivo del mismo, por lo que su entrada en vigor se relacione en forma interdependiente junto a la entrada en vigencia de

otros cuerpos legales. La configuración de estos mecanismos queda entregada al legislador”.

Las principales leyes que contienen normas orgánicas y procesales penales se contienen en los cuerpos legales a los que nos referiremos a continuación.

A. CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES (COT)

Su texto se contiene en la Ley N° 7.421¹³⁸, publicada 09 de julio de 1943, habiendo experimentado innumerables modificaciones a través del tiempo. Cuenta con 602 artículos permanentes y 16 transitorios, divididos en 17 títulos y un título final.

Sus antecedentes históricos se remontan al Reglamento de Administración de Justicia de 1824 y a la Leyes Marianas de 1839. Su antecedente directo es la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales del 15 de octubre de 1875.

La CPR de 1980 dispone en su artículo 77 que:

“Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República. La misma ley señalará las calidades que respectivamente deban tener los jueces y el número de años que deban haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas ministros de Corte o jueces letrados.

La ley orgánica constitucional relativa a la organización y atribuciones de los tribunales, sólo podrá ser modificada oyendo previamente a la Corte Suprema de conformidad a lo establecido en la ley orgánica constitucional respectiva”.

A su vez, el artículo 4° transitorio dispuso que las leyes que se encontraban en vigor a la fecha de dictación de la CPR sobre materias que debían ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y deben seguir aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales.¹³⁹

Consecuentemente con lo señalado y el mandato contenido en los artículos 77 y 84 de la CPR, revisten el carácter de leyes orgánicas constitucionales aquéllas:

¹³⁸ El artículo 32 de la Ley N° 7.200, de 21 de julio de 1942, autorizó al Presidente de la República para la refundición en un solo texto de la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales, de 15 de octubre de 1875, y todas las leyes que la modificaron y complementaron, delicada labor que fuera encomendada por el Gobierno a la Universidad de Chile, por intermedio de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, por decreto de 19 de agosto de 1942.

¹³⁹ No debe confundirse el concepto de Ley Orgánica Constitucional, con el Código Orgánico de Tribunales. Respecto de la primera, podemos señalar que no existe una definición propiamente tal en la CPR, pero podemos conceptualizarla según sus elementos externos: Son Leyes Orgánicas Constitucionales, aquellas que versan sobre materias expresamente previstas en la Constitución y que requieren ser aprobadas por los 4/7 de los Diputados y Senadores en ejercicio. Ellas son objeto de control preventivo de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional, y no pueden ser materia de delegación.

El carácter de Ley Orgánica Constitucional se encuentra delimitado en atención a la materia y no en relación con un determinado cuerpo legal en el cual éstas se contengan.

a) Que determina la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República.

b) Que determinan las calidades que respectivamente deben tener los jueces y el número de años que deben haber ejercido la profesión de abogado las personas que fueren nombradas como ministros de Corte o jueces letrados.

c) Relativas a la organización y atribuciones del Ministerio Público, las calidades y requisitos que deben cumplir los fiscales, causales de remoción de los fiscales adjuntos, el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública, en los casos que tengan a su cargo.

Por lo anterior, este código, en las materias antes señaladas reviste el carácter de Ley Orgánica Constitucional del poder judicial¹⁴⁰. Las leyes que tengan por objeto modificar el COT en aquellas materias se encuentran afectas al control preventivo de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional, conforme a lo previsto en el artículo 93 N° 1 de la CPR.¹⁴¹

El COT ha sufrido innumerables modificaciones, dentro de las cuales podemos mencionar como últimas modificaciones relevantes:

- *La Ley N° 19.665, de 09/03/2000.*
- *La Ley N° 19.708, de 05/01/2001.*
- *La Ley N° 19.794, de 31/01/2003. Estas tres normas contienen en esencia la reforma procesal penal en sus aspectos orgánicos.*
- *La Ley N° 19.968, de 30/08/2004, que establece los nuevos Tribunales de Familia.*
- *La Ley N° 20.022, de 30/05/2005, que recoge la nueva institucionalidad de los juzgados de Trabajo y los Juzgados de Cobranza Laboral y Provisional.*
- *Ley N° 20.253, de 14/03/2008, que modifica el Código Penal y el CPP en materia de seguridad ciudadana (agenda corta antidelincuencia).*

B. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Este Código es producto de un llamado a concurso que el gobierno efectuó en 1889 a los juristas nacionales para la elaboración de un proyecto, al cual se presentaron siete estudios, recayendo la elección en el que elaboró don Manuel Egidio Ballesteros, el

¹⁴⁰ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Curso de Derecho Procesal*. Tomo I. *Derecho Procesal Orgánico*. Pág. 47. Editorial Jurídica ConoSur. 1993.

¹⁴¹ Determinadas materias procesales deben ser reguladas necesariamente mediante una ley común, siendo ellas conforme a lo previsto en el artículo 63 de la CPR:

a) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra; (artículo 63 N° 3), y

b) Las que señalen la ciudad en que debe funcionar la Corte Suprema (artículo 63 N° 17).

Este criterio ha sido expresamente reeconcido por el Tribunal Constitucional al ejercer el control preventivo de las diversas leyes orgánicas constitucionales que se han pronunciado en las materias antes señaladas de derecho procesal orgánico.

cual fue remitido por el Gobierno al Congreso en 1894. Examinado en éste por una Comisión Mixta de Diputados y Senadores, de la que formó parte el propio autor, quedó despachada en la Cámara de diputados en febrero de 1906".¹⁴²

El Código entró en vigencia el 1 de marzo de 1907. Cuenta con 696 artículos permanentes y está dividido en 4 libros:

Libro I Disposiciones generales relativas al juicio criminal

Libro II Del juicio ordinario sobre crimen o simple delito

Libro III De los procedimientos especiales

Libro IV Del cumplimiento y ejecución

Su aplicación se extiende a todos aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal.

C. CÓDIGO PROCESAL PENAL (CPP)

Su texto se contiene en la Ley N° 19.696, publicada el 12 de octubre de 2000. Cuenta con 485 artículos permanentes y un artículo transitorio. Está dividido en 4 libros:

Libro I Disposiciones generales

Libro II Procedimiento ordinario

Libro III Recursos

Libro IV Procedimientos especiales y ejecución

Conforme lo dispuso su artículo 483, las disposiciones del Código sólo se aplican a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia, la que se efectuó gradualmente en distintas regiones del país, comenzando las de Coquimbo y la Araucanía y concluyendo en la Región Metropolitana el 16 de junio de 2005¹⁴³, fecha a partir de la cual rige en todo el territorio nacional, sin excepción. La fecha de entrada en vigencia y la región pertinente se indica a continuación:

- 16 diciembre 2000 Coquimbo y Araucanía
- 16 octubre 2001 Antofagasta, Atacama y Del Maule

¹⁴² PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Curso de Derecho Procesal*. Tomo I. *Derecho Procesal Orgánico*. Pág. 49. Editorial Jurídica ConoSur. 1993.

¹⁴³ La Ley de reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.519, de 16 de septiembre de 1997 dispone en el artículo 36 transitorio, que el Capítulo VI A "Ministerio Público", la LOC de éste y las leyes complementarias que modifiquen el Código de Procedimiento Penal, se aplican exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones.

La gradualidad de la entrada en vigencia se relaciona con los plazos establecidos en el artículo 4° de la LOC N° 19.640, del Ministerio Público, contados desde la fecha de publicación de la misma, es decir desde el 15 de octubre de 1999, que preveían 14 meses para las regiones IV y IX; 24 meses para las regiones II, III y VII; 36 meses para la región Metropolitana; y 48 meses para las restantes regiones. Posteriormente la Ley N° 19.762, del 13 de octubre del 2001, estableció como plazos de entrada en vigencia los indicados para cada región, con excepción de la Región Metropolitana, cuya entrada en vigencia estaba fijada para el 16 de diciembre de 2004, y que fue postergada por la Ley N° 19.762, de 20 de diciembre de 2003.

- 16 diciembre 2002 Tarapacá, Aysén, Magallanes y Antártica Chilena
- 16 diciembre 2003 Valparaíso, Del Libertador General Bernardo O'Higgins, Bío-Bío y de Los Lagos;
- 16 junio 2005 Metropolitana

Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, podemos señalar que la fuente principal del CPP es el Código Procesal Modelo para Latinoamérica, el que es producto del trabajo de académicos relacionados con el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Su última versión es obra del profesor argentino Julio Maier.

Constituyen también fuentes de nuestro código:

- La Ordenanza Procesal Alemana de 1877
- La Ley de Enjuiciamiento Criminal Española de 1882
- El Código Procesal Italiano de 1988
- El Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba de 1992
- El Código Procesal Penal de la Nación Argentina, de 1992
- El Código Procesal Peruano de 1991.

Sin duda, consideración especial como fuente del proyecto lo tienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

El Proyecto de CPP fue elaborado durante el año 1994 en el contexto de un acuerdo de colaboración técnica en que el Ministerio de Justicia, cuya Ministra era doña Soledad Alvear V., contó con la directa cooperación de la fundación Paz Ciudadana y la Corporación de Promoción Universitaria. El trabajo fue estructurado a partir de un foro de discusión en cuyo seno fueron diseñados los lineamientos básicos de la reforma, el que se integró con un conjunto de académicos, abogados y magistrados convocados con el criterio de buscar la más amplia representatividad entre los diversos roles al interior del sistema jurídico y las diversas sensibilidades políticas y culturales. La redacción del proyecto se encontró a cargo de una comisión de profesores, que fue dirigida por Cristián Riego, e integrada por Jorge Bofill, María Inés Horvitz, Raúl Tavolari y Mauricio Duce.

La tramitación del proyecto se inició el 13 de junio de 1995 y concluyó con la publicación de la Ley N° 19.696, el 12 octubre del 2000. Cronológicamente su tramitación legislativa fue la siguiente:

- 1) Con fecha 13 de junio de 1995, correspondiente a la legislatura ordinaria N° 331, se ingresó el Mensaje en primer trámite constitucional a la Cámara de Diputados.
- 2) Con fecha 17 de marzo de 1998, ingresó el proyecto en segundo trámite constitucional al Senado.
- 3) Con fecha 18 de julio de 2000, ingresó el proyecto en tercer trámite constitucional a la Cámara de Diputados.
- 4) Con fecha 8 de agosto de 2000, ingresó el proyecto en cuarto trámite constitucional al Senado.

5) Con fecha 17 de agosto de 2000, ingresó el proyecto en quinto trámite constitucional a la Cámara de Diputados.

6) Con fecha 2 de agosto de 2000, ingresó el proyecto en sexto trámite constitucional al Senado.

7) Con fecha 31 de agosto de 2000, ingresó el proyecto en séptimo trámite constitucional a la Cámara de Diputados.

Con posterioridad a su publicación, el Código Procesal Penal ha sido objeto ya de varias modificaciones legales¹⁴⁴.

6.3. *Los tratados internacionales*

Los tratados concluidos por la Nación o a los que ellos adhiere, comprendidos en ellos las convenciones emanadas de organismos internacionales, mientras sean aprobados por el congreso de la Nación, son fuente de derecho procesal penal cuando se refieren al contenido de esa rama jurídica, al mismo nivel que la ley procesal penal, con la que se confunden al pasar a ser parte de la legislación interna. Las convenciones internacionales sobre derechos humanos tienen hoy jerarquía constitucional.¹⁴⁵

En nuestro país, no cabe duda que los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile tienen plena vigencia por mandato expreso del inciso 2º del artículo 5º de la Carta Fundamental, el que fuera incorporado tras la reforma constitucional de 1989¹⁴⁶ disponiendo actualmente que “El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

En la materia debemos tener presente que nuestro país ha ratificado La Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, según consta en publicación efectuada en el Diario Oficial de 5 de enero de 1991¹⁴⁷ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según consta en publicación de Diario Oficial de 29 de abril de 1989.

Sobre dichos tratados internacionales de derechos humanos debemos tener presente los siguientes aspectos:

¹⁴⁴ Véase la referencia a las principales leyes modificatorias en apartado IV.2. de este Capítulo.

¹⁴⁵ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 123. 2002. 2ª edición.

¹⁴⁶ Ley Nº 18.825, de 17 de agosto de 1989.

¹⁴⁷ Véase MEDINA, Cecilia. “La Convención Americana: Teoría y jurisprudencia”. Págs. 265 y Sgtes. *Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho*. Universidad de Chile. Diciembre 2003. MEDINA, Cecilia y NASH, Claudio. “Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus mecanismos de protección”. *Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho*. Universidad de Chile. Diciembre 2007.

Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 120. 2002. 2ª edición.

a) Chile ratificó ambos instrumentos formulando la reserva de ser ellos aplicables a hechos posteriores al depósito de la ratificación y que por ello son aplicables a hechos cuyo principio de ejecución es posterior al 11 de marzo de 1990.

b) Los órganos de protección a los cuales se debe acudir en caso de infracción de dichos tratados internacionales son respecto de la Convención Americana la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en el caso del Pacto Internacional lo será el Comité de Derechos Humanos.

c) Dichas normas internacionales no cabe la menor duda que tienen plena vigencia en el nuevo sistema procesal penal, no sólo por entender que cada vez que nuestro legislador se refiere a la ley debemos entender que con ello se alude a todas las normas que tienen dicho rango como ocurre con la ley propiamente tal y los tratados internacionales ratificados por Chile, sino que además por la referencia especial que respecto de ellos se hace en el Nuevo Código.

En efecto, en el nuevo sistema procesal penal se contemplan diversas normas que reconocen la plena eficacia de los tratados internacionales ratificados por Chile y su aplicación obligatoria, pudiendo citar a modo meramente ejemplar los siguientes preceptos:

a) El artículo 10 establece expresamente la misión para el juez de garantía de cautelar que el imputado se encuentre en condiciones de ejercer los derechos que le otorgan las garantías judiciales consagradas en la constitución política, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes;

b) El inciso final del artículo 250 contempla la prohibición para el juez de garantía de dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados, salvo en los casos de los números 1º y 2º (muerte y cumplimiento de condena) del artículo 93 del Código Penal;

c) En el artículo 300 letra c) se contempla la exención de comparecer como testigos para chilenos o extranjeros que gocen de inmunidad diplomática según los tratados internacionales, para los cuales es voluntario además prestar declaración, lo que deben hacer por medio de oficio; y

d) Finalmente, en la norma más trascendente sobre la materia, en la letra a) del artículo 373, se contempla como causal del recurso de nulidad para obtener la invalidación 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 que se encuentren vigentes. En este caso, el recurso debe ser conocido en un caso de competencia *per saltum* por parte de la Corte Suprema (artículo 376 inciso 1º).

Por su parte, y tras la reforma constitucional de mayo de 2009¹⁴⁸ que introdujo una disposición 24 transitoria, que autorizó al Estado a reconocerle jurisdicción, con

¹⁴⁸ Ley de Reforma Constitucional N° 20.352, publicada en el Diario Oficial del día 30 de mayo de 2009.

fecha 1 de agosto de 2009 se publicó el decreto promulgatorio del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional¹⁴⁹, el que actualmente tiene plena vigencia en Chile respecto de los delitos de competencia de la misma.¹⁵⁰

Un tema trascendente surgido a propósito de la reforma constitucional del año 1989, es la relativa al rango jerárquico de los tratados, en relación con las normas constitucionales, ya que la nueva redacción llevó a algunos a pretender que los tratados sobre derechos humanos tendrían rango constitucional, de manera que podrían modificar disposiciones de la Carta Fundamental, cuestión que con anterioridad y en sentido negativo era bastante pacífica al entenderse que los tratados estaban sometidos al principio de la supremacía constitucional como todo el resto del ordenamiento.¹⁵¹

El Tribunal Constitucional se hizo cargo de dicha materia precisamente al pronunciarse el año 2002 sobre el requerimiento de inconstitucionalidad respecto de la CPI¹⁵² (previo a la reforma constitucional del 2009). El TC hace primar el principio de la supremacía constitucional sobre los tratados al precisar que la reforma de 1989 no tuvo por objeto consagrar que los tratados internacionales sobre derechos esenciales tuvieran un rango o jerarquía igual o superior a la CPR, sino *“que, el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la constitución, es que el constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber para los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*.

Concluye el TC en el considerando 74° *“que, en suma, por lo expuesto y analizadas las normas constitucionales pertinentes con un criterio armónico, sistemático y coherente, no es posible sostener que un tratado que verse sobre derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana enmiende la Constitución en lo que sea contraria a ella o tenga igual jerarquía”*.

Con motivo de la Reforma Constitucional que fijó el texto actual del artículo 54 letra a) de la Carta Fundamental contenida en la Ley N° 20.050, publicada en el Diario Oficial de 26 de agosto de 2005¹⁵³ y según lo previsto en la Ley N° 20.381, publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 2009, que modificó la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional para adecuarla a la nueva composición y funciones que se

¹⁴⁹ Adoptado el 17 de julio de 1998, en Roma, por la conferencia diplomática de plenipotenciarios de la Organización de las Naciones Unidas.

¹⁵⁰ Ver apartado 5.2.1.

¹⁵¹ El Tribunal Constitucional, en sentencia de 21 de diciembre de 1987, Rol N° 46, señaló expresamente que las normas constitucionales, en el orden interno, prevalecen sobre las disposiciones contenidas en tratados internacionales.

¹⁵² Sentencia de 8 de abril de 2002, Rol N° 346.

¹⁵³ El inciso 5° del N° 1 del artículo 54 de la CPR dispone que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

entregaron en la mencionada reforma constitucional, los tratados internacionales han quedado en una situación particular respecto del resto de las normas legales.

Conforme al fallo pronunciado el 25 de agosto de 2009 por el Tribunal Constitucional, en el cual ejerció el control de constitucionalidad preventivo de la ley modificatoria de su Ley Orgánica para adecuarla a la modificación de la Constitución contenida en la Ley N° 20.050, estableció la procedencia de ejercer el control represivo de constitucionalidad específico mediante la inaplicabilidad de un tratado internacional, declarando inaplicable la totalidad o una parte del mismo; y por otra parte, estableció la improcedencia de ejercer el control represivo *erga omnes* de los tratados internacionales mediante la acción de inconstitucionalidad.

Para efectuar esa distinción se tuvo presente por la mayoría del Tribunal que “en el caso de la declaración de inaplicabilidad de una norma de un tratado ya promulgado y vigente, dicha declaración sólo producirá un efecto particular en el orden interno y para el caso concreto que constituye la gestión pendiente en que la norma no se podrá aplicar, sin que se altere de este modo la generalidad de la disposición del tratado ni su vigencia desde el punto de vista del derecho internacional, cuestión que conforme se verá, según se desarrolla en esta sentencia, es de la máxima importancia” (considerando 42°).

Por otra parte, nos indicó que “conforme a las disposiciones constitucionales ya mencionadas, lo que el Estado de Chile no puede hacer es, por ley, derogar las disposiciones de un tratado, pues éste es un acuerdo entre dos Estados, a diferencia de la ley que es una manifestación de la soberanía de un solo Estado. No obstante, la declaración de inaplicabilidad de un precepto de un tratado internacional no genera ese efecto pues, como esta Magistratura ya lo ha indicado en reiteradas oportunidades (Roles N°s. 478, 546, 473, 517, 535, 588, 589, 608, 609, 610, 611, 612 y 623, entre otros), la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal sólo produce efectos particulares en la gestión pendiente concreta en que incide, en la cual el Juez no podrá aplicar dicho precepto. Ello no implica la derogación del tratado ni de ninguna de sus disposiciones (considerando 56).

En cambio, una declaración de inconstitucionalidad de un precepto de un tratado internacional por parte de este Tribunal implicaría una vulneración a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como una infracción a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución), pues esa declaración de inconstitucionalidad genera el mismo efecto que una ley derogatoria: expulsar al precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma jurídica sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada. Considerando 58. La atribución comprendida en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, difiere notoriamente de aquella contenida en el N° 7° del

mismo precepto constitucional, no obstante la relación existente entre ambas. En el caso de esta última, esta Magistratura expulsa del ordenamiento jurídico un precepto legal con efecto *erga omnes* y sin alcance retroactivo. Sin embargo, no le corresponde hacerlo respecto de una disposición de un tratado internacional, puesto que ello implicaría una infracción a las normas del derecho internacional sobre formación y extinción de los tratados, así como a las disposiciones de la Constitución Política que otorgan al Presidente de la República la conducción de las relaciones internacionales y la negociación, conclusión y ratificación de tratados internacionales (artículos 54, N° 1°, y 32, N° 15°, de la Constitución). Ello, en atención a que la declaración de inconstitucionalidad contemplada en el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Ley Suprema genera el mismo efecto que una ley derogatoria: elimina el precepto legal del ordenamiento jurídico. Esta situación es diferente a la del requerimiento de inaplicabilidad, en que la norma sigue vigente, sólo que es inaplicable a una gestión judicial determinada (considerando 65).

6.4. La jurisprudencia

La Jurisprudencia y la doctrina no constituyen fuentes del Derecho procesal penal y suelen categorizarse más bien como fuentes del tipo “indirecto”.

La jurisprudencia no constituiría una fuente de derecho, puesto que “según nuestro sistema de sanción y vigencia de las normas jurídicas, el fundamento normativo en el cual se apoya uno o varios fallos de los tribunales en casos concretos que les son sometidos, no instituye una regla jurídica ni le acuerda vigencia. La función propia de los tribunales de justicia –aparte del conocimiento de los hechos reales que provocan el caso y su labor en la reconstrucción histórica– consiste en formular *proposiciones acerca de las normas jurídicas*, de su vigencia o de su significado, con el objeto de fundar su solución jurídica del caso concreto que conocen. Para ello *interpretan* las reglas jurídicas a fin de aplicarlas; esta es la razón por la cual algunos autores incluyen a la jurisprudencia como “fuente de interpretación”, utilizando impropriamente la denominación fuente, siempre referida al Derecho. Desde este punto de vista, según veremos posteriormente los fallos cumplen, en esencia, la misma labor que los juristas teóricos (la denominada doctrina jurídica): afirman proposiciones acerca de si tal o cual regla jurídica está o no vigente o de si se debe entender en tal o cual sentido; ello sin negar la diferencia evidente entre ambos fenómenos jurídicos: las proposiciones de los fallos, a contrario de las de la doctrina, son decisiones de autoridad y tienen por objeto la aplicación de la ley a un caso concreto y real.”¹⁵⁴

Nadie podría afirmar, sin embargo, que la jurisprudencia no cumple ningún papel jurídico, aun en nuestro sistema. En realidad, los abogados en sus litigios, los jueces en sus fallos, los juristas en sus proposiciones teóricas y, en medida mucho menor, hasta las personas en general para obrar, prestan atención a la reiteración de fallos de

¹⁵⁴ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 129. 2002. 2ª edición.

los tribunales en un mismo sentido o con el mismo fundamento jurídico para resolver casos similares y a la manera en que resuelven un caso los tribunales de casación o superiores de la organización judicial. Sin embargo, ello se trata de sólo un cálculo empírico que no se debe confundir, sin embargo, con el cálculo jurídico, propio de la ciencia del Derecho. Para nuestro sistema sólo es posible fundar las decisiones jurídicas en la ley, por más que para entenderla o para declarar su alcance se acuda a la aplicación práctica que ya ha tenido para casos similares, en esa rara mezcla de razonamiento jurídico y observación empírica que aplican los juristas y aun los neófitos para fundar sus decisiones. Sería para nosotros infundada una decisión que, prescindiendo de la ley y así de todo razonamiento normativo, pretenda fundar una decisión en la regla que extrae de una o varias decisiones judiciales anteriores.¹⁵⁵

En todo caso, debemos tener presente que en el actual sistema procesal penal se pretende hacer un esfuerzo para uniformar la jurisprudencia en el nuevo sistema procesal penal en la regulación que se realiza respecto al recurso de nulidad al permitir la competencia *per saltum* en caso que exista jurisprudencia discrepante por parte de los tribunales superiores de justicia.

Al efecto, se dispone que excepcionalmente, la Corte Suprema será el tribunal *ad quem* para conocer del recurso de nulidad, en un caso de competencia *per saltum*, cuando se hubiere deducido basándose en una de las dos causales siguientes¹⁵⁶:

- 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 que se encuentren vigentes (artículos 373 letra a y 376 inciso 1°), o
- b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, siempre que respecto de la materia de derecho objeto del mismo existieren distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (Art. 373 letra b y 376 inciso 3°) del CPP.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 130 y 131. 2002. 2ª edición.

¹⁵⁶ La razón por la cual se estableció la competencia *per saltum*, conforme se señalara en la discusión en la Sala por el senador Viera-Gallo, fue para los efectos de permitir que la Corte Suprema con ello pase “realmente a ser el tribunal máximo de garantía para que exista un debido proceso en materia penal. Y, por otra parte, recupera o reafirma su carácter de máximo tribunal en cuanto a la interpretación justa y debida de la ley penal, para que no haya una jurisprudencia errónea que pudiera llevar a que en distintas regiones del país hubiera diferentes tipos de formulación de la aplicación de la ley penal, lo que llevaría no sólo a una anarquía sino, también, a posibles injusticias para las personas afectadas por esas resoluciones.

¹⁵⁷ En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se señala expresamente sobre la materia que nos hicimos cargo de la posibilidad de que, respecto de la materia de derecho objeto del recurso existan distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores. Es el caso, por ejemplo, de sentencias discrepantes sobre un mismo punto jurídico que hubieren sido pronunciadas por la propia Corte de Apelaciones, otra u

6.5. *La doctrina*

Los autores que se ocupan del derecho procesal penal tienen una decisiva influencia —mala o buena— en la formación e interpretación de la ley procesal penal; su magisterio supera las aulas universitarias para extenderse al ejercicio profesional y judicial. Pero ello nunca ha querido decir que sancionen normas vigentes en las que alguien pueda apoyar su juicio jurídico. Al igual que la jurisprudencia, formulan proposiciones acerca de las normas, su vigencia y significado. Por ello le son aplicables los mismos criterios que empleamos respecto de la jurisprudencia para negarle el carácter de fuente del Derecho procesal penal, a los que se agrega la característica negativa de que sus afirmaciones carecen de autoridad oficial. La única autoridad que reclama la doctrina es el prestigio científico que otorgan la reflexión y el razonamiento riguroso.¹⁵⁸

En relación con la doctrina nacional y extranjera respecto del proceso penal que consideramos de mayor interés resaltar nos remitimos a la incorporada en las diversas citas efectuadas al pie a lo largo de esta obra. Debemos resaltar que con motivo de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal son muchos los nuevos y jóvenes autores que han publicado obras y artículos abordando diversos aspectos del nuevo sistema, habiendo generado un gran resurgimiento del interés aletargado durante muchos años por estas materias, con sólo algunas honrosas excepciones en el pasado.

6.6. *La costumbre*

Finalmente hemos de señalar que la costumbre en forma de “prácticas judiciales” o “prácticas del foro” o “de usos tribunalicios” no es fuente del Derecho procesal penal, salvo cuando la misma ley se remite a ella, remisión que sólo existe en casos de excepción.

No vale la pena destinar una explicación extensa a la fundamento de la tesis expuesta, pues rigen exactamente los mismos motivos que utilizamos para rechazar la jurisprudencia como fuente del derecho procesal penal; nuestro sistema jurídico manda fundar las decisiones judiciales —incluso las procesales y más aún las procesales penales— en la ley vigente y cualquier decisión que, apartándose de ella, enuncie como fundamento de la solución, por más repetida que ella sea en la práctica, es ilegítima.

Continuación nota ¹⁵⁷

otras Cortes de Apelaciones o, incluso, la Corte Suprema, especialmente en su etapa anterior a la actual especialización de las salas en que desarrolla su trabajo. En este evento, consideramos desde todo punto de vista recomendable, para velar por la uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro ordenamiento como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que el conocimiento del recurso no quede radicado en la Corte de Apelaciones, sino en la Corte Suprema. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia sistematizada y Concordancias*. LONDONO M., Fernando y otros. Tomo III. Pág. 125. Editorial Jurídica de Chile. Junio 2003.

¹⁵⁸ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 140. 2002. 2ª edición.

Nótese que, cuando la ley acuerda a la decisión un marco discrecional para varias soluciones posibles, el seguir una costumbre arraigada como práctica habitual no es ilegítimo, como, p.ej. las disposición del lugar que ocupan en la sala de audiencias los intervinientes en un debate o el hecho de elegir la forma del juramento o el momento de su prestación (promisorio o asertorio), cuando la ley no contiene previsión o deja libertad de acción a quien debe decidir o cumplir el acto. A este tipo de costumbres se refieren mucho de los ejemplos que los autores brindan para fundar la afirmación de que la costumbre es fuente del Derecho Procesal. En realidad, se trata de actos permitidos que no cambian el sentido jurídico del acto a realizar o que quedan dentro del ámbito de libertad de elección de quien cumple el acto o decide, por lo que en nada influiría la realización distinta del acto o solución diferente, siempre permitida mientras no se oponga a una disposición legal.¹⁵⁹

7. CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL PENAL

El Derecho Procesal Penal se ha solido clasificar, para los efectos de su estudio, en Derecho Procesal Orgánico y Derecho Procesal Funcional.

En el Derecho Procesal Orgánico se aborda el estudio de las normas referentes a la función jurisdiccional y la competencia, la organización y atribuciones de los tribunales y los Auxiliares de la Administración de Justicia, adicionándose ahora además al Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública.

Las principales normas del Derecho Procesal Penal Orgánico se encuentran contenidas en:

- 1º. La Constitución Política de la República de 1980, particularmente en:
 - a) Capítulo VI denominado “Poder Judicial”¹⁶⁰, en sus artículos 76 a 82.
 - b) Capítulo VII denominado “Ministerio Público”¹⁶¹, en sus artículos 83 a 91.
 - c) Capítulo VIII denominado “Tribunal Constitucional”¹⁶², en sus artículos 92 a 94.

¹⁵⁹ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 138 y 139. 2002. 2ª edición.

¹⁶⁰ Capítulo modificado por las Leyes N°s. 18.825 (17/08/89), 19.519 (16/09/97), 19.541 (22/12/97), 19.697 (14/01/99), 20.245 (10/01/08) y 20.050 (26/08/05).

¹⁶¹ Capítulo introducido por la Ley N° 19.519 (16/09/97), y modificada por la Ley N° 20.050 (26/08/05), sin perjuicio de tener presente las normas que sobre la vigencia de este Capítulo VI A se contemplan en los artículos 36 y 37 transitorio de la Constitución.

¹⁶² Capítulo modificado por la Ley N° 20.050 (26/08/05).

El Tribunal Constitucional es un tribunal especial, colegiado (compuesto por 10 miembros), letrado, permanente, de derecho, no se encuentra sometido a la Superintendencia de la Corte Suprema, su sede se encuentra en la ciudad de Santiago, y su competencia se extiende a todo el territorio nacional. Sus miembros son inamovibles, temporales (duran en sus cargos 9 años, y se renuevan por periodos de 3 años, sin reelección), pueden desempeñar funciones hasta los 75 años de edad. El Tribunal funciona en pleno o dividido en dos salas y conoce en única instancia del control preventivo y represivo de constitucionalidad de la ley y de otras normas jurídicas y de los demás asuntos que la CPR le encomienda en el artículo 93, dentro de lo cual podemos destacar:

- 2º. El Código Orgánico de Tribunales.
- 3º. La LOC N° 19.640 del Ministerio Público.
- 4º. La LOC N° 19.718, de la Defensoría Penal Pública.

En el Derecho Procesal Penal Funcional se aborda el estudio de los diversos procedimientos establecidos en materia penal, y de los recursos contemplados dentro de ellos, a fin de resolver, las controversias sometidos a la decisión jurisdiccional mediante la dictación de una sentencia, con la eficacia de autoridad de cosa juzgada.

Las principales normas del Derecho Procesal Funcional se encuentran contenidas en:

- 1º. La Constitución Política de la República de 1980.¹⁶³
- 2º. El Código de Procedimiento Civil.¹⁶⁴
- 3º. El Código de Procedimiento Penal.
- 4º. El Código Procesal Penal.

Continuación nota ¹⁶²

- a) Ejercer el control de constitucionalidad de leyes interpretativas, LOC y tratados (sobre materias de LOC), antes de su promulgación.
- b) Resolver la constitucionalidad de los Auto Acordados dictados por la Corte Suprema, Cortes de Apelaciones y Tribunal Calificador de Elecciones.
- c) Resolver la constitucionalidad, durante la tramitación, de los proyectos de ley o de reforma constitucional y tratados.
- d) Resolver la constitucionalidad de decretos con fuerza de ley, Decretos Supremos, Decretos o resoluciones del Presidente de la República que la Contraloría General de la República haya representado (artículo 99 CPR).
- e) Resolver, por mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la CPR.
- f) Resolver por mayoría de los 4/5 de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo anterior.
- g) Resolver las contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales de justicia, que no correspondan al Senado.

¹⁶³ La CPR contiene específicamente normas de Derecho Procesal Funcional en sus artículos 19 N° 3, el que contempla el derecho de defensa jurídica, la prohibición de juzgamiento por comisiones especiales y el juzgamiento por tribunal establecido con anterioridad en la ley, el debido proceso de ley, y la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal; 19 N° 7, el que en sus letras a) a i) contempla diversas garantías procesales respecto del derecho de la libertad personal y seguridad individual, 20, el que contempla el recurso de protección, 21, el que contempla el recurso de amparo, 38 inciso segundo, el que contempla las acciones contenciosas administrativas, 48 N° 2 y 49 N° 1 que regulan el juicio político; 82 inciso segundo, el que es fuente del recurso de queja; y 93, que contempla el recurso de inaplicabilidad de la ley.

¹⁶⁴ “El Código de Procedimiento Civil entró a regir el 1º de marzo de 1903, conforme con lo dispuesto en la ley aprobatoria N° 1.552, y desde su vigencia derogó todas las leyes preexistentes sobre las materias que en él se tratan, salvo que dichas materias se refieran a los tribunales especiales no regidos por la ley de 15 de octubre de 1985. Esta derogación orgánica fue acompañada de una derogación tácita puesto que los Códigos Civil, de Comercio y de Minería, la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales y las leyes que los hayan complementado o modificado, sólo se entenderán derogados en lo que sean contrarios a las disposiciones del Código” (artículo final). PEREIRA ANABALÓN, Hugo. *Curso de Derecho Procesal*. Tomo I. *Derecho Procesal Orgánico*. Págs. 47 y 48. Editorial Jurídica ConoSur. 1993.

8. VINCULACIONES DEL DERECHO PROCESAL PENAL CON OTRAS RAMAS JURÍDICAS

8.1. Vinculación del Derecho procesal penal con la Constitución Política de la República

Se ha observado con razón al “proceso penal de una Nación como “el termómetro de los elementos corporativos o autoritarios de la Constitución” o, con idéntico significado, “como sismógrafo de la Constitución estatal”, metáforas que, a la par de confirmar nuestra advertencia anterior, describen con propiedad la estrecha unión entre el Derecho constitucional y el Derecho procesal penal. Es por ello que se piensa que el Derecho procesal penal de hoy en día es, desde uno de los puntos de vista principales, *Derecho constitucional reformulado* o *Derecho constitucional reglamentado*.¹⁶⁵

El grado de acierto de la afirmación consistente en caracterizar al derecho procesal penal como *Derecho constitucional reformulado o reglamentado*, aparece claro si se observa que la actividad estatal en este ámbito es regulada, forma de traducir a la realidad cotidiana de la persecución penal la protección necesaria de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución del estado para quien es perseguido penalmente.¹⁶⁶

Desde este punto de vista, la ley procesal penal reglamenta la necesidad del Estado de llevar a cabo un procedimiento antes de aplicar su poder penal material (*nulla poena sine iudicio*) ante la autoridad judicial competente (*juez natural*), durante el cual quien es perseguido penalmente no debe ser considerado culpable y, por tanto, debe ser tratado como inocente (*principio de inocencia*) y goza de oportunidades suficientes para una defensa eficaz (*inviolabilidad de la defensa*); su reglamentación consiste en establecer las formas prácticas de actuación de las garantías previstas por la Constitución, para tornarlas eficaces en el procedimiento judicial. A la par de las garantías citadas, la ley procesal reglamenta otras más específicas, también contenidas en la ley fundamental, tales como la autoridad competentes, casos y forma para la privación de libertad preventiva, para el allanamiento de domicilio, para el secuestro de correspondencia y su apertura, las decisiones que prohíben una persecución penal ulterior (*nae bis in eadem*), el remedio de *habeas corpus* para las detenciones ilegítimas, de manera tal que las metáforas y apelativos citados al comienzo de este punto se justifican plenamente.¹⁶⁷

¹⁶⁵ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 162. 2002. 2ª edición.

¹⁶⁶ Los derechos y garantías individuales que se deben proteger son la integridad corporal; la libertad; el principio de igualdad y la intimidad. Los derechos y garantías relacionados con la seguridad jurídica a resguardar son el derecho de defensa; derecho a acusación formal o intimación; presunción de inocencia; el derecho de recurrir del fallo; el principio de *non bis in idem*; el principio de irretroactividad de la ley, la prohibición de tribunales especiales; el principio de juez natural y el principio de justicia pronta y debida Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio oral en América Latina y Alemania. MORA MORA, Luis Paulino. *Garantías constitucionales en relación con el imputado*. Págs. 9 y Sgtes. Caracas. 1995.

¹⁶⁷ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Págs. 164 y 165. 2002. 2ª edición.

8.2. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Penal

El Derecho procesal penal no puede ser pensado con independencia del Derecho Penal. Ambos, más la ejecución penal, son partes integrantes de un sistema, como instrumento de control social. Para que el sistema funcione bien se torna necesaria la coordinación de fines e instituciones entre uno y otro, pues el Derecho Procesal Penal es el instrumento que la ley otorga al Derecho penal para su realización práctica y, a la vez, los mandatos y prohibiciones penales carecen de valor práctico, supuesto el monopolio punitivo del Estado, sin el Derecho procesal penal, convirtiéndose poco menos que letra muerta.¹⁶⁸

8.3. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Internacional

En la actualidad reviste particular importancia el derecho Internacional en relación con el Derecho Procesal Penal, en atención a que por una parte se han celebrado tratados internacionales que establecen claramente los derechos y garantías que deben ser respetados y promovidos por los Estados, siendo sus incumplimientos materia de control por los órganos que se contemplan en cada uno de dichos tratados.

Por otra parte, con la entrada en vigencia del tratado de Roma se creó una jurisdicción penal internacional para juzgar a quienes cometan delitos de lesa humanidad, con las características que respecto de la jurisdicción se contemplan en ese cuerpo normativo supranacional para hacerla compatible con la jurisdicción interna de cada Estado.

Nuestro país como hemos visto por la Ley N° 20.352, publicada en el Diario Oficial del día 30 de mayo de 2009, procedió a modificar nuestra Carta Fundamental con el fin de permitir en su artículo 24 transitorio la conciliación de las normas de los tratados internacionales y de los órganos legislativos y jurisdiccionales supranacionales del mundo globalizado con las normas internas y los órganos legislativos y tribunales nacionales. Con ello nos hemos incorporado a un mundo globalizado celebrando los tratados internacionales que permitan recepcionar esa normativa para consagrar el respeto de los derechos humanos a nivel supranacional con plena coincidencia con nuestra constitución que reconoce y acepta expresamente semejante realidad. En el inciso final del artículo 24 transitorio se contempla que la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo se podrá ejercer respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma.

8.4. Vinculación del Derecho procesal penal con el Derecho Privado

El derecho procesal penal reconoce vinculación con el derecho privado, en atención a que sus normas deben ser aplicadas para la solución de las cuestiones prejudiciales

¹⁶⁸ Véase MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 146. 2002. 2ª edición.

civiles, como para resolver las tercerías y demandas de indemnización de perjuicios que se promuevan dentro del proceso penal.

III. LOS SISTEMAS PROCESALES PENALES Y SUS PRINCIPIOS

I. GENERALIDADES

Dijimos anteriormente que el conflicto penal surge de la pugna derivada del interés del Estado por hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito, y el interés de mantención de la libertad de aquellos en contra de quienes se dirige dicha imputación estatal.

También, que el proceso constituye la única forma a través de la cual dicho conflicto puede ser resuelto, salvo los casos excepcionales de autotutela y aquellos en que el mismo legislador permite la composición directa entre las partes atendidos los monopolios existentes al respecto.

Desde esta perspectiva sólo a través de un proceso penal puede imponerse al sujeto una medida de seguridad y en definitiva, una pena determinada.

En este contexto, entendemos por sistema procesal penal aquel conjunto de normas y principios que rigen las formas y contenido del proceso penal.

Según sea el papel que una sociedad le asigne al Estado, el valor que reconozca al individuo y la regulación que haga de las relaciones entre ambos, será el concepto que desarrolle de delito y el tipo de proceso que se admita.

Es por lo anterior que los sistemas procesales son, en definitiva, el producto de la evolución de los pueblos y del grado de madurez política, y por consiguiente, las modificaciones que estos sistemas experimentan a través de la historia se deben a las transformaciones que han experimentado también las instituciones políticas del Estado.

Como cuestión básica e introductoria hemos de adelantar que los distintos sistemas existentes no se presentan en forma pura en ningún país, sino más bien existe predominancia de uno u otro.

Básicamente existen dos distintos sistemas procesales penales:

- a) El Sistema Acusatorio.
- b) El Sistema Inquisitivo.

El criterio esencial para distinguir estas dos formas del proceso, radica en atender a como actúan en ellos las tres funciones básicas en todo proceso criminal: a) la Función de acusar, b) la Función de defensa y c) Función de resolución.

Si las tres funciones radican en un mismo sujeto, nos encontraremos antes sistemas del tipo inquisitivo. Por el contrario, si las tres funciones radican en distintos sujetos, enfrentamos sistemas acusatorios, en que se distinguirá el acusador, defensor y Juez.

Los modelos inquisitivos se relacionan con formas de organización política basadas en la autoridad y centralización del poder, es decir, con regímenes políticos del tipo absolutista. Por el contrario, en sistemas democráticos, prima el sistema acusatorio,

fundado en el principio de separación de funciones e igualdad de posiciones entre las partes intervinientes.

Ahora bien, el proceso moderno requiere y se presenta como un sistema MIXTO, una combinación entre los sistemas del tipo acusatorio y del inquisitorio.

2. SISTEMA ACUSATORIO

Los orígenes del sistema acusatorio se vinculan con el nacimiento de la democracia e implementación de los sistemas republicanos (Grecia, Roma), rigiendo hasta la Edad Media, con el advenimiento de los regímenes monárquicos.

Desde el punto de vista procesal este sistema supone que como todo juicio, el penal se traduce en una discusión entre dos partes opuestas, cuyas diferencias deben ser resueltas por el Juez. Dentro del proceso, las partes se encuentran en igualdad de condiciones, siendo el juez un espectador, quien debe resolver según las pruebas que se rindan en éste.

En sus orígenes el sistema acusatorio se encontraba regido por ciertos principios básicos:

- El Juez no es un representante del Estado. El Juez es el pueblo mismo o una parte de él (ya sea bajo la forma de jurados o jueces).
- El proceso sólo puede iniciarse previa acusación de un ciudadano, siempre distinto del Juez. Originalmente sólo el ofendido y sus parientes; luego cualquier ciudadano. El juez no podía intervenir sin que mediara una acusación de parte (principio de pasividad).
- El proceso es público. Las partes conocen la acusación, la defensa y las pruebas que se rinden durante el proceso.
- El proceso es oral.
- Las partes se encuentran en igualdad de condiciones, rigiendo plenamente el principio contradictorio (principio de bilateralidad).
- El acusado permanece en libertad mientras se tramita el proceso.
- El proceso es concentrado, ya que desarrolla en una o más audiencias hasta su término.
- La sentencia no requiere ser fundada. El juez se limita a declarar la inocencia o culpabilidad (este punto encuentra explicación tanto en la soberanía del pueblo, como en la incapacidad técnica).
- El juez debe ajustarse al examen de las pruebas acompañadas por las partes (principio de presentación por las partes).
- Rige el sistema de valoración de la prueba judicial de la libre convicción.
- Las sentencias son inapelables (soberanía en la decisión).

El sistema acusatorio así descrito admite evidentes críticas: Su aplicación en forma pura sólo sería posible respecto de grupos reducidos y/o educados en valores cívicos y democráticos. Por otra parte, en éste existe una excesiva radicación de la iniciativa en la parte acusadora, sin que intervengan los intereses de la sociedad o del Estado, más allá de los meros intereses individuales de la víctima o afectado. Existen una serie de

limitaciones a las facultades de investigación de los hechos y aportación de pruebas. Desde otra perspectiva, una excesiva publicidad puede afectar la comprobación de la verdad y sus pruebas.

3. SISTEMA INQUISITIVO

El sistema inquisitivo aparece a contar del siglo XIII en toda Europa, bajo los regímenes absolutistas y monárquicos, rigiendo sin contrapeso en los siglos XVI a XVIII. Aquí el sistema judicial se relaciona directamente con la organización política, centralizada y jerárquica.¹⁶⁹

La denominación como “inquisitivo” proviene de “*las inquisiciones o pesquisas*” utilizadas de oficio por los tribunales eclesiásticos para averiguar la conducta del clero (después aplicable a herejías). Bajo este sistema el Estado detenta el poder absoluto para la represión de los delitos, lo que no corresponde ya a los particulares. Por ello el juez debe contar con los mayores poderes posibles, dado que su papel en el proceso es descubrir la verdad y aplicar las sanciones que correspondan, sin las limitaciones que las partes pudieran imponer. Las partes en el sistema inquisitivo no se encuentran en un plano de igualdad dentro del proceso.

En sus orígenes el sistema inquisitivo se encontraba regido por ciertos principios básicos:

- El Juez representa al Estado. Posee la capacidad técnica, y es al mismo tiempo un funcionario nombrado por la autoridad.
- No es necesaria la acusación de un particular, ya que el proceso puede iniciarse de oficio por parte del juez (principio inquisitivo).
- El juez no está limitado por las peticiones ni las pruebas de las partes (principio de investigación judicial).
- No existe igualdad entre las partes, ni contradicción entre ellas. El proceso es conducido por el tribunal (principio de unilateralidad de la audiencia).
- El proceso es secreto, ya que las partes no pueden conocer las actuaciones de investigación del Tribunal.
- Siendo la investigación lo más relevante, el acusado permanece privado de libertad durante el curso del proceso.
- El proceso es escrito.
- El proceso no es concentrado, ya que el tribunal determina sus actuaciones según lo que resulte necesario para el éxito de la investigación.
- La prueba se regula por la ley, debiendo buscarse la verdad real, pudiendo utilizarse toda clase de medios (incluido tormento).

¹⁶⁹ De acuerdo a lo sostenido por Ferrajoli, el sistema inquisitivo habría tenido su origen en procesos penales seguidos en la Roma Imperial, y que la inquisición propiamente tal habría reaparecido en el siglo XIII, específicamente con las Constituciones de Federico II y los procesos eclesiásticos por los delitos de herejía y brujería. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo Penal*. Traducción de Perfecto Ibáñez y otros, Editorial Trotta, Madrid, 2001, página 565.

- El tribunal debe fundar su sentencia (sistema de la prueba legal).
- Las sentencias son apelables. El Juez no es soberano, sino sólo un representante técnico del Estado. Se consagra el doble grado de competencia, sin perjuicio de la existencia de recurso de casación.

Siguiendo a Ferrajoli¹⁷⁰, hablaremos de “sistema inquisitivo” como aquel sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegando al juicio después de una instrucción escrita y secreta de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y los derechos del imputado.

Las críticas al sistema inquisitivo apuntan tanto a la ausencia de un proceso propiamente tal, por falta de contradicción entre las partes e igualdad entre ellas, como al hecho que nos enfrentamos más bien a un derecho penal “administrativo”. Pero la crítica más seria apunta al desconocimiento de las garantías mínimas de los sujetos intervinientes dentro del proceso, indispensables para que nos encontremos ante uno propiamente tal. En este sistema la víctima prácticamente desaparece tras la persecución penal “oficial” que es desarrollada por el tribunal mismo.

Este sistema experimentó durante el siglo XIX algunos cambios en la Europa continental, motivado en el influjo liberal, sin que sus características principales fueran, sin embargo, sustancialmente modificadas. Se consolidan dos actores relevantes intervinientes en la persecución penal: El Ministerio Público y la policía.

4. SISTEMAS MIXTOS

Los Estados democráticos modernos debieron recoger la necesidad de abandonar lo inaceptable de los sistemas inquisitivos, adaptándose a las concepciones del Estado de Derecho, naciendo así sistemas procesales de tipo mixto.

Algunos de estos sistemas mixtos contemplan distintas etapas: Una inquisitoria y otra con características acusatorias

a. Durante la primera fase, Inquisitoria, reciben aplicación:

- Una investigación dirigida por el Juez, con mayor o menor intervención del Ministerio Público.
- La instrucción escrita.
- El principio de unilateralidad de la audiencia.
- El secreto durante la fase de investigación.
- Restricciones a la libertad del sujeto pasivo.

b. Terminada la etapa de investigación, el proceso mixto pasa a una segunda fase en el cual asume los caracteres de acusatorio, y de contradicción entre los intervinientes.

- La acusación es formulada normalmente por el Ministerio Público.
- Desaparecen las necesidades de mantener el secreto y, por ende, se exige publicidad de los actos.

¹⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi, Ob. cit. pág. 564. 2001.

- El juicio reitera la prueba recopilada durante la fase de investigación.

Los Estados modernos descartan la utilización de los sistemas inquisitivos y acusatorios en forma pura. Los principios involucrados y las formas del procedimiento varían en cada país, pero en general puede afirmarse que:

- Los procesos inquisitivos no tienen cabida en los Estados modernos, ya que ellos implican en general, una violación de los derechos humanos consagrados en diversos tratados internacionales.

- Los procesos acusatorios en sentido puro no existen, ya que se requiere siempre una investigación previa al Juicio oral.

- En todo proceso deben reconocerse los derechos de las personas (tanto de la víctima como del imputado), y también dar cumplimiento al principio de eficiencia en la persecución de los delitos.

El sistema acusatorio – contradictorio (o adversarial) se identifica con formas democráticas de gobierno y respeto al Estado de Derecho, cuyas características pueden resumirse:

- Lo contradictorio: El sujeto pasivo tiene desde el primer momento el derecho a conocer los cargos (derecho a la intimación) y las pruebas en su contra, pudiendo desvirtuarlos.

- La investigación se encuentra encomendada a sujetos distintos del juez sentenciador (Ministerio Público), cumpliendo el juez la labor que le es natural y propia, la jurisdiccional.

- Imparcialidad del juez: Tanto objetiva (quien investiga es un ente distinto), como subjetiva (inhabilidades).

- La acusación queda entregada al Ministerio Público (o al particular), pero siempre a sujeto distinto del juez.

- Existencia de igualdad entre las partes. Para ello resulta indispensable una defensa letrada.

- Como consecuencia de la igualdad entre las partes, durante la investigación el sujeto pasivo se encuentra en libertad.

- Oralidad del juicio.

- Publicidad de las actuaciones del proceso.

- Libertad en la apreciación de las pruebas.

- Instancia única respecto del fondo, sin perjuicio de nulidad del fallo o del procedimiento.

IV. EL SISTEMA PROCESAL PENAL CHILENO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL Y DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

1. EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

Recogió básicamente un SISTEMA INQUISITIVO establecido durante el siglo XIII en las Siete Partidas, e introducido en América durante la Colonia. Tal como señaláramos anteriormente, este Código es el producto de un proyecto presentado por don Manuel

Egidio Ballesteros, y entró en vigencia el 1 de marzo de 1907. Hoy permanece plenamente vigente para el juzgamiento de aquellos hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal a que nos referiremos más adelante.

El sistema contemplado en el Código se adscribe plenamente a uno de corte inquisitivo tradicional, no obstante discutirse y entrar en vigencia cuando en Europa ya se avanzaba hacia modelos diferentes¹⁷¹ que comenzaban a abandonarlo¹⁷². El sistema del Código contempla la concentración de funciones de investigación, de acusación¹⁷³ y de fallo en el juez. En efecto, en este sistema el juez puede comenzar de oficio la investigación (artículos 81 N° 4 y 105), *investigar* (artículos 76, 108, 109, 110 y 104, todos del Código de Procedimiento Penal), *acusar y fallar*.¹⁷⁴

¹⁷¹ En España entró en vigencia la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal en 1882.

¹⁷² Distintos motivos pueden citarse para la decisión de mantener un sistema de estas características, y la económica es una de ellas. Así el Mensaje del Código de Procedimiento Penal al describir los tres posibles sistemas que se presentaban para servir de base al nuevo procedimiento (el que denomina Juicio por jurados, juicio oral y el de la prueba escrita) señala que el “*tercer sistema, que es el de la prueba escrita, están en uso en aquellos países que por razón de sus costumbres, de la poca densidad de su población o de la escasez de sus recursos, no han podido adoptar algunos de los primeros*”. Refiriéndose al juicio oral señala, entre otros motivos, que “*Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto*”.

Agrega el mismo mensaje, reconociendo una de las características esenciales del sistema que “Los criminalistas condenan la práctica de que el juez que instruye el sumario sea también el encargado de fallar la causa; y menester es confesar que las razones que aducen en apoyo de su tesis, son casi incontrovertibles; pero para adoptar en Chile una regla diferente se requeriría duplicar a lo menos el número de jueces en los departamentos que no tienen sino uno solo; y todavía sería preciso, para aprovechar las ventajas del sistema, que ante el juez encargado del fallo se actuara toda la prueba del plenario, circunstancia que impediría constituir en sentenciador al juez de distinto departamento”.

¹⁷³ A partir de la dictación del D.F.L. N° 426 de 1927, que en la primera instancia suprimió a los Promotores Fiscales.

¹⁷⁴ De allí una de las mayores críticas al sistema, el que incluso es reconocido por el mismo legislador, quien en el mensaje del Código señala que “*Todos los argumentos aducidos en contra de este sistema pueden resumirse en uno solo. El juez sumariante adquiere la convicción de la culpabilidad del reo tan pronto como encuentra indicios suficientes en los datos que recoge. Este convencimiento lo arrastra insensiblemente, y aún sin que él lo sospeche, no sólo a encaminar la investigación por el sendero que se ha trazado a fin de comprobar los hechos que cree verdaderos, sino también a fallar en definitiva conforme a lo que su convicción íntima le viene dictando desde la instrucción del sumario*”.

Para soslayar esta incontrarrestable constatación nuestro legislador prefirió descansar en el criterio de los jueces ya que a reglón seguido matizó que “preciso es también convenir en que un juez honrado trabajará por no dejarse llevar de meras impresiones”, complementado por la relación directa que el juez tendría con los hechos y la prueba rendida, punto este último que la realidad y la práctica demostró ser sólo una quimera por la gran cantidad de procesos, que impiden el contacto directo del juez con cada uno de ellos.

El procedimiento base u ordinario es el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal pública regulado en el Libro II del Código de Procedimiento Penal, el que se estructura en dos etapas o períodos:

- a. El Sumario Criminal, y
- b. El Plenario Criminal.

El Sumario Criminal es una etapa de investigación formal, que lleva a cabo unilateralmente el tribunal sin contemplarse la participación de las partes en la realización de las diligencias, como regla general, atendido el carácter de secreto de éstas (se contempla la existencia del “secreto del sumario”).

Las partes tienen una labor de coadyuvantes al solo encontrarse facultados para proponer la realización de diligencias, pero debiendo ser el juez, conforme al principio inquisitivo, quien debe ordenar la realización de aquellas que estime pertinentes. El expediente se tramita íntegramente en forma escrita, y la investigación se lleva en forma desconcentrada, no acotada en el tiempo y delegándose la realización de muchas diligencias para que se desarrollen ante funcionarios del tribunal (denominados actuarios).

Tampoco se considera la actuación del Ministerio Público, cuyos representantes en la primera instancia se denominaban Promotores Fiscales, los que fueron suprimidos en 1927¹⁷⁵, por “no ser indispensables”, de forma que las funciones que éstos desempeñaban se obviarían, se ejercerían de oficio por el juez o traspasadas al Fiscal de la Corte Suprema o fiscales de las Cortes de Apelaciones.

La policía cuenta con amplias facultades (ej. detención por sospecha), y obraban regularmente por delegación amplia del tribunal (mediante las denominadas órdenes amplias de investigar).

Durante la investigación el imputado no goza en plenitud de derechos y garantías respecto del proceso. Sólo con la modificación introducida el año 1989 al artículo 67 del Código de Procedimiento Penal se le reconocieron algunos derechos en cuanto interviniente¹⁷⁶. El imputado era considerado parte del proceso sólo cuando adquiría la calidad de procesado, consecuencia de la resolución auto de procesamiento. Si bien

¹⁷⁵ D.F.L. N° 426, de 3 de marzo de 1927.

¹⁷⁶ Dispone el actual artículo 67 del Código de Procedimiento Penal que “*Todo inculpado, sea o no querrellado, y aun antes de ser reo 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 sobresea sólo temporalmente, y

Continúa nota

se le reconocía el derecho a defensa (una vez procesado especialmente), no existía un órgano profesional ni estatal, correspondiéndole ésta a los abogados de turno, Corporaciones de Asistencia Judicial o abogados particulares.

En el sumario criminal priman los principios del secreto, la actuación de oficio de parte del tribunal, la desconcentración, unilateralidad de la audiencia, escrituración, orden consecutivo discrecional, mediación y de restricción de libertad para el sujeto pasivo.

Como hemos dicho, la libertad del imputado se ve seriamente restringida, especialmente porque el auto de procesamiento implica automáticamente la imposición de una medida de seguridad: La prisión preventiva. Dicha prisión puede cesar si el tribunal otorga una *libertad provisional*, la que es “consultable”¹⁷⁷ si el delito era merecedor de pena aflictiva. Otras consecuencias que genera el procesamiento son el arraigo de pleno derecho, las inhabilidades o suspensión en el ejercicio de determinadas funciones, y el “prontuariamiento” del procesado,

Esta etapa de investigación culmina con la resolución que declara cerrado el sumario, la que una vez ejecutoriada y siempre que hubiere procesado en la causa, sin que exista además mérito para sobreseer, hace procedente pasar a la etapa de Plenario, la que comienza con el autoacusatorio o acusación de oficio que formula el tribunal.

La característica más resaltante del Sumario Criminal es que todas sus diligencias tienen pleno valor probatorio, pudiendo la sentencia definitiva que se dicta en la fase de Plenario basarse en ellas para su pronunciamiento, sin necesidad de que se formule petición alguna en tal sentido y menos que ellas requieran ser reproducidas en la fase de Plenario.

El Plenario Criminal es la etapa en la cual se desarrolla el juicio mismo, con una etapa obligatoria de discusión, una etapa eventual de prueba, y la etapa obligatoria de sentencia.

La etapa de discusión está conformada por la acusación de oficio o autoacusatorio que formula el mismo tribunal que desarrolló la investigación; la acusación particular y demanda civil que eventualmente pudiere hacerse valer por el querellante y el actor civil que hubiere actuado en el sumario o se hiciera parte al deducir esa

Continuación nota ¹⁷⁶

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 relativas al sobreseimiento.*

Los derechos en el proceso penal del simple inculcado menor de dieciocho años pueden ser ejercidos por sus padres o guardadores y los del demente por su curador. Si no existieren tales representantes o estuvieren, en concepto del juez, inhabilitados, y no se hubieren designado abogado y procurador, el juez, una vez prestada la indagatoria, podrá designarles a los que corresponda de acuerdo con las reglas previstas en el Título XVII del Código Orgánico de Tribunales, aunque el inculcado se encuentre en libertad.

¹⁷⁷ La Consulta es un trámite procesal que procede en todos aquellos casos en que no se interpusiere recurso de apelación en contra de la resolución, o bien interpuesto éste, no se viera el recurso por cualquier motivo. En definitiva, a través de este trámite ciertas resoluciones son revisadas por los Tribunales Superiores. Por ello aquellas resoluciones sometidas a este trámite incluían una frase sacramental que rezaba “consúltese si no se apelaré”.

acción; la defensa del acusado que se hace valer mediante la oposición de excepciones de previo y especial pronunciamiento en lo principal, si hubieren, y la contestación de la acusación (en subsidio, en el evento de haberse interpuesto las excepciones de previo y especial pronunciamiento), para el evento de ser rechazadas las excepciones; Corresponde también que se conteste la demanda civil, si ésta se ha interpuesto en el proceso.

La fase de prueba es eventual, puesto que sólo se recibirá la causa a prueba y se abrirá un término de prueba en la medida en que las partes la hubieren ofrecido en los escritos del período de discusión. Si las partes no ofrecen prueba, se omite la fase probatoria, y los hechos se determinarán exclusivamente conforme a la prueba rendida en la fase de sumario, que se caracteriza generalmente por su carácter unilateral o no contradictoria, inquisitiva, secreta y regida por la mediación, como se indicó.

La fase de plenario recoge algunos principios del sistema acusatorio: Publicidad, bilateralidad de la audiencia, principio dispositivo y orden consecutivo legal. Sin embargo, aplica el principio de la escrituración y en la práctica regía la mediación.

La fase de sentencia, contempla la posibilidad para el tribunal de decretar las medidas para mejor resolver que estime pertinentes para aclarar los hechos o suplir las omisiones que notare decretando las denominadas medidas para mejor resolver (artículo 499 Código de Procedimiento Penal). El tribunal debe dictar sentencia definitiva, sin que se contemple algún plazo preclusivo para tal efecto, debiendo aplicar el sistema de prueba legal para condenar (certeza legal condenatoria) o el sistema de la sana crítica para absolver (certeza judicial absolutoria) (artículo 456 bis Código de Procedimiento Penal).

En materia de recursos, en general se recoge el sistema de la doble instancia. Procede el recurso de apelación, y el trámite de la consulta respecto de resoluciones relevantes (resolución que concede libertad provisional o dicta el sobreseimiento definitivo respecto de delitos que merecen pena aflictiva, sentencias definitivas de primera instancia que impongan penas superiores a presidio, reclusión, confinamiento, extrañamiento o destierro o alguna otra superior, sentencias dictadas en procesos que versen sobre delito a que la ley señale pena aflictiva). También procede el recurso de casación en la forma y el recurso de casación en el fondo.

2. REFORMA AL SISTEMA PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal constituye una pieza esencial del conjunto de modificaciones al sistema procesal penal chileno, del cual forma parte, motivo por el cual antes de referirnos a aquél debemos efectuar una breve síntesis de los fundamentos y contexto de la reforma.

Tal como señalamos anteriormente, el Código de Procedimiento Penal rigió en Chile desde 1907, recogiendo un sistema abiertamente inquisitivo, heredado directamente de las normas medievales e introducido en Latinoamérica a través del proceso de colonización, el que se mantuvo prácticamente sin modificaciones relevantes durante

casi un siglo, sin perjuicio de reconocerse, desde a lo menos 1894 en forma oficial, lo inadecuado del régimen aplicable¹⁷⁸⁻¹⁷⁹.

A comienzos de la década del 90 del Siglo XX, se produce en Chile el retorno a la democracia, lo que deja en patente evidencia y permite discutir lo insostenible del sistema penal vigente hasta ese momento, tanto respecto de las exigencias modernas de un Estado democrático, como respecto de las garantías individuales básicas del debido proceso, reconocidas en los tratados de los que Chile es parte.¹⁸⁰

Uno de los puntales imprescindibles de mencionar en este contexto fue precisamente la modificación al artículo 5° de la CPR el año 1989, mediante la Ley N° 18.825, de 17 de agosto, que incorporó en nuestra legislación interna como deber de los órganos del Estado el respeto y promoción a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Entre los años 1992 y 1993 comienza a organizarse un movimiento académico y profesional, con impulso de la Corporación de Promoción Universitaria y de la Fundación Paz Ciudadana, que lleva a la creación del "Foro para la Reforma Proccsal Penal" agrupando a importantes actores del mundo jurídico y judicial con el fin de profundizar acerca de la reforma a la justicia criminal. Se genera así en la sociedad un profundo debate sobre la conveniencia y alcance de llevar adelante tal reforma, proceso en el que intervinieron actores sociales, jurídicos, políticos, el Poder Judicial y fuertemente los medios de comunicación social. En 1994 se forma una Comisión Técnica integrada por Cristián Riego, María Inés Horwitz, Jorge Bofill, Raúl Tavorari y Mauricio Duce¹⁸¹, para la redacción de un proyecto de ley sobre nuevo código el que ingresó a trámite parlamentario en junio de 1995.¹⁸²

¹⁷⁸ Ver mensaje el Código de Procedimiento Penal del 31 de diciembre de 1894.

¹⁷⁹ Las modificaciones que sobre esta materia se produjeron, más bien tendieron a acentuar el carácter inquisitivo del sistema, por ejemplo mediante la eliminación en 1927 de los Promotores Fiscales en la primera instancia, pasando muchas de sus funciones a ser desempeñadas por el tribunal mismo, o simplemente obviadas. Otros proyectos, como el que buscaba introducir la figura de los jueces de instrucción bajo el gobierno de don Jorge Alessandri, no concluyeron su trámite parlamentario.

¹⁸⁰ Chile se mantuvo totalmente al margen de los procesos reformadores, tanto de aquellos que comenzaron a gestarse en Europa a fines del Siglo XIX, y que ya se encontraban en marcha incluso al dictarse el Código de Procedimiento Penal (por ejemplo reflejado en la Nueva Ley de Enjuiciamiento penal española de 1882), sino de la serie de cambios que más contemporánea y geográficamente cercanos experimentó toda Latinoamérica desde mediados de los años 80, producto de los procesos de recuperación, transición o construcción democrática (Sobre este punto puede consultarse a BINDER, Alberto. "Reforma de la Justicia Penal y Constitución: del programa político al programa científico". *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 39. UDP 1998).

En este proceso reformador experimentado en el contexto latinoamericano podemos citar a Argentina (1992), y particularmente a la Provincia de Córdoba, Perú, Guatemala (1994), Costa Rica (1998), Venezuela (1999), por nombrar algunos de los más relevantes.

¹⁸¹ Esta misma comisión participó en la redacción de los restantes proyectos (Reforma constitucional, LOC del Ministerio Público, modificación al COT, etc.).

¹⁸² Ver II.62 de este capítulo.

Aun cuando distintas voces se alzaron para impulsar cambios y adecuaciones al sistema inquisitivo vigente, adecuándolo a uno con características mixtas ¹⁸³, se optó —no sin dificultades, dudas y cuestionamientos— por generar un cambio radical en el sistema de justicia penal, decidiéndose no insertar modificaciones al Código de Procedimiento Penal y reemplazar ¹⁸⁴ derechamente el sistema inquisitivo, por uno adversarial y acusatorio. Así lo consigna expresamente el proyecto de reforma constitucional que incorpora al Ministerio Público, que en el mensaje dispone que:

“La reforma procesal penal intenta estructurar un proceso con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso genuinamente imparcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas presentadas por las partes, juzgando como tercero imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica.

De esta forma se tendrá, por una parte, al Ministerio Público en representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito, que litigará a través de los fiscales y que representará asimismo los derechos de la víctima del delito. Eventualmente podrá haber asimismo un abogado querellante representando los intereses de la víctima.

La otra parte estará representada por el imputado y su abogado defensor, y en caso de que el imputado no cuente con medios para financiar un abogado particular, será responsabilidad y obligación del Estado proporcionarle un abogado defensor en forma gratuita.

Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado.

La propuesta modificatoria se centraba fundamentalmente en una serie de ideas de cambio:

- Separar las funciones jurisdiccionales de las de investigación, mediante la creación de un actor distinto, a cargo de la última: El Ministerio Público. Éste debe actuar como motor del proceso, y de la reforma, con clara definición de sus roles frente a la policía, y una especial preocupación por la víctima.

- Separación de los roles de control durante la fase de investigación de los de juzgamiento.

- Establecer un proceso efectivamente oral en todas sus etapas, no sólo en el juicio Oral. Lo anterior implica el establecimiento de una serie de audiencias, generar un cambio en la forma de litigar ante los tribunales y establecer un proceso de una sola instancia.

¹⁸³ El Poder Judicial fue uno de los promotores de reformas al sistema entonces vigente mediante el establecimiento de jueces instructores.

¹⁸⁴ Así lo expresa el Proyecto del nuevo Código Procesal el que en esta materia señala: “En consecuencia, este proyecto establece las bases procedimentales de un nuevo sistema procesal penal que pretende abandonar el sistema inquisitivo y avanzar hacia otro con una orientación de carácter acusatorio. Es en esta perspectiva que este proyecto debe ser analizado, comprendido y criticado” (boletín 1630-07).

- La creación de un sistema real de defensa, que permitiera la presencia de un abogado defensor para todo imputado desde la primera diligencia.

- La importancia de hacer un cambio en materia de gestión de las instituciones.

Sobre la base de estas ideas matrices, se aprueba primero la incorporación de este nuevo actor, mediante la creación del Ministerio Público, a través de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.519 ¹⁸⁵, publicada en el Diario Oficial del 16 de septiembre de 1997, correspondiéndole a éste la función de investigar y “*encargado, por ende, de la persecución penal pública, que deberá a estos efectos, conducir y dirigir la investigación penal, dirigir y coordinar la labor de los organismos policiales y posteriormente formular y sustentar la acusación ante los tribunales del crimen representando los intereses de la comunidad en la persecución de los delitos*”.

Modificada la Constitución se promulgan y publican los restantes cuerpos normativos que sustancialmente contienen la reforma al proceso penal:

1°. Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.

2°. Ley N° 19.665 Orgánica Constitucional que crea los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal y modifica el COT, publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 2000, modificada por la Ley 19.708, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 2001.

3°. Ley N° 19.696 que contiene el Código Procesal Penal publicada en el Diario Oficial de 12 de octubre de 2000.

4°. Ley N° 19.718, publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública.

Posteriormente se dictan normas y textos adecuatorios del sistema, dentro de los cuales cabe mencionar:

1°. Ley N° 19.762, publicada en el Diario Oficial de 13 de octubre de 2001, que cambia la gradualidad de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal.

2°. Ley N° 19.789, publicada en el Diario Oficial de 30 de enero de 2002, que introduce diversas modificaciones al CPP sobre protección de la víctima, control de identidad y medidas cautelares personales.

3°. Ley N° 19.794, publicada en el Diario Oficial de 5 de marzo de 2002, que agrupa los tribunales de la reforma procesal penal de Santiago.

4°. Ley N° 19.806, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002, que introduce normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal.

5°. Ley N° 19.815, publicada en el Diario Oficial de 11 de julio de 2002, que introduce modificaciones en cuanto a antecedentes que deben remitirse al tribunal de juicio oral por el juez de garantía.

¹⁸⁵ Se incorporó un nuevo Capítulo VI -A Ministerio Público, con artículos 80 A a 80 I y las disposiciones transitorias 37 y 38, hoy artículos 83 a 91, y 8 y 9 transitorios de la Constitución, respectivamente.

6°. Ley N° 19.919, publicada en el Diario Oficial de 20 de diciembre 2003, que modifica el plazo para la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la Región Metropolitana de Santiago.

7°. Ley N° 19.927, publicada en el Diario Oficial de 14 de enero de 2004, que modifica el Código Penal, de Procedimiento Penal y Procesal Penal en materia de delitos de pornografía infantil.

8°. Ley N° 19.942, publicada en el Diario Oficial de 15 de abril de 2004, que introduce diversas modificaciones al CPP sobre control de identidad y medidas cautelares personales.

9°. Ley N° 19.950, publicada en el Diario Oficial de 5 de junio de 2004, que introduce diversas modificaciones al CPP sobre detención en delitos de hurto falta.

10. Ley N° 19.970, publicada en el Diario Oficial de 6 de octubre de 2004, que crea el sistema nacional de registros de ADN.

11. Ley N° 20.074 publicada en el Diario Oficial de 14 de noviembre de 2005, que introduce cambios en materia de medidas cautelares y procedimientos.

12. Ley N° 20.090 publicada en el Diario Oficial de 11 de enero de 2006, que sanciona con mayor vigor el delito de abigeato y facilita su investigación.

13. Ley N° 20.227 publicada en el Diario Oficial de 15 de noviembre de 2007, que suprime diversas funciones administrativas de Carabineros.

14. Ley N° 20.253 publicada en el Diario Oficial de 14 de marzo de 2008, que modifica el Código Penal y el CPP en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías.

La reforma al sistema penal fue mucho más allá que la mera transformación del proceso penal mismo, ya que *“Supone modificar nuestros criterios de criminalización primaria, introduciendo principios como los de lesividad y ultima ratio; supone, además supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el Estado y la policía, para favorecer la oportunidad y selectividad en el uso de la fuerza; y supone, por sobre todo, de un modo urgente y prioritario, modificar el proceso penal para transformarlo en un juicio genuino, con igualdad de armas entre el Estado y el inculpa-do y con plena vigencia de la oralidad, la oportunidad y la inmediatez”* (Mensaje del Proyecto del ejecutivo del Proyecto de Ley en que se contiene el nuevo Código Procesal Penal. Boletín 1630-07).

2.1. El Código Procesal Penal

El CPP se caracteriza por recoger un *SISTEMA ACUSATORIO*, con una evidente separación entre las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.

La persecución penal le corresponde al Ministerio Público quien debe de oficio iniciar la investigación respecto de todo delito que tuviere conocimiento y sustentarla hasta su conclusión (artículos 3°, 77, 166, 180 y siguientes), dirigiendo la investigación, impartiendo a la policía las órdenes que fueren pertinentes para la recopilación de

las pruebas y solicitando al juez de garantía la autorización previa para la adopción de medidas cautelares personales o reales y en general, para realizar cualquiera actuación que importe una privación perturbación o amenaza de los derechos y garantías contemplados en la Constitución y la ley respecto del imputado o un tercero.

Cerrada la investigación, corresponde al Ministerio Público formular la acusación en la fase de preparación del juicio oral (artículo 259).

Finalmente, en el juicio oral, debe exponer la acusación (artículo 325), rendir sus pruebas y rebatir las presentadas por la defensa (artículo 328), y formular el alegato de clausura para obtener la dictación de la sentencia condenatoria de parte del tribunal oral (artículo 338).

La defensa le corresponde efectuarla al imputado, asesorado por un defensor desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra (artículos 7º, 8º, 93 y siguientes y 102 y siguientes), pudiendo proponer al fiscal la realización de las diligencias que estime pertinentes (artículo 183). Cerrada la investigación, puede oponer excepciones de previo y especial pronunciamiento y contestar la acusación formulada en su contra. En el juicio oral, debe exponer la defensa (artículo 326), rendir sus pruebas y rebatir las presentadas por la parte acusadora (artículo 328), y formular el alegato de clausura para obtener la dictación de la sentencia condenatoria de parte del tribunal oral (artículo 338).

Durante la fase de investigación interviene el juez de garantía, quien no puede iniciar nunca de oficio la investigación como tampoco realizar las diligencias de investigación la cual le corresponde al Ministerio Público.

El juez de garantía, mediando requerimiento de los intervinientes que pueden formular hasta la audiencia de cierre de la investigación, sólo puede ordenar la realización de diligencias que le hubieren solicitado al fiscal y que éste no hubiere llevado a efecto sin culpa del imputado (artículo 257).

Finalmente, el encargado de fallar es un tribunal colegiado denominado tribunal oral en lo penal, el que lo debe hacer conforme las probanzas allegadas exclusivamente durante el juicio oral.

El procedimiento ordinario se estructura en tres etapas o períodos:

a) La Investigación;¹⁸⁶

b) La Etapa Intermedia o de Preparación de Juicio Oral, y

c) El Juicio Oral.

a) La etapa de Investigación, a cargo del Ministerio Público, distingue dos fases:

i) Fase de investigación desformalizada

ii) Fase de investigación formalizada.

La etapa de investigación desformalizada se realiza por el Ministerio Público (órgano de persecución penal) sin requerir la intervención del juez de garantía por no afectarse los derechos y garantías de un imputado o tercero.

¹⁸⁶ Los proyectos de Código denominan fase de instrucción.

Esta investigación se realiza por un órgano administrativo y no jurisdiccional, como lo es el Ministerio Público, con un carácter informal que da lugar a la recopilación de antecedentes en carpetas, que por regla general son públicas para el imputado.

Esta investigación no produce efectos jurídicos en cuanto a la suspensión de la prescripción penal, el cómputo del plazo máximo de duración de la investigación y poderse decretar medidas cautelares personales o reales.

Las diligencias que se realizan durante la investigación desformalizada carecen de valor probatorio para el juicio oral, dado que sólo pueden ser consideradas en la sentencia definitiva las pruebas que se hubieren rendido en el juicio oral (artículo 340 inciso 2º), con excepción de las convenciones probatorias (artículo 275) y la rendición de prueba anticipada (artículos 191 y 280).

Durante esta investigación por regla general no interviene el juez de garantía, salvo que ello sea necesario para velar por el respeto de los derechos y garantías del imputado (artículos 9º y 10). Frente a este tipo de investigación (desformalizada), el afectado puede pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal que le informe acerca de los hechos que fueron objeto de ella o se le fije un plazo para que formalice la investigación (artículo 186).

La investigación debe formalizarse cuando se requiriere realizar una actuación que prive, perturbe o amenazare un derecho o garantía de un imputado o tercero (artículo 230 inciso 2º) o cuando lo decidiere el fiscal voluntariamente para suspender la prescripción penal, comenzando entonces a correr el plazo máximo para el término de la investigación, que será de dos años a menos que el juez de garantía fije un plazo menor (artículos 234 y 247).

Durante la fase de investigación formalizada deben llevarse a cabo una serie de audiencias ante el juez de garantía, las que se desarrollan en forma oral, públicas, regidas por una inmediación obligatoria, concentradas, continuas y basadas en la bilateralidad de la audiencia por regir plenamente la contradicción y sancionarse con la nulidad la realización de ellas con la ausencia del imputado o defensor.

b) Respecto de la fase intermedia rige la escrituración en forma obligatoria sólo respecto de la acusación del Ministerio Público, la acusación particular del querellante y acción civil de la víctima.

La audiencia de juicio oral que se realiza ante el juez de garantía se rige por los mismo principios que rigen las audiencias del período de investigación, con la sola salvedad que su registro debe ser íntegro.

Su finalidad es fijar el objeto de la litis penal y civil, determinar las pruebas que se van a rendir en el juicio oral, resolver las excepciones dilatorias para que el juicio oral verse sobre los aspectos sustanciales, y permitir la celebración de convenciones probatorias, excluir la prueba impertinente, inútil e ilícita.

c) El juicio oral, que se lleva a cabo ante el tribunal oral, y en una o más audiencias orales, públicas, concentradas, continuas, regidas plenamente por la bilateralidad de la audiencia y pasividad del tribunal a quien cabe sólo una labor de dirección y dis-

ciplina dentro de ella, de intermediación, permite que se presente el caso por las partes, rindan la prueba, y formulen los alegatos de clausura, terminando con la decisión que debe ser comunicada a las partes al término de la audiencia como regla general, pudiéndose el tribunal tomarse un plazo determinado por la ley de carácter fatal para la redacción de la sentencia, en la cual se debe dar plena aplicación al principio de la sana crítica.

3. LOS PRINCIPIOS Y GARANTÍAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

El profesor Raúl Tavorari¹⁸⁷ efectúa una interesante clasificación de los principios o garantías que rigen el actual sistema procesal penal, tomando en consideración el Pacto de San José de Costa Rica (artículos 7 a 10) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6 a 15), distinguiendo así:

PRINCIPIOS O GARANTÍAS JURÍDICAS POLÍTICAS:

- Derecho a un juez independiente e imparcial
- Derecho a un juez competente
- Derecho a la defensa
- Derecho a un recurso ante el tribunal superior
- Derecho al *non bis in eadem*
- Derecho a la indemnización por el error judicial
- Derecho a un juicio público

PRINCIPIOS O GARANTÍAS PROCESALES

- Derecho a ser oído
- Derecho a ser informado de los cargos en su contra
- Derecho a la presunción de inocencia
- Derecho a la igualdad procesal

PRINCIPIOS O GARANTÍAS PROCEDIMENTALES

- Derecho a juzgamiento en plazo razonable (derecho a juzgamiento sin dilaciones indebidas)
- Derecho a no ser obligado a declarar en su contra ni a declararse culpable
- Derecho a contar con asesoría de abogado defensor
- Derecho a presentar y rendir prueba
- Derecho a contradecir la prueba contraria
- Derecho a la libertad provisional, durante la sustanciación del juicio, según las condiciones que determine la ley

Los profesores HORVITZ y LÓPEZ¹⁸⁸ distinguen también entre principios y garantías, “porque no todos los principios que determinan un sistema procesal penal pueden ser

¹⁸⁷ TAVORARI OLIVEROS, Raúl. *Los principios del proceso penal en el proyecto de nuevo Código Procesal Penal Chileno. El proceso en acción*. Págs. 563 y Sgtes. Editorial Libromar Ltda. Santiago-Chile. 2000.

¹⁸⁸ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. Págs. 34 y 35.

elevados al rango de garantías. Buena parte de ellos obedecen a necesidades de la organización del poder de persecución penal de un Estado y son, por tanto, opciones políticas que no tienen necesariamente una dimensión garantista”.

Nosotros también continuaremos dicha distinción, con la que concordamos, ya que si bien los principios inspiradores del sistema resultan del todo esenciales y relevantes, no tienen la misma dimensión y rango que las garantías, ya que efectivamente los primeros corresponden a una opción estatal, y se relacionan con las necesidades de organización para la persecución penal, en tanto que las segundas miran al sujeto interviniente y por ende se relacionan con derechos de éstos, énfasis sobre el que gira el actual sistema procesal penal chileno.

PRINCIPIOS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

- Principio acusatorio
- Principio de oficialidad
- Principio de legalidad y oportunidad

GARANTÍAS DEL SISTEMA PROCESAL PENAL

- Derecho a un juez independiente
- Derecho a un juez imparcial
- Derecho a un juez natural
- Derecho a juicio previo
- Derecho a juzgamiento en plazo razonable
- Derecho de defensa
- Derecho a la presunción de inocencia
- Legalidad medidas privativas libertad
- Prohibición de la persecución múltiple
- Derecho a juicio público
- Derecho a juicio oral
- Derecho al pronunciamiento de una sentencia fundada.

Conforme a lo previsto en el Título I del Libro I del CPP nos referiremos a los principios básicos que en él se contemplan, efectuando las necesarias referencias a las normas constitucionales y a los tratados internacionales que los contemplan.

3.1. Principios del sistema procesal penal

A. PRINCIPIO ACUSATORIO

El principio acusatorio supone la distribución de funciones o poderes entre distintos intervinientes en el proceso, a diferencia del inquisitivo caracterizado por la reunión o concentración de estas funciones en una sola persona. En los Estados contemporáneos y atendido el monopolio estatal en la persecución de los delitos, no es la víctima u ofendido quien ocupa la función acusatoria, como si ocurría en los orígenes del sistema, sino que esta función es desarrollada por representantes estatales. El Estado ejerce la función acusatoria y la de juzgador, pero a través de sujetos distintos.

En este sentido en el actual sistema procesal penal chileno existe una plena separación entre las funciones de investigación y acusación respecto de las de defensa y decisión.

Durante la fase de investigación y etapa intermedia, la función de *investigación* le corresponde al Ministerio Público (artículo 3°); la *defensa* al imputado (artículo 7°) asesorado de su defensor (artículo 8°); y la decisión respecto de las *medidas cautelares personales y reales*, como cualquiera medida que privare, restringiere o perturbare al imputado o un tercero del ejercicio de los derechos que la constitución asegura debe ser dispuesta por el juez de garantía (artículo 9°).

En el juicio oral, la acusación es función del Ministerio Público (artículo 325 inciso 2°), la defensa del imputado y su defensor (artículo 326), y la decisión le corresponde al Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (artículos 339 y siguientes).

El Ministerio Público es un organismo autónomo que no desarrolla funciones jurisdiccionales de ningún tipo y para su inclusión en el ordenamiento chileno fue necesaria la reforma constitucional a que ya nos hemos referido.

El establecimiento del principio acusatorio constituye sin lugar a dudas la base de todo el proceso de reforma y en su establecimiento en Chile se optó por la creación de un órgano encargado de la función de dirigir la investigación, formular la acusación y sostenerla en el juicio oral¹⁸⁹, independiente y autónomo de toda otra autoridad. El mismo mensaje del proyecto modificatorio de la CPR da cuenta de las diversas opciones que respecto de su ubicación y jerarquía fueron consideradas (al interior del Poder Ejecutivo, al interior del Poder Judicial o dependiente del Poder Legislativo), optándose sin embargo por la independencia demostrando el fuerte compromiso con la consagración del sistema acusatorio.

Consecuentemente, las distintas funciones de investigar y decidir se encuentran en el actual sistema fuertemente diferenciadas, encomendada una a un órgano independiente cuya función es de naturaleza administrativa y no jurisdiccional, y la otra a un órgano jurisdiccional que no ha participado en la fase investigativa, lo que desde la perspectiva de las garantías del sujeto se relaciona evidentemente con el derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial e independiente, garantía básica del proceso penal.

Complementa el principio acusatorio, y lo refuerza el establecimiento de un órgano especial encargado de la defensa del imputado, sin perjuicio del derecho de éste de contar con su defensor particular.

B. PRINCIPIO DE LA OFICIALIDAD

Este principio se relaciona especialmente con el concepto de persecución penal de los delitos, el que como hemos ya señalado precedentemente, en los Estados mo-

¹⁸⁹ Le corresponde también, en forma no exclusiva, la protección de la víctima, cuestión a la que nos referiremos en otro apartado de esta obra.

ernos corresponde monopólicamente a éste, y en el que la víctima desempeña un papel secundario. La oficialidad no implica que el afectado se vea impedido de actuar en el proceso o de ejercer las acciones que le correspondan, pero conforme a dicho principio, su intervención “*no es necesaria ni determinante*”.¹⁹⁰

Consecuentemente con lo anterior, el principio de la oficialidad se relaciona con tres aspectos del proceso:

- Inicio del procedimiento
- Disponibilidad de la pretensión penal
- Actividad probatoria

a) Inicio del procedimiento

En cuanto al inicio del procedimiento, rige el principio de la oficialidad, dado a que la regla general son los delitos de acción penal pública, la que debe ser *ejercida de oficio por el Ministerio Público* (artículo 53).

Además de iniciarse de oficio por el Ministerio Público, éstos deben tanto recibir las denuncias que se formulen ante ellos como las que reciban de los otros entes competentes para recibirlas (artículos 172 y 173 inciso 2º). También puede darse inicio a una investigación por medio de una querella, la que por regla general debe ser interpuesta por la víctima, su representante legal o heredero testamentario (artículos 111 y 172).

En consecuencia, queda excluido el tribunal para dar inicio de oficio al procedimiento en el nuevo sistema procesal penal, a quien sólo le corresponde intervenir para tal efecto a requerimiento del Ministerio Público o a instancia de la parte querellante.

La regla general es el ejercicio monopólico de la acción penal pública a cargo del Ministerio Público, salvo excepcionalmente en el caso de la querella criminal que puede ser interpuesta por la víctima y las demás personas expresamente autorizadas por la ley.

Excepcionalmente, tratándose de los delitos de acción pública previa instancia particular, el Ministerio Público, por regla general, no puede proceder de oficio salvo que el ofendido hubiere a lo menos denunciado el hecho a una de las autoridades competentes para recibirla, luego de lo cual se tramita de acuerdo a las reglas relativas a los delitos de acción penal pública (artículo 54).

En cambio, tratándose de los delitos de acción privada, la acción penal puede ser ejercida sólo y exclusivamente por la víctima y exclusivamente mediante la interposición de una querella, sin que le corresponda intervenir al Ministerio Público siquiera en la dirección de la investigación, la que es realizada por parte del tribunal de garantía (artículos 55 y 400).

El principio de la oficialidad en relación al inicio del procedimiento se relaciona con el interés público comprometido, en el que el Estado, a través del Ministerio

¹⁹⁰ ROXIN, *Derecho procesal penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000. Pág. 83.

Público, no sólo tiene el derecho a iniciarlo, sino claramente el deber de actuar para instar por el efectivo ejercicio de la pretensión punitiva.

b) Disponibilidad de la pretensión penal

En los delitos de acción penal pública rige el principio de legalidad, siendo irrevocable la acción penal pública por la obligación que tiene, por regla general, el Ministerio Público de iniciar y sustentar la acción penal para acreditar en juicio el hecho punible y la participación.

Sin embargo, excepcionalmente, en algunos delitos acción pública se puede disponer de ella a través del principio de oportunidad en los casos y en la forma prevista en el artículo 170; puede suspenderse condicional del procedimiento (artículo 237) y llegarse a un acuerdo reparatorio (artículo 241 CPP).

Además, debe considerarse que, como medidas para descongestionar el sistema procesal penal, se encuentra contemplado el archivo provisional (artículo 167), y el procedimiento abreviado, los que no constituyen medidas de disposición respecto de la acción penal pública.

Tratándose de la acción penal privada existe plena disponibilidad de la pretensión penal, pudiendo ser renunciada, desistida, abandonada y terminada por medio de una conciliación (artículos 56, 401, 402 y 404, respectivamente).

c) Principio de aportación de parte

En el proceso penal, la rendición de la prueba no es una actividad del tribunal, sino que de las partes del proceso.¹⁹¹

El tribunal, durante la fase de investigación es un controlador del cumplimiento de los requisitos que permiten decretar medidas solicitadas por el Ministerio Público; en la etapa de preparación de juicio oral, el juez de garantía es un controlador de la pertinencia, licitud, e idoneidad de la prueba, y en el juicio oral, el tribunal oral hace las veces de conductor para los efectos de que las partes rindan en forma leal y eficaz la prueba ofrecida.

Durante la etapa de investigación, el juez de garantía sólo puede *recomendar* al Ministerio Público la realización de diligencias (artículo 98) y puede *ordenar* diligencias a solicitud de algún interviniente, cerrada la investigación y sólo respecto de aquellas que el Ministerio Público hubiere rechazado (artículo 257).

En el juicio oral, el tribunal sólo puede formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos, y sólo una vez terminado el examen de ellos por las partes (artículo 329) y puede constituirse en un lugar distinto a la sala de audiencias cuando lo considere necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias (artículo 337) sin que existan las denominadas medidas para mejor resolver.

¹⁹¹ Principio opuesto al de aportación de parte es el de la investigación judicial, conforme al cual es el tribunal a quien corresponder realizar las diligencias que estime necesarias y convenientes, sin que quede, en general, obligado por las peticiones de las partes.

C. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Sin perjuicio de lo diremos en el apartado pertinente respecto de la legalidad y el principio de oportunidad¹⁹², citando a Maier¹⁹³ hemos de entender el principio de legalidad como aquel conforme al cual el Ministerio Público está obligado a iniciar y sostener la persecución penal de todo delito del cual tenga conocimiento, sin que pueda suspenderla, interrumpirla o hacerla cesar a su arbitrio.

El fundamento teórico del principio de legalidad descansa, como expone Roxin¹⁹⁴, en una concepción retribucionista de la pena, según la cual el Estado para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación de la ley penal¹⁹⁵. Asimismo, encuentra una mayor afinidad con un sistema inquisitivo, ya sea por vínculos institucionales como también ideológicos¹⁹⁶.

En el sistema procesal penal chileno, diremos que la regla general está constituida por la aplicación del principio de la legalidad, dado que cometido un hecho punible existe una obligatoriedad de promoción del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público (artículos 53 inciso 2º, 77, 166 y 175 letra b) quien no puede suspender, interrumpir o hacer cesar la persecución que se hubiere iniciado (artículo 56).

Por ello la legalidad implica tanto el deber de ejercicio de la acción penal pública, por una parte, y la irretractabilidad de la misma, una vez ejercida.

Sin perjuicio de los fundamentos mismos de la pena y los fines de ésta, la legalidad así entendida se relaciona fundamentalmente con el derecho a la igualdad ante la ley, ya que con su establecimiento se persigue evitar dejar entregado al arbitrio del órgano estatal la decisión de no ejercer la acción o de no continuar con ésta. Si existe el imperativo de perseguir siempre todos los delitos, sin poder aplicar criterios de selección, ni de abandono, se contribuye a la aplicación efectiva del principio de igualdad en el trato del Estado.

Ahora bien resulta fácilmente comprensible, que a pesar del fundamento teórico de este principio, es el mismo el que sirve para comprender la dificultad práctica de

¹⁹² Ver Capítulo Sexto, El procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública.

¹⁹³ MAIER, Julio Bernardo. *Derecho procesal argentino. Fundamentos*. Pág. 48. Tomo 1º. Hammurabi, Buenos Aires. 1989.

¹⁹⁴ ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2000. Pág. 89.

¹⁹⁵ ROXIN, C. *Ibidem*.

¹⁹⁶ Respecto de la relación entre el principio de legalidad y un sistema inquisitivo de persecución penal sostiene DUCE, "Dicho principio resulta absolutamente coherente con la ideología que se encuentra detrás de la estructuración del sistema inquisitivo, una ideología que pone énfasis en la lucha sin tregua en contra del pecado (en su formulación canónica) o en contra del delito (en su formulación laica), o sea, en la que no se puede dejar de perseguir y sancionar todo delito cometido". Op. cit. Pág. 248.

su aplicación. Si el sistema no permite aplicar criterios de selección, es la realidad la que impone dicha necesidad, con el consecuente riesgo de ser efectuado al margen de todo control, incluso por los operadores del sistema, produciendo con ello no sólo incertezas, sino abriendo espacios para arbitrariedades, injusticias, e incluso evidentes desigualdades que el mismo principio de legalidad persigue resguardar.

Surge así la aplicación de criterios de oportunidad, caracterizados por la falta de necesidad de aplicación de una pena, y los que en opinión de Maier ¹⁹⁷, obedecen básicamente a objetivos de descriminalización y eficiencia del sistema. Los primeros se relacionan principalmente con la criminalidad de *bagatela*, es decir, con delitos de carácter patrimonial, pero de pequeña o ínfima significación económica, respecto de los cuales el sistema considera de menor significación en cuanto a la entidad de los bienes jurídicos tutelados. Los criterios de eficiencia atienden tanto a la preferencia en la persecución de algunos hechos respecto de otros, como en mecanismos de resolución distinta a la vía penal, ya sea mediante fórmulas compositivas entre las partes o judiciales distintas de la pena ¹⁹⁸.

La selectividad y discrecionalidad tienen reconocimiento al contemplarse en el actual sistema los mecanismos de archivo provisional, principio de oportunidad, las salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdos reparatorios. Aun cuando algunos incluyen dentro de las salidas alternativas también al *procedimiento abreviado*, si bien ésta requiere el acuerdo de los intervinientes, no tiene como propósito poner término o suspender el proceso penal, sino conducir a la resolución del conflicto por un procedimiento diverso al juicio oral.

Así recoge el CPP una manifestación del principio de oportunidad reglado ¹⁹⁹, dado que a pesar de encontrarse acreditado el hecho punible y las personas que han tenido participación en él, en los casos previstos por la ley, puede el Ministerio Público prescindir de la persecución penal o suspender y hacer cesar la que se haya iniciado.

La primera manifestación de este principio de oportunidad se contempla bajo la denominación que lo identifica en el artículo 170, que permite al Ministerio Público no iniciar una persecución penal o abandonar la ya iniciada, cuando se trate de un delito que no comprometiére gravemente el interés público, tuviere una pena no superior a la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo; y no haya sido cometido por funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

¹⁹⁷ MAIER, Julio Bernardo. Ob. cit. Pág. 556, *Fundamentos*. Tomo 1°. Hammurabi, Buenos Aires. 1989.

¹⁹⁸ Por ejemplo, la institución del probation norteamericano.

¹⁹⁹ Los sistemas reglados hace referencia a la fijación de condiciones y controles a que se encuentra sometido la autoridad encargada de aplicar los criterios de selección. Por el contrario, el ejercicio de esta facultad es libre o discrecional, cuando la ley no fija dichas condiciones ni controles, quedando entregadas a la decisión de quien las aplica. El caso norteamericano constituye un ejemplo de esta segunda categoría.

Además, las llamadas salidas alternativas son aplicaciones del principio de oportunidad genéricamente concebido, en cuanto permiten suspender una persecución penal o hacer cesar una ya iniciada a través de las instituciones de suspensión condicional del procedimiento (artículos 237 y siguientes) y los acuerdos reparatorios (artículos 241 y siguientes) respectivamente.

C.1. Legalidad de medidas privativas o restrictivas de libertad

Por su parte, la legalidad reconoce de parte de nuestro legislador especial consideración al referirse a las restricciones a la libertad del sujeto pasivo. En el proceso penal, a diferencia del proceso civil, no es posible sostener la existencia de un poder cautelar general, puesto que sólo cabe reconocer con tal carácter las medidas que expresamente se hayan previsto por el legislador.

Tratándose de las medidas cautelares personales en el proceso existe un verdadero principio de la tipicidad cautelar personal, puesto que el juez sólo puede adoptar las medidas que al efecto haya previsto expresamente el legislador y en la forma que éste haya señalado. Dispone al efecto el artículo 5° que *“No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.”*

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

La tipicidad cautelar se relaciona indiscutiblemente con las finalidades que estas medidas persiguen dentro del procedimiento, a cuyo servicio se encuentran establecidas desde que sólo pueden ser impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento, mientras subsistiere la necesidad de su aplicación y únicamente por medio de resolución judicial fundada²⁰⁰. La cautela personal dentro del proceso penal en estos términos no es sino una expresión del principio de inocencia de que goza el imputado, presunción cuya carga corresponde a los agentes estatales desvirtuar, a través de los medios de prueba legales y en la oportunidad correspondiente, y que sólo se abandona con la ejecutoriedad de la sentencia que establece la culpabilidad del sujeto.

3.2. Garantías del sistema procesal penal²⁰¹

- Derecho a un juez independiente.
- Derecho a un juez imparcial.
- Derecho a un juez natural.

²⁰⁰ Artículo 122.

²⁰¹ En lo relativo a la garantía del debido proceso, nos remitimos a lo señalado en el apartado I 3.3.1 de esta obra.

- Derecho a juicio previo.
- Derecho a juicio público.
- Derecho a juicio oral.
- Derecho a juzgamiento en plazo razonable.
- Derecho de defensa.
- Derecho a la presunción de inocencia.
- Legalidad medidas privativas libertad.
- Derecho a una sentencia fundada.
- Prohibición de la persecución múltiple.

A. DERECHO A SER JUZGADO POR UN TRIBUNAL INDEPENDIENTE,
IMPARCIAL Y ESTABLECIDO POR LA LEY CON ANTERIORIDAD A LA COMISIÓN DEL HECHO

El derecho a ser juzgado por un tribunal independiente se encuentra consagrado en el artículo 76 de la CPR.²⁰²

La independencia debe ser entendida en su aspecto orgánico, funcional y personal.

La primera se relaciona con la independencia del Poder Judicial respecto de los restantes poderes del Estado, lo que debe ser considerado tanto en sentido positivo como negativo.

En el primer aspecto, el Poder Judicial no se encuentra subordinado en modo alguno al Poder Legislativo o al Ejecutivo, lo que se recoge tanto en el artículo 76 de la CPR ya citado, como en el artículo 7° de la misma que sanciona con nulidad cualquier acto en contravención a la autoridad o derechos que la Constitución o la ley establezcan. El artículo 12 del COT por su parte refuerza la independencia orgánica de este poder al disponer que *“el Poder Judicial es independiente de toda otra autoridad en el ejercicio de sus funciones”*.

En sentido negativo la independencia implica que *“es prohibido al Poder Judicial mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos y en general ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”* (artículo 4° COT).²⁰³

²⁰² “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos”.

²⁰³ La protección legal del principio de independencia se consagra en el artículo 222 del Código Penal que contempla el delito de usurpación de funciones en los siguientes términos: *“El empleado del orden judicial que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de las suyas, sufrirá la pena de suspensión del empleo en su grado medio.*

En la misma pena incurrirá todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente.

Las disposiciones de este artículo sólo se harán efectivas cuando entablada la contienda de competencia y resuelta por la autoridad correspondiente, los empleados administrativos o judiciales continuaren procediendo indebidamente”.

La Independencia funcional dice relación con la exclusividad del ejercicio de la función jurisdiccional consagrada en la misma norma constitucional, y la facultad de imperio consagrada en los incisos 3° y 4° de la misma²⁰⁴ y reiterada en el artículo 11 del COT.

Complemento indispensable de la independencia es la inexcusabilidad, entendida ésta como la obligatoriedad en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Finalmente, la independencia personal mira ya no al órgano, sino a la persona del juez, quien debe estar libre de influencias en el desempeño de su función, tanto respecto del mismo Poder Judicial (dimensión interna), como de otros poderes públicos. (Independencia externa). Este principio se garantiza a través de la *Inamovilidad*²⁰⁵, la *Inviolabilidad*²⁰⁶ y la *Inavocabilidad*²⁰⁷.

El derecho a ser juzgado por un tribunal imparcial es una garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la CPR, consagrándose expresamente la necesidad de concurrencia de este atributo respecto del tribunal penal en el artículo 1° del CPP al disponer que “Ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a una de las medidas de seguridad establecidas en este Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un *tribunal imparcial*...”.

La imparcialidad, de acuerdo con el diccionario de la Real Academia Española, significa la “*falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud*”.

Para que nos encontremos ante un debido proceso de ley, que permita el pronunciamiento de una sentencia para dar cumplimiento a la garantía de igual protección de la ley en el ejercicio en los derechos contemplada en el artículo 19 N° 3 de la Carta Fundamental, es menester como requisito *sine qua non* que el órgano jurisdiccional encargado de ejercer esa función sea imparcial. Es de la esencia del ejercicio de la jurisdicción, que el órgano revista caracteres de imparcialidad, puesto que éste se sitúa supra partes para los efectos de imponerles la solución del conflicto. De allí, que el juez

²⁰⁴ “Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine.

La autoridad referida deberá cumplir sin más trámites el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar” (artículo 76 incisos 3° y 4° CPR).

²⁰⁵ Conforme la cual los jueces permanecerán en sus cargos mientras dure su buen comportamiento (artículo 80 CPR).

²⁰⁶ “Los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos a disposición del tribunal que debe de conocer del asunto en conformidad a la ley” (artículo 81 CPR).

²⁰⁷ “Ningún tribunal puede avocarse el conocimiento de causas o negocios pendientes ante otro tribunal, a menos que la ley le confiera expresamente esta facultad” (artículo 8° COT).

que ejerce la jurisdicción debe ser *imparcial*, es decir, debe ser una persona distinta a las partes del conflicto, e *imparcial*, esto es, no debe poseer ninguna vinculación con las partes que le motive un designio en favor o en contra de alguna de las partes.

En las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, el profesor José Bernales dejó expresa constancia que uno de los presupuestos para que nos encontremos ante un racional y justo procedimiento, consiste en la existencia de “un tribunal constituido de tal manera que dé una seguridad razonable de honestidad e imparcialidad”.²⁰⁸

En caso que concurra una causa que le reste imparcialidad al juez para la solución del conflicto se dice que éste no posee una competencia de carácter subjetiva.²⁰⁹ Nuestro legislador, celoso de resguardar la efectiva imparcialidad de los jueces, ha establecido una serie de casos que pueden generar la inhabilidad de un juez para los efectos de conocer un determinado proceso, no obstante poseer el tribunal del cual forma parte competencia objetiva en virtud de las reglas de la competencia absoluta y relativa.

Los medios a través de los cuales se pueden hacer valer las inhabilidades de un juez por carecer de la imparcialidad necesaria para conocer de un determinado proceso son las impugnancias y recusaciones.

Las impugnancias, cuyas causales se encuentran contempladas en el artículo 195 del COT, se caracterizan por ser de orden público y por ello irrenunciables para las partes, debiendo ser ellas declaradas de oficio por parte del tribunal, permitiendo su sola concurrencia la impugnación del fallo.

En cambio, las recusaciones cuyas causales se contemplan en el artículo 196 del COT, se caracterizan por ser de orden privado y por ello renunciables para las partes, no debiendo ser ellas declaradas de oficio por parte del tribunal, y sólo en caso que se encuentren declaradas o pendientes de resolución permiten la impugnación del fallo.

Especial trascendencia reviste en esta materia el asegurar también una neutralidad subjetiva por parte del juez en el ejercicio de la jurisdicción, debiendo impedirse que pueda ejercerse esa función de juzgar por parte de quienes, por haber participado con anterioridad realizando otras actividades, deben tener una opinión formada, ya sea consciente o inconscientemente sobre el conflicto que deben resolver.²¹⁰

²⁰⁸ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. Pág. 31. Editorial Jurídica de Chile.

²⁰⁹ Al efecto, el artículo 194 del COT establece que “*los jueces pueden perder su competencia para conocer determinados negocios por impugnancia o recusación declaradas, en caso necesario, en virtud de causas legales*”.

²¹⁰ Para resguardar esta imparcialidad subjetiva dentro del proceso penal, por la Ley N° 19.708 se incorporó al artículo 195 del COT. el siguiente inciso final:

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

La intervención de un juez inhabilitado en el proceso, de conformidad al artículo 76 de la Constitución, genera la responsabilidad de dicho juez por el delito de torcida administración de justicia, disposición que no sería aplicable a los miembros de la Corte Suprema de conformidad a lo previsto en el artículo 324 del COT. En el Código Penal se tipifican diversos delitos para sancionar la parcialidad del juez en la tramitación y resolución de un proceso (artículos 224 N°s. 4 a 7 y 225 N°s. 4 y 5 del Código Penal).

Finalmente, es menester tener presente que en caso de incurrir en alguna conducta que importe el incumplimiento de este deber los jueces también poseen una responsabilidad de carácter disciplinaria de conformidad a lo previsto en el artículo 77 de nuestra Carta Fundamental.

La imparcialidad, en tanto garantía del debido proceso se resguarda en el sistema procesal penal, mediante la separación de funciones entre la investigación y juzgamiento, principio básico del sistema acusatorio vigente, encomendándose la primera al Ministerio Público y la segunda al Tribunal Oral en lo Penal, por regla general. A su vez, si durante la investigación es necesario la intervención judicial, ésta corresponde a un órgano jurisdiccional distinto, denominado Juez de Garantía.

Este derecho ha sido precisado al proscribirse por la CPR la posibilidad de juzgamiento por comisiones especiales, dado que la sentencia respectiva sólo puede emanar del tribunal que establezca la ley, pero que además debe haberse establecido con *anterioridad al hecho* que se juzga. Debe tenerse presente que la norma constitucional del inciso 5° del artículo 19, originalmente establecía sólo la exigencia de que el tribunal fuere establecido por la ley con anterioridad al inicio del proceso, pero no al hecho. Actualmente, y desde el año 2005, tanto la CPR ²¹¹ como su reiteración a nivel legal en el artículo 2° del CPP²¹² refieren la exigencia a que el tribunal debe haber sido establecido por la ley con anterioridad a la perpetración del hecho, cuestión que en materia procesal penal reviste particular relevancia. El título del artículo 2° nos remite al “juez natural” concepto que se identifica con la predeterminación del juez efectuada por la ley, y se relaciona con la independencia y la imparcialidad del juez a que nos referimos anteriormente.

Desde la perspectiva de los tratados internacionales, la independencia, imparcialidad y predeterminación del tribunal constituye una garantía del proceso, consagrada en el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone: “1. Toda

Continuación nota ²¹⁰

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

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

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

²¹¹ Modificación introducida por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005,

²¹² Cronológicamente la norma legal es anterior a la reforma constitucional.

persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone en su artículo 14 numeral 1 que *“Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil”.*

Puede aquí apreciarse nítidamente como en los tratados internacionales suscritos por Chile sobre los derechos humanos se diferencia claramente la independencia de la imparcialidad del órgano. Al efecto, se ha señalado que *“el derecho supranacional contemporáneo diferencia claramente ambos atributos y, así, el Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos demanda un juez independiente e imparcial, fórmula que el Pacto de San José de Costa Rica reproducirá años más tarde. Es que, con esfuerzo y singulares condiciones propias, se puede llegar a ser dependiente e imparcial y se podrá ejercer jurisdicción. Quien, en cambio, sea independiente (no dependa de nadie ni se subordine a potestad alguna), pero sea parcial, jamás ejercerá la jurisdicción”*.²¹³

Finalmente, hemos de señalar que en nuestro sistema procesal penal esta garantía se ve reforzada por la prohibición de delegabilidad de los actos del tribunal en funcionarios subalternos (artículo 35), bajo sanción de nulidad.

B. DERECHO A SER JUZGADO EN UN JUICIO PREVIO, ORAL Y PÚBLICO PARA LA IMPOSICIÓN DE UNA PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD

La garantía del debido proceso consagrada en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de la CPR, ha sido explicitada respecto del proceso penal en la parte final del inciso 1° del artículo 1° del CPP, titulado *“Juicio previo y única persecución”*, entendiéndose que la imposición de una pena o aplicación de una medida de seguridad sólo puede ser la consecuencia de la dictación de una sentencia fundada.

Dicha sentencia debe emanar de un juicio previo, oral y público, desarrollado de conformidad a los procedimientos que se contemplan en el CPP.

La etapa de juicio en la que se dicta dicha sentencia es la del juicio oral, en el que rige con plenitud el principio de la oralidad (artículo 291), requiere necesariamente que se dé aplicación a los principios de la inmediación (artículo 284), continuidad (artículo 282), y concentración (artículo 283). El juicio oral debe ser público (artículo

²¹³ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Tribunales, Jurisdicción y Proceso*. Pág. 55. Editorial Jurídica de Chile.

289), no obstante que dicho principio es aplicado también a la investigación, constituyendo el secreto una regla excepcional (artículo 182). La prueba es libre (artículo 295), y para su apreciación se aplica el sistema de la sana crítica (artículo 297), la que conlleva necesariamente a la fundamentación de la sentencia (artículos 340, 342 letra c) y 374 letra e).

El incumplimiento de las reglas que el legislador establece para el desarrollo del procedimiento puede ser impugnado por la vía de la nulidad procesal por vía de incidente (artículos 159 y siguientes), pudiendo ser impugnada la sentencia que emane de un juicio oral viciado por la vía del recurso de nulidad (artículos 373 letra a) y 374), sin perjuicio de excluirse las pruebas ilícitas en la audiencia de preparación del juicio oral impidiendo con ello que puedan ser utilizadas dentro de éste (artículo 276 inciso 3°).

Surge así el derecho al juicio previo, contenido en la fórmula de *nulla poena sine iudicio*, como la consecuencia de monopolio estatal en la persecución de los delitos y la prohibición del ejercicio de la autotutela a que nos refiriéramos al tratar del carácter instrumental calificado del Derecho procesal penal²¹⁴. El juicio previo requiere la dictación de una sentencia fundada, la que tiene consagración constitucional en el inciso 5° del numeral 3 del artículo 19 al prescribir que “*Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado*”.

En este contexto, sin embargo, no es suficiente que el conflicto penal se solucione vía proceso penal como único mecanismo de imposición de la pena o de la medida de seguridad, sino que resulta indispensable, en tanto garantía, que aquél se desarrolle oral y públicamente. La oralidad y la publicidad constituyen así garantías esenciales del debido proceso, pero que a su vez, gozan de autonomía propia. Sin embargo, ninguna de ellas tiene un reconocimiento constitucional expreso.

En efecto, la CPR no contempla una norma específica relativa a la garantía de la publicidad del proceso, aun cuando implícitamente se contiene dentro de aquellas que conforman un justo y racional procedimiento conforme el artículo 19 N° 3, inciso 5°.

Sin embargo, las normas de nivel internacional sí se refieren explícitamente a esta garantía al disponer el artículo 8 N° 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos que “*El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia*”. El artículo 14 N° 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se refiere a la publicidad del proceso en sentido negativo, al señalar genéricamente los motivos de exclusión de la prensa y el público.²¹⁵

²¹⁴ Ver II 2.2 de este capítulo.

²¹⁵ “*La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores*” (artículo 14 N° 1, segunda parte).

A nivel legal interno, nuestro CPP contempla en su artículo 1° expresamente el carácter público como una garantía del proceso dado que *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”*, sancionándose con nulidad (motivo absoluto) el que en el juicio oral se hubieren violado las disposiciones relativas a publicidad y continuidad del juicio (artículo 374 letra d).

La concreción práctica de la garantía de la publicidad en el juicio oral se produce con el libre acceso de cualquier particular a la sala en que se desarrolla el juicio, quienes pueden imponerse de su desarrollo, presenciar la rendición de pruebas, escuchar directamente a los intervinientes y, también directamente, de los jueces la decisión y fundamentos de la sentencia (artículo 289). A su vez, los registros de las actuaciones ante los tribunales con competencia penal son de libre acceso para los intervinientes, salvo excepciones precisas a que nos referimos, y pueden también ser consultados por cualquier persona cuando dieren cuenta de actuaciones que fueren públicas, salvo que durante la investigación o la tramitación de la causa se hubiere restringido su acceso para proteger su sustanciación o cautelar el principio de inocencia. En cualquier evento los registros serán públicos transcurridos cinco años desde la realización de las actuaciones consignadas en ellos (artículo 44).

A pesar de los evidentes beneficios que la publicidad tiene aparejado, ésta no tiene ni puede tener caracteres absolutos. Así, los medios de comunicación social, que tienen también libre acceso a la audiencia del juicio oral, pueden fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia, salvo que las partes se opongan. Si por el contrario sólo una de ellas es la que formula la oposición, es el tribunal el llamado a resolver. A su vez se pueden disponer restricciones a la publicidad, ya que el tribunal puede, a petición de parte y por resolución fundada:

- a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúe la audiencia;
- b) Impedir el acceso del público en general u ordenar su salida para la práctica de pruebas específicas, y
- c) Prohibir al fiscal, a los demás intervinientes y a sus abogados que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio.

Tales restricciones pueden fundarse en la necesidad de *“proteger la intimidad, el honor o seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley”*.

Ahora bien, durante la etapa previa al juicio oral, la publicidad es sólo relativa, dado que la investigación es secreta respecto de terceros ajenos al procedimiento, en tanto que es pública para el imputado y los intervinientes, quienes pueden examinar y obtener copias de los registros y documentos de la investigación fiscal y examinar los de la investigación policial (artículos 44 y 182).

Sin embargo, la publicidad respecto del imputado e intervinientes también puede contemplar excepciones durante la investigación, ya que el fiscal puede decretar el secreto respecto de ciertas actuaciones y/o piezas, cuando las estime necesarias para la eficacia de la investigación. Esta restricción en todo caso es sólo de tipo temporal, ya que contempla como máximo de duración un plazo de 40 días, pudiendo solicitarse al juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, ya sea en su duración, actuaciones, personas a quienes se refiere.

Ahora bien, hemos de considerar que el secreto que puede disponer el fiscal contempla una contraexcepción, dado que éste no puede decretar secreto respecto de:

- a) La declaración del imputado.
- b) Cualquiera otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir el imputado.
- c) Actuaciones en que participare el tribunal.
- d) Informes evacuados por peritos respecto del propio imputado o de su defensor.

La obligación de mantener reserva sobre la investigación afecta a los funcionarios que hubieren participado en ella y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de sus actuaciones.

Finalmente, hemos de señalar que no se consagran en el CPP disposiciones expresas relativas a la publicidad durante las audiencias ante el juez de garantía, en tanto eventualmente constitutivas de fases previas al juicio mismo, no obstante lo cual se les ha reconocido dicho carácter público.

La garantía de la oralidad por su parte tampoco encuentra reconocimiento expreso en el texto constitucional, y a diferencia de la publicidad, ni aun en los instrumentos internacionales en forma directa, no obstante que puede comprenderse implícitamente contenida en diversas disposiciones, y básicamente relacionada con la garantía de la publicidad.

Sin perjuicio de la falta de reconocimiento constitucional e internacional, expreso —a nivel de textos— el CPP contempla expresamente esta garantía en la segunda parte del inciso primero de su artículo 1º al disponer que *“Toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de este cuerpo legal”*.

La oralidad desarrolla toda su expresión en la audiencia del juicio oral, en la que se manifiesta la inadmisibilidad absoluta de efectuar presentaciones, argumentaciones o peticiones por escrito, dado que toda intervención de quienes participan en ella debe efectuarse verbalmente (artículo 291), y en particular:

- a) Las alegaciones y argumentaciones de las partes.
- b) Las declaraciones del acusado.
- c) La recepción de las pruebas.
- d) Las resoluciones del tribunal, las que son dictadas y fundamentadas verbalmente.

Existen dentro del CPP innumerables disposiciones que se refieren a las actuaciones orales de las partes e intervinientes dentro del proceso. Así:

a) Los funcionarios policiales deben declarar en el juicio, sin poder reemplazarse por los registros de la investigación (artículo 228).

b) Los peritos y testigos son interrogados personalmente, sin poder ser reemplazados por la lectura de registros o documentos (artículo 329).

c) No se puede incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio, a los registros y demás documentos que den cuenta de las diligencias y actuaciones del Ministerio Público y de la policía (artículo 334).

Las excepciones se encuentran referidas a aquellos quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en idioma castellano, los que pueden hacerlo por escrito o por medio de intérprete (artículo 291), el acusado sordo o que no pudiese entender el idioma castellano que lo hace mediante intérprete; la lectura de documentos (artículo 333) y las declaraciones anteriores de testigos, peritos o imputados (artículos 331 y 332).

Respecto de las actuaciones ante el juez de garantía, la oralidad se manifiesta en la realización de las audiencias sobre prisión preventiva (artículo 144 inciso 2º y 14-2) y en la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 266).

De las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía, el tribunal de juicio oral en lo penal, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema debe levantarse un registro por cualquier medio apto para producir fe, tal como audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente, que permita garantizar la conservación y la reproducción de su contenido. Las audiencias, sentencias y demás resoluciones del tribunal deben ser registradas íntegramente (artículos 39 y 41) La conservación de dichos registros corresponde al juez de garantía y al tribunal de juicio oral en lo penal durante la investigación y el proceso, respectivamente, regulando el legislador tanto el valor del registro del juicio oral como su reemplazo en caso de daño en el artículo 43.

Como hemos señalado, la oralidad constituye una garantía que se despliega en plenitud en la audiencia del juicio oral, oportunidad en la que resulta absolutamente improcedente efectuar presentaciones, argumentar o formular peticiones por escrito, salvo las excepciones comentadas, debiendo el tribunal expresar su decisión y fundamentos también en forma verbal. Complemento indispensable de la oralidad, desde la perspectiva de la realización de la audiencia del juicio, aparecen en consecuencia otros tres principios básicos: La *inmediación*, la *continuidad* y la *concentración*.

A la inmediación el CPP se refiere directamente al tratar la audiencia preparatoria del juicio oral, la que se desarrolla ante el juez de garantía (artículo 266), y en la cual el legislador exige que éste la presencie en su integridad. Respecto del juicio oral no está recogido en forma directa, pero sí ampliamente desde la perspectiva en que el sentenciador sólo puede hacerlo con el mérito de la prueba que se hubiere rendido en la audiencia del juicio oral (artículo 340 inciso 2º), audiencia a la cual deben los jueces (y el fiscal) asistir ininterrumpidamente, bajo sanción de nulidad.²¹⁶

²¹⁶ La presencia y ausencia de otros intervinientes se regula en los artículos 284 a 288.

Es en virtud del principio de la inmediación que el tribunal debe haber observado directamente la prueba rendida durante el juicio oral; debe existir presencia ininterrumpida de los jueces durante la audiencia (artículo 284), bajo sanción de motivo absoluto de nulidad en la interposición del recurso respectivo; la delegación es sancionada expresamente con la nulidad (artículo 35); y la prueba suficiente para dictar sentencia es la producida durante el juicio oral (artículo 340), sin que, por regla general, pueda incorporarse como prueba ni darse lectura a los registros de la policía y del Ministerio Público (artículo 344) ni declaraciones anteriores testigos o peritos (artículo 329). Es precisamente por la relación *inmediata* de los jueces con la prueba que han apreciado en forma directa que “*El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral*” (artículo 340 inciso 2°).

La *continuidad* constituye una manifestación de la unidad del juicio, y se produce toda vez que el debate no debe ser interrumpido, desarrollándose continuamente en sesiones sucesivas, hasta su conclusión, entendiéndose como audiencias sucesivas aquellas realizadas el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal. De esta forma también, y salvo calificadas excepciones, todas las actuaciones del juicio deben verificarse dentro de éste y en particular en la audiencia, motivo por el cual se manifiesta aquí el principio de la *concentración*.

Sólo en forma excepcional se contempla la suspensión de la audiencia o del juicio oral, hasta por dos veces y por razones de absoluta necesidad, por el tiempo mínimo necesario de acuerdo con el motivo de la suspensión, debiendo comunicarse verbalmente en el mismo acto la fecha y hora de su continuación. Al reanudar la audiencia debe efectuarse un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento (artículo 283). Si se suspende la audiencia o se interrumpe el juicio oral por más de 10 días, debe decretarse la nulidad de lo obrado en él y ordenarse su reinicio.

Finalmente, como patente demostración del resguardo que el legislador prevé a los principios enunciados, el juicio y la sentencia serán siempre anulados:

b) Cuando la audiencia del juicio oral hubiere tenido lugar en ausencia de alguna de las personas cuya presencia continuada exigen, bajo sanción de nulidad, los artículos 284 y 286;

“d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio” (artículo 374).

C. DERECHO A JUZGAMIENTO EN PLAZO RAZONABLE

El artículo 77 de la CPR dispone que “*Una ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia en todo el territorio de la República*”.

Por su parte la Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 7.5 y 8.1 consagran el derecho de “*Toda persona detenida o retenida... a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad...*” y “*a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente,*

independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

A su vez el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14.3 recoge como *garantías mínimas* el derecho:

“c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas”.

En consecuencia esta garantía se traduce en el derecho a un proceso sin dilaciones, materia que evidentemente es consecuencia del reconocimiento del principio de inocencia, por una parte, y por otra del monopolio del ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, motivo por el cual éste no puede indefinida o indeterminadamente tratar de probar la culpabilidad de un sujeto.²¹⁷ Por lo demás, no podemos olvidar como nos enseñaba Beccaria que “cuando la pena sea más pronta y más próxima al delito cometido, tanto más justa y más provechosa será. Digo más justa, porque ahorra al reo los inútiles y feroces tormentos de la incertidumbre, que aumentan con el rigor de la imaginación y con el sentimiento de la propia debilidad; más justa, porque siendo la privación de libertad una pena, no puede preceder a la sentencia, sino en cuanto la necesidad lo exija.”²¹⁸

Ahora bien, entendido éste como un concepto subjetivo, resulta en consecuencia indispensable dilucidar qué debe entenderse en consecuencia por un *plazo razonable* o un proceso sin *dilaciones indebidas*, teniendo también en consideración que el proceso incluye la gestión previa de investigación.²¹⁹

En relación con el plazo razonable, se ha señalado por la doctrina que “tratándose de una garantía ordenada al proceso, y siendo éste el cauce formal a través del cual se realiza la Justicia, considerada valor supremo, la eventual “razonabilidad” de un plazo sólo podrá determinarse ponderando los dos elementos básicos de que se compone dicho valor, como son la verdad y la seguridad jurídica.

²¹⁷ Sobre la materia, consultar LA ROSA, Mariano. “Por una razonable duración del proceso penal”. *Revista Procesal Penal* Nº 35. Págs. 23 y Sgtes. Mayo 2005.

²¹⁸ BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Pág. 51. Editorial Temis. 2000. Santa Fe Bogotá. Colombia.

²¹⁹ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, durante el año 2009, a nivel nacional, el tiempo promedio de tramitación de los casos que terminaron con salida Judicial fue de 126 días. En cambio, el tiempo promedio de tramitación de los casos que terminaron con salida no judicial fue de 72 días.

Las categorías de delitos con mayor tiempo promedio en salida judicial son los correspondientes a funcionarios (406 días), sexuales (399 días) y homicidios (384 días).

Según la misma información, el año 2009 se realizaron 7.608 juicios orales,

A nivel nacional, el tiempo promedio de tramitación de los casos que terminaron con juicio oral fue de 426 días. En particular, los delitos con mayor tiempo promedio son los correspondientes a delitos económicos y delitos funcionarios, con 950 días y 799 días respectivamente.

Las categorías de delitos con mayor tiempo promedio en salida no judicial son los correspondientes a homicidios (355 días), funcionarios (323 días) y contra la fe pública (265 días).

“Por consiguiente, un plazo será razonable cuando comprenda un lapso temporal suficiente para el ejercicio de las facultades jurídicas necesarias para apoyar las pretensiones deducidas en el proceso, y a la vez, determine el límite que permita obtener una respuesta fundada en derecho consumiendo el menor tiempo posible.

“Así, pues, tan irrazonable es un plazo que por efímero provoca indefensión a la parte, como un plazo que por prolongado frustra toda expectativa de solución”.²²⁰

Los criterios que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado para determinar la razonabilidad de un plazo han sido la complejidad del asunto; la importancia del objeto del proceso para quien recurre a la justicia; el comportamiento de las partes; el comportamiento de las autoridades nacionales; órgano que evaluado un asunto con esos criterios ha sostenido que se produce una violación al derecho a ser juzgado en un plazo razonable cuando ellos son realmente graves y sobrepasan el límite de lo tolerable.²²¹

En conclusión, como nos señala Daniel R. Pastor, dos son los criterios centrales de la opinión dominante en la materia:

1. El plazo razonable de duración del proceso no es un plazo en sentido procesal que debe ser previsto abstractamente por la ley, sino que se trata de una pauta interpretativa abierta para estimar si la duración total de un proceso ha sido o no razonable, para lo cual debe procederse caso a caso, una vez finalizado el proceso y globalmente, tomando en cuenta la complejidad del caso, la gravedad del hecho, las dificultades probatorias, la actitud del imputado y el comportamiento de las autoridades encargadas de la persecución penal.

2. Comprobada la irrazonabilidad de la duración, la violación del derecho debe ser compensada desde el punto de vista material, penal o civil, o dar lugar a sanciones administrativas, penales o disciplinarias, y sólo en casos extremos se justifica el sobreseimiento.²²²

Daniel J. Pastor ha postulado que la fijación de los plazos de duración máxima razonable sean fijados legislativamente con carácter general y con la consecuencia jurídica de que, al cumplirse, el proceso deba cesar anticipada y definitivamente.²²³ Dicha postura no parece irrazonable y quizá permitiría materializar la máxima que la espada de Damocles no debe pender en forma indefinida y a lo largo de casi toda una vida sobre la cabeza de un ser humano, para no tener que llegar al extremo de tener que explicarnos y llegar a justificar la existencia de los procesos kafkianos.

²²⁰ RIBA TREPAT, Cristina. *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*. Pág. 56. José María Bosch Editor. Barcelona, España. 1997.

²²¹ Véase RIBA TREPAT, Cristina. Ob. cit. Págs. 76 y Sgtes.

²²² PASTOR, Daniel J. “Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal”. Págs. 59 y 60. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 4. Año 2004.

²²³ PASTOR, Daniel J. Ob. cit. Pág. 76. 2004.

Sin perjuicio de lo señalado, el derecho al juzgamiento en un plazo razonable no ha sido declarado explícitamente dentro de las garantías del proceso por el CPP, no obstante que encontramos diversas normas que conducen a que el juicio oral se lleve a cabo dentro de un plazo razonable, como son a modo ejemplar:

a) Una vez formalizada la investigación, el plazo máximo para su término es de 2 años (artículo 247), sin perjuicio que el tribunal puede fijar un plazo menor (artículo 234).

b) Aun antes de la formalización, cualquier persona que se sienta afectada por una investigación desformalizada puede solicitar al juez de garantía que le fije al fiscal un plazo para formalizarla (artículo 186).

c) La ley señala plazos para la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 260) y la del juicio oral (artículo 281).

d) La decisión y la sentencia están sometidas a breves plazos de pronunciamiento (artículos 339, 343, 344).²²⁴

D. DERECHO DE DEFENSA

D.1. Fuentes del derecho de defensa

El derecho de defensa se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, con rango constitucional, en el artículo 19 N° 3 de nuestra Carta Fundamental al establecer:

"Art. 19 . La Constitución asegura a todas las personas:

3. La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

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

La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos".

La concepción que se encuentra contenida respecto de la defensa jurídica es amplia, dado que ella se refiere no sólo a la defensa, sino que incluso al asesoramiento respecto de los derechos que poseen las personas y los medios que pueden hacer valer para su adecuada protección; y por otra parte, ella se extiende a todo

²²⁴ La sentencia definitiva en el juicio oral debe ser dictada en la misma audiencia tras la deliberación. Excepcionalmente, puede prolongarse dicha deliberación hasta por veinticuatro horas, si el juicio ha durado más de dos días, lo que se informa en la misma audiencia, fijándose la oportunidad en la que será comunicada (artículo 343). La omisión de pronunciamiento vicia de nulidad del juicio.

La redacción de la sentencia puede diferirse hasta por cinco días, fijando la fecha de su lectura (artículo 344). Este plazo se amplía un día por cada dos que hubiere superado los cinco de juicio. Si no se cumple dentro de plazo, y sin perjuicio de sanciones disciplinarias, debe citarse a nueva lectura no más tarde de dos días después. El no cumplimiento de este plazo adicional anula el juicio, si es condenatoria.

tipo de materias, sean ellas civiles, de familia, comerciales, laborales, previsionales, administrativas, penales, etc.

Esta extensión del derecho de defensa jurídica se ha reconocido al señalársenos por uno de los miembros de la Comisión de Estudio de la Constitución de 1980, que “no se trata sólo de cautelar la defensa judicial, sino la actuación del letrado en todo asunto y ante toda potestad ante la cual se haga valer un derecho o se reclame de la conculcación de un derecho. Ahora bien, la intervención del letrado debe ser “la debida”, o sea pertinente y respetuosa, y realizarse conforme a los procedimientos que la ley señale o conforme a las exigencias de “un racional y justo procedimiento”, que el abogado puede exigir, si no existiere normativa legal que regule la forma de ejercer la defensa de ciertos derechos que han sido atropellados, limitados o desconocidos, o que puedan serlo, por un tribunal o autoridad pública, de cualquier naturaleza o categoría”.²²⁵

Además, debemos tener presente que el derecho de defensa reconoce también su fuente constitucional en el artículo 19 N° 3 inciso 5° de nuestra Carta Fundamental en relación con los procesos judiciales, dado que el derecho de defensa constituye un presupuesto para que nos encontremos ante un debido proceso, que requiere desarrollarse conforme al racional y justo procedimiento establecido por el legislador, características que se hicieron expresamente extensivas a la investigación por la reforma introducida a ese precepto por la Ley N° 19.519 de 16 de septiembre de 1997.

Finalmente, el reconocimiento con rango constitucional del derecho de defensa emana del inciso 2° del artículo 5° de la Constitución, al señalarnos que “*El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*”.

En diversos tratados internacionales debemos entender contemplado el derecho de defensa, al consagrar la existencia del debido proceso para los efectos de poder juzgar a una persona, pudiendo al efecto consultarse los artículos 10 y 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 25 de la Declaración Americana de Derechos Humanos, artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tratándose del derecho de asistencia letrada merecen especial mención, los siguientes preceptos:

Art. 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

²²⁵ EVANS DE LA CUADRA, Enrique. *Los Derechos Constitucionales*. Tomo II. Pág. 27, Editorial Jurídica de Chile, 1986.

Art. 14.3 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

b.- A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

El Comentario General del Comité de Derechos Humanos sobre el artículo 14 (3) del Pacto, hace las observaciones siguientes sobre el derecho de todo acusado a asistencia letrada:

"Los medios adecuados para su defensa... deben incluir... la oportunidad de contratar a un abogado y de comunicarse con éste. Cuando el acusado no desee defenderse personalmente ni solicite una persona o una asociación a su elección, debe poder recurrir a un abogado."²²⁶

d.- A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo, y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.

En cuanto al alcance de este precepto, se ha señalado lo siguiente:

a) Derecho de escoger libremente un defensor:

La doctrina del Comité de Derechos Humanos sostiene que la posibilidad de escoger un defensor entre un pequeño número de oficiales militares no satisface el derecho reconocido en la normativa internacional. Este derecho se aplica tanto en apelación como en primera instancia".²²⁷

b) Momento a partir del cual se tiene derecho a un defensor.

La doctrina de la Comisión considera que un individuo tiene derecho a la asistencia de un abogado a partir del momento de ser interrogado por primera vez.²²⁸

c) Libertad del abogado en su actuación.

El Comentario General 13 del Comité de Derechos Humanos establece que el párrafo b del artículo 14 exige que el defensor se comunique con el acusado en condiciones que garanticen plenamente el carácter confidencial de sus comunicaciones. Los abogados deben poder asesorar y representar a sus clientes de conformidad con su criterio y normas profesionales establecidas, sin ninguna restricción, influencia, presión o injerencia indebida de ninguna parte".²²⁹

El Comité de Derechos Humanos declaró sobre esta materia que "el acusado o su abogado deben tener el derecho de actuar diligentemente y sin temor, valiéndose de

²²⁶ Comisión Andina de Juristas. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. O'DONNELL, Daniel. Pág. 177. 2ª edición. 1999. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

²²⁷ Comisión Andina de Juristas. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. O'DONNELL, Daniel. Pág. 177. 2ª edición. 1999. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

²²⁸ Comisión Andina de Juristas. Ob. cit. Pág. 177. 1999.

²²⁹ Comisión Andina de Juristas. Ob. cit. Pág. 177. 1999.

todos los medios de defensa disponibles, así como el derecho de impugnar el desarrollo de las actuaciones si consideran que son injustas”.

Art. 8.2 Convención Americana sobre Derechos Humanos

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

c) Concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa

d) Derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor

e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley.

En cuanto al alcance de este precepto, se ha señalado lo siguiente:

a) Intimidación de abogados

La Comisión Interamericana ha considerado la intimidación de abogados defensores como un atentado contra el derecho a la justicia, habiéndolos identificado en una ocasión como “importantes auxiliares de la administración de justicia, sin cuyo respeto no existe un adecuado funcionamiento de la misma”.²³⁰

b) Violación del derecho de defensa por incumplimiento del abogado de sus deberes profesionales

Para la Comisión Interamericana, el derecho del acusado a una defensa adecuada es violado no sólo por la negación del derecho a asistencia jurídica o por trabas u obstáculos impuestos a la actuación del abogado defensor, sino también por el incumplimiento por parte de éste de sus deberes profesionales. En un informe la Comisión Interamericana calificó la actuación de abogados defensores de “inservible y más bien contraproducente”, subrayando entre otros defectos el reconocimiento implícito de los cargos imputados a los acusados y el no haberlos entrevistado antes del inicio del proceso.²³¹

D.2. Concepto del derecho de defensa

El derecho de defensa debe ser concebido en forma amplia, y como tal consiste en la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes.

Tratándose del derecho de defensa en el proceso penal, podemos señalar que ella consiste en el derecho del imputado para formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales

²³⁰ Comisión Andina de Juristas. Ob. cit. Pág. 178. 1999.

²³¹ Comisión Andina de Juristas. Ob. cit. Pág. 178. 1999.

y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código (artículo 8º).

Coincidente con esta concepción limitada del derecho de defensa, en cuando la restringe sólo respecto del imputado, se ha contemplado la Defensoría Penal Pública sólo para proporcionar defensa a los imputados (artículo 2º Ley Nº 19.178 Ley Defensoría Penal Pública).

Sin embargo, debemos tener presente que el derecho de defensa se extiende también a los querellantes, pudiendo por regla general sólo llegar a serlo la víctima, su representante legal o heredero testamentario (artículo 111) y el actor civil, pudiendo llegar a tener este carácter en el proceso penal sólo la víctima, quien podrá en el proceso penal ejercer la acción restitutoria y la indemnizatoria siempre que se dirija exclusivamente contra el imputado (artículo 59), no pudiendo existir los terceros civilmente responsables en el proceso penal.

Respecto de estas personas no cabe duda que ellas gozan también del derecho de defensa y se les deben brindar por el Estado los medios para contar con la asistencia letrada que les permita ejercer sus acciones si no poseen recursos suficientes para ello, sin que les sea aplicable la Ley de Defensoría Penal Pública.

En todo caso, es menester tener presente que por mandato constitucional, para que se pueda materializar este derecho de defensa es menester que el legislador arbitre los medios para poseer asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos (artículo 19 Nº 3 CPR), por lo que dichas personas deberían poder acudir a las Corporaciones de Asistencia Judicial para deducir sus acciones civiles en el proceso penal, situación que no resultará necesaria en lo que dicen relación con la protección de la víctima dada la labor que en tal sentido deben efectuar el Ministerio Público, la Policía y el juez de garantía (artículo 6º).

D.3. El derecho de defensa en el proceso penal

Para que nos encontremos en presencia de un debido proceso es menester que se confiera siempre a los individuos el derecho inviolable de defenderse, cualquiera sea la naturaleza jurídica del proceso.

En el proceso penal es posible distinguir dos clases de defensa respecto del imputado, siendo ellas la defensa personal o material, que se desarrolla por el propio imputado; y la defensa técnica, que es desarrollada por el abogado defensor del imputado.

“A diferencia del proceso civil, en el cual la capacidad de postulación es ejercida prácticamente con exclusividad por el abogado, en el penal el derecho de defensa es ejercitado de manera simultánea, tanto por el abogado defensor como por su patrocinado. La institución de la defensa penal es una parte procesal que viene integrada por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su defensor, en donde ejercita el primero de ellos una defensa privada o material, y el segundo la defensa pública, formal o técnica.

“A pesar de que ambas manifestaciones de la defensa tienden a finalidades comunes (hacer valer el derecho a la libertad del ciudadano), los presupuestos a los cuales obedecen son, sin embargo, distintos. Son principios de derecho público los que informan a la defensa técnica y es, en definitiva, la sociedad la que impone la necesidad de que el procesado sea asistido y defendido por un letrado, en tanto que son principios liberales individualistas los que orientan la defensa material y reclaman la exigencia de que el imputado haga valer su propia defensa, ora reaccionando ante la imputación (al negarla o guardar silencio) o bien aceptando la pretensión de la parte acusadora, pues nadie más que el mismo imputado está en capacidad de hacer valer su presunción de inocencia.

“La defensa privada, la que ejerce el imputado, es renunciable, porque puede callar total o parcialmente si lo quiere, no cumplir ningún acto de postulación, no intervenir en la práctica de las pruebas, no formular alegaciones ni interponer recursos, es decir, asumir un papel del todo pasivo, sin ser nula la actuación si el imputado no la ejerce.

“En cambio, la defensa pública o técnica, la que lleva a cabo el abogado defensor, no es renunciable, porque así el imputado exija que no se le defienda, el funcionario judicial debe designarlo de oficio, en razón de que en tal defensa está interesada la sociedad, y se convierte en nula la actuación procesal que se adelante con total inactividad del defensor; incluso, si se cumplen algunas diligencias sin su presencia, las mismas carecen por completo de validez. No puede afirmarse sin embargo, que el marcado carácter público de la función del defensor lo convierta en un subordinado al interés de la justicia, sino que, por su finalidad de hacer valer derechos fundamentales, es una institución de derecho público, con plena autonomía, por lo cual hace prevalecer su voluntad sobre la de su representado en caso de colisión”.²³²

Además, debemos tener presente que por la supremacía de los bienes o valores jurídicos que se encuentran en juego en el proceso penal, se agregan una serie de condiciones adicionales a las existentes en otros procesos respecto de la defensa personal, como son la imposibilidad de seguir procesos en rebeldía, la prohibición de obligar a una persona de declarar en contra de sí misma, etc.

“El derecho de defensa del imputado comprende la facultad de intervenir en el procedimiento penal abierto para decidir acerca de una posible reacción penal contra él y la de llevar a cabo en él todas las actividades necesarias para poner en evidencia la falta de fundamento de la potestad penal del Estado o cualquier circunstancia que la excluya o atenúe; con cierto simplismo, que en este tema no es recomendable sino tan sólo para lograr una aproximación a él, esas actividades pueden sintetizarse en la facultad de ser oído, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que él mismo invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones, fácticas

²³² USARES SÁNCHEZ, Alberto. *El debido proceso penal*. Universidad Externado de Colombia. Págs. 290 y 291. 1ª edición. 1998.

y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal”.²³³

Este derecho de defensa personal del imputado se reconoce expresamente en el artículo 8º, al señalarnos que *“el imputado tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en este Código”* y en el artículo 93, al señalarse que *“todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes”*. Asimismo, se reconoce el derecho de defensa personal en el artículo 98 al disponer que *durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere*.

Si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al Ministerio Público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

El imputado puede ejercer este derecho de defensa en forma personal y sin asistencia letrada, pero sólo autorizado por el tribunal, para los casos en que ello no perjudicare su defensa. Sin embargo, debemos tener presente que la designación del defensor letrado no excluye la defensa personal, dado que el imputado mantiene su derecho a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo. Al efecto, dispone el inciso final del artículo 102 que *“si el imputado prefiriere defenderse personalmente, el tribunal lo autorizará sólo cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa; en caso contrario, le designará defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8º”*.

De acuerdo con ello, se contemplan conjuntamente como intervinientes del proceso penal tanto al imputado como a su defensor en el artículo 12.

Por otra parte, debemos tener presente que la necesidad de la presencia de la defensa técnica se ha justificado señalándose que *“con frecuencia, el mismo inculcado no puede exponer su punto de vista en la forma exigida, y tampoco, en absoluto, defender él mismo la función de un control de los órganos de la justicia. Esto depende muchas veces de que no está en situación de referir su opinión verbalmente o por escrito. Ante todo, le falta el conocimiento necesario sobre las cuestiones jurídico procesales y materiales. También está a menudo confundido por la situación del proceso penal, para él desacostumbrada, y por esto no se encuentra en condiciones de apreciar objetivamente las cosas. Si se encuentra el inculcado en prisión provisional, entonces está todavía más claramente limitado respecto de sus posibilidades de defensa, especialmente en lo relativo a investigar circunstancias exculpatorias. El inculcado no tiene normalmente*

²³³ MAIER, Julio Bernardo. Ob cit. Tomo 1 b. Pág. 311.

por lo tanto, ninguna oportunidad de triunfo ante el fiscal, formado jurídicamente, que dispone además de facultades coercitivas y del aparato investigador policíaco. Conforme a la experiencia se defienden, sin embargo, con relativa frecuencia también juristas poco expertos, cuando son inculcados por la policía o la fiscalía de un hecho punible. Por eso, en interés de la “limpieza” del proceso penal, así como del hallazgo de la verdad, es irrenunciable el que sea puesto al lado del inculcado, en todos los casos importantes, una persona correspondientemente formada, el defensor”.²³⁴

Para materializar en mejor forma este derecho, el imputado tiene derecho a la asistencia letrada, como se reconoce expresamente en el artículo 8º del CPP al señalarnos que “*el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra*”. Dicho precepto es coincidente con lo previsto en la letra b) del artículo 93, el que nos señala que el imputado, en especial, tendrá derecho a: b) *Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación*”.

El instante de inicio de participación del imputado para efectuar su defensa personal y técnica se precisa claramente en el artículo 7º del CPP, al disponer que “*las facultades, derechos y garantías que la Constitución Política de la República, este Código y otras leyes reconocen al imputado, podrán hacerse valer por la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia*”.

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

Sobre la materia se ha señalado por el procesalista argentino Julio Maier que “a más de la defensa material, la particularidad del procedimiento penal reside en la obligatoriedad de la defensa técnica. Nuestro Derecho Procesal penal, unánimemente, ha integrado la defensa del imputado tornando necesario, por regla, que él sea asistido jurídicamente. Ello se logra sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un jurista que lo asesore y defienda (facultad de elección) desde el primer momento del procedimiento seguido en su contra. Empero, para el caso de que el imputado no pueda, por falta de recursos o por cualquier otra razón, designar su defensor, el Estado acude en su auxilio, permitiéndole designar defensor oficial. Más aún, aunqu el imputado no designare ningún defensor, el tribunal nombre directamente al defensor oficial llegado el momento en el cual el debido respeto a la inviolabilidad de defensa no tolera la ausencia de un defensor al lado del imputado, “en la primera oportunidad, pero en todo caso antes de la declaración del imputado”.²³⁵

²³⁴ TIEDERMANN, Klaus. *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*. Barcelona. Editorial Ariel. 1989. Págs. 184 y Sgtes.

²³⁵ MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo 1 b. Pág. 313. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

Previsiones tan exhaustivas y detalladas sobre la necesidad de la defensa técnica, al punto de considerarla un servicio público imprescindible, que se presta aún contra la voluntad del imputado, sólo pueden indicar que el Derecho procesal penal, de alguna manera muy particular, no considera al imputado suficientemente capaz para resistir la persecución penal —estatal, pero también la privada— por sí solo, salvo en casos excepcionales; esto es, admite que no posee la plena capacidad para estar o intervenir en el procedimiento penal por sí mismo, con excepción del caso en que se permite su autodefensa técnica. El defensor, viene, así, a completar o complementar la capacidad del imputado para estar en juicio penal y esa es la auténtica función que él cumple. Se comprenderá mejor esta misión y la relativa capacidad del imputado para estar en un juicio penal si se observa que, salvo excepciones, ambos poseen facultades autónomas, esto es, independientes que no se inhiben por el ejercicio concreto de ellas en un sentido determinado: por ejemplo, si el imputado decide confesar el hecho punible como propio y el defensor lo niega, o el defensor acepta que el imputado ejecutó el hecho punible, incorporando la circunstancia que él se defendió de una agresión de la víctima, y el imputado niega haber participado en el hecho punible.

Sólo por excepción se rompe esta autonomía de actuación: así en los recursos contra decisiones jurisdiccionales, donde el imputado puede renunciar válidamente a los recursos interpuestos por el defensor en su favor”.²³⁶

En relación con el sujeto que ejerce la defensa técnica debemos tener presente que “se ha discutido mucho acerca de si el defensor es o no un órgano de la administración de justicia. Personalmente, tiendo a desconfiar de las posturas que ven al defensor una suerte de auxiliar de la justicia, o de órgano de la búsqueda de la justicia, antes que un asistente técnico del imputado. Se trata de posturas que únicamente son válidas en sentido figurado. Pero la característica más importantes de la tarea del defensor —y la que debe ser destacada con mayor énfasis— es la de ser técnico que cuenta con la confianza del imputado. Por eso se suele distinguir “el defensor de confianza” —o defensor privado— que es aquel que el imputado puede elegir— y “el defensor público”, que es el que el Estado brinda como un servicio cuando el imputado no nombra defensor o es incapaz de costear sus servicios. El imputado siempre tiene derecho a nombrar un defensor de su confianza, aun cuando el Estado le hubiere nombrado un defensor público si el imputado nombra un defensor privado, éste desplaza necesariamente al defensor público, puesto que se privilegia la posibilidad de contar con una persona de confianza para un menester tan delicado”.²³⁷

Finalmente, se ha indicado que “en principio pareciera que el derecho del imputado a nombrar defensores es ilimitado. Sin embargo, por razones de orden práctico los

²³⁶ MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo 1 b. Pág. 317. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

²³⁷ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ad-Hoc. Págs. 333 y 334. 2ª edición. 1999.

sistemas tienden a limitar estas facultades por la sencilla razón de que cada imputado pudiera tener, digamos dieciséis defensores, se complicaría enormemente el desarrollo del juicio —particularmente si se trata de un juicio oral—. Han existido casos famosos donde uno de los recursos para dilatar el proceso ha sido nombrar muchos defensores, cada uno de los cuales solicita siempre el derecho de alegar en juicio; el proceso, entonces, no terminaba nunca.

“Existe en consecuencia, una norma tradicional según la cual se otorga una suficiente amplitud para nombrar defensores, pero se limita tradicionalmente su número razonable a dos o tres. Ese es el número, claro está, de los defensores que pueden intervenir directamente en el juicio, independientemente de ellos, éstos pueden hacerse asesorar por una legión de abogados si así lo desean: pero éstos no tienen derecho a intervenir.

“Se ha dado un debate, particularmente en Europa y los Estados Unidos, acerca de si, en ciertos casos, el juez podría tomar la decisión de apartar a un defensor. Tal posibilidad tuvo su origen en el hecho de que, en ciertos tipos de delincuencia, los propios “defensores” actuaban frecuentemente de “correo” entre los imputados detenidos y las organizaciones delictivas (de mafia, terrorismo, etc.) es decir, participaban de la misma asociación ilícita que estaba siendo juzgada. Para esos casos, en algunos países, se desarrolló una legislación denominada “casos de apartamiento de defensor”, es decir, casos en los cuales el juez tiene la facultad de no admitir la participación de cierto defensor en el proceso.

“Se trata, sin embargo, de una legislación muy peligrosa y muy discutida. Es decir: en caso de ser puesta en vigencia debe restringirse cuidadosamente a los casos en los cuales esté debidamente comprobado que el defensor participa de las mismas actividades delictivas del imputado. Además, normalmente, resulta conveniente dejar esa decisión en manos de un juez superior al que tiene la causa en cuestión, ya que, de otro modo, se puede prestar a ser un modo de persecución política, consistente en rechazar defensores de manera continua.”²³⁸

D.4. Características de la defensa técnica

La defensa técnica en el proceso penal se caracteriza por revestir las siguientes características:

1. La defensa técnica reviste el carácter de obligatoria en el proceso penal.

En el proceso penal, la defensa técnica debe estar disponible en beneficio del imputado para que nos encontremos ante un debido proceso legal, que permita que éste se desarrolle en condiciones de igualdad y exista un real contradictorio entre las partes.

En verdad se trata de un eufemismo —aquí sólo utilizado para tomar gráfica la exposición— afirmar que el Ministerio Público es colocado por la ley en posición similar a la del imputado, acordándole sus mismos derechos, o antes bien por encima de él. La

²³⁸ BINDER, Alberto. Ob. cit. Págs. 334 y 335. 1999.

situación es, precisamente, la inversa: a partir de los poderes que le otorga la ley penal al Ministerio Público para cumplir su función de perseguir penalmente, se construye la posición del imputado, adjudicándole en lo posible, derechos suficientes para poder resistir esa persecución; ello, en virtud de que la defensa es inviolable”.²³⁹

De acuerdo con ello, conforme a lo previsto en el artículo 103 *“la ausencia del defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 317”*.

2. La defensa técnica debe ser ofrecida al imputado desde el inicio del proceso penal

Para los efectos de que exista una permanente igualdad entre las partes del proceso penal, es menester que la asistencia técnica respecto del imputado se realice desde el inicio del proceso penal.

Al efecto, el artículo 8° establece que *“el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra”*, situación que se ve ratificada por lo dispuesto en el artículo 91, al disponer que *“la policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto”*.

Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia.

Especial importancia reviste la presencia del defensor en el juicio oral, previéndose al efecto en el artículo 286 que *la presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de acuerdo a lo previsto en el artículo 103.*

La no comparecencia del defensor a la audiencia constituirá abandono de la defensa y obligará al tribunal a la designación de un defensor penal público, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 106.

No se podrá suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designará de inmediato un defensor penal público al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso.

3. La defensa técnica debe ser ejercida por un defensor de la confianza del imputado

Dentro del proceso penal, se requiere que el defensor que se designe por parte del imputado sea de la confianza del imputado, por lo que debe poder ser elegido libremente por parte de éste.

²³⁹ MAIER, Julio B. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo 1 b. Pág. 308. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

Carnelutti nos explica la razón por la cual debe reconocerse al imputado este derecho, al señalarnos que “el preso, la gente no lo sabe y menos aún lo sabe él, está hambriento y sediento de amor. La necesidad de amistad procede de su desolación. Cuando más grande es la desolación, más profunda y fecunda es la necesidad de amistad. Inconscientemente él pide lo que es indispensable a fin de que el defensor pueda cumplir con su oficio. Lo que el defensor debe poseer, ante todo, a tal fin, es el conocimiento del imputado; no, como el médico, el conocimiento físico, sino el conocimiento espiritual.

“Conocer el espíritu del hombre quiere decir conocer su historia; y conocer una historia no es solamente conocer la sucesión de los hechos, sino encontrar el hilo que los vincula. En este sentido, la historia es una reconstrucción lógica, no una exposición cronológica de los acontecimientos. Todo esto no es posible si el protagonista no abre, poco a poco su alma. Este tipo de protagonistas, que son los delincuentes, tienen, por definición, almas cerradas. Al mismo tiempo en que solicitan la amistad, oponen la desconfianza y la sospecha. Impregnados de odio, ven el odio aun donde no existe más que amor. Son como animales selváticos, que sólo con infinita delicadeza y paciencia se pueden domesticar”.²⁴⁰

Al efecto, dispone el artículo 102 que *desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza.*

En caso de pérdida de la confianza, el imputado puede proceder a reemplazar a su defensor en cualquier tiempo por otro que designe. Al efecto, dispone el artículo 107 del CPP que *la designación de un defensor penal público no afectará el derecho del imputado a elegir posteriormente otro de su confianza; pero la sustitución no producirá efectos hasta que el defensor designado aceptare el mandato y fijare domicilio.*

Sin embargo, se ha señalado en doctrina que este principio de la libre designación del defensor no es absoluto para el imputado, “pues el título de abogado no garantiza siempre la eficiencia de la defensa técnica y el tribunal, en situaciones de excepción, puede excluir fundadamente a un abogado del ejercicio de la función de defensor: piénsese, por ejemplo en un abogado detenido (condenado o en prisión preventiva), circunstancia que, de hecho, obstaculizaría la eficacia de la defensa y el procedimiento mismo”.²⁴¹

4. La defensa técnica del imputado constituye una obligación para el Estado en caso de no contar con un defensor para que lo asesore

Dado que la defensa técnica del imputado es obligatoria, debe designársele un defensor si no lo tuviere desde la primera actuación del procedimiento, correspondiéndole al Estado proveerle de los medios para ese efecto.

²⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Págs. 23 y 24. Monografías Jurídicas. Editorial Temis. 1989. Bogotá, Colombia.

²⁴¹ MAJER, Julio B. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Tomo I b. Pág. 308. Editorial Hammurabi. Buenos Aires. 1989.

Al efecto, prevé el artículo 102 respecto del defensor del imputado que *“si no lo tuviere, el Ministerio Público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.”*

Si el imputado se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquel correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor”.

Debemos tener presente que si la ley prevé a la defensa gratuita de los pobres cesa la obligación de defensa de los pobres de conformidad a lo previsto en el artículo 7° del Código de Ética Profesional.

5. La defensa técnica debe ser ejercida por el defensor de confianza del imputado durante todo el proceso penal

Dispone al efecto el artículo 102 que *“desde la primera actuación del procedimiento y hasta la completa ejecución de la sentencia que se dictare, el imputado tendrá derecho a designar libremente uno o más defensores de su confianza”.*

6. Las comunicaciones del imputado con su defensor revisten el carácter de secretas

El carácter de secretas de las comunicaciones del imputado con su abogado se encuentra expresamente reconocido en diversos preceptos del CPP.

Respecto del imputado privado de su libertad, establece expresamente el artículo 94 letra f) que éste tendrá el derecho a *entrevistarse privadamente con su abogado* de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto.

Además, en razón del secreto profesional del cual goza el defensor se establece expresamente en el artículo 303 que *los abogados no están obligados a declarar*, puesto que deben guardar el secreto que se les hubiere confiado, pero únicamente en lo que se refiere a ese secreto, y salvo que se les revelare de ese deber por aquel que lo hubiere confiado, y el artículo 220 *impide que se ordene la incautación de los objetos y documentos que se encontraren en poder del defensor.*

Sobre la materia debemos recordar que conforme a lo previsto en el artículo 10 del Código de Ética Profesional guardar el secreto profesional constituye un deber y un derecho del abogado. Es hacia los clientes un deber que perdura en lo absoluto, aun después de que les haya dejado de prestar sus servicios; y es un derecho del abogado ante los jueces, pues no podría aceptar que se le hagan confidencias, si supiese que podría ser obligado a revelarlas. Llamado a declarar como testigo, debe el letrado concurrir a la citación, y con toda independencia de criterio, negarse a contestar las preguntas que lo lleven a violar el secreto profesional o lo expongan a ello.

Debemos tener presente en cuanto al alcance del secreto profesional, que conforme al artículo 11 del Código de Ética Profesional, la obligación de guardar el secreto profesional abarca las confidencias hechas por terceros al abogado, en razón de su ministerio, y las que sean consecuencia de pláticas para realizar una transacción que fracasó. El secreto cubre también las confidencias de los colegas. El abogado, sin consentimiento previo del confidente, no puede aceptar ningún asunto relativo a un secreto que se le confió por motivo de su profesión, ni utilizarlo en su propio beneficio.

Finalmente, en cuanto a la extinción de la obligación de guardar el secreto profesional debemos tener presente que conforme a lo dispuesto en el artículo 12 del Código mencionado, el abogado que es objeto de una acusación de parte de su cliente o de otro abogado, puede revelar el secreto profesional que el acusador o terceros le hubieren confiado, si mira directamente a su defensa. Cuando un cliente comunica a su abogado la intención de cometer un delito, tal confidencia no queda amparada por el secreto profesional. El abogado debe hacer las revelaciones necesarias para prevenir un acto delictuoso o proteger a personas en peligro.

No obstante lo anterior, no se contempla limitación alguna respecto de la interceptación de comunicaciones telefónicas del imputado con su defensor, ni se regulan las comunicaciones de datos por vías alámbricas o inalámbricas, las cuales podrían llegar a sostenerse que no se encuentran amparadas por el secreto profesional, lo que debilitaría seriamente la privacidad que debe existir en las comunicaciones entre el imputado y su defensor.

7. El defensor es independiente para los efectos de ejercer su defensa

El artículo 104 dispone que *“el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal”*.

Con la adopción de esta conducta el abogado no se encuentra más que cumpliendo con lo previsto en el artículo 25 del Código de Ética Profesional, según el cual es deber del abogado para con su cliente servirlo con eficacia y empeño para que haga valer sus derechos, sin temor a la antipatía del juzgador, ni a la impopularidad. No debe, empero, supeditar su libertad ni su conciencia ni puede exculparse de un acto ilícito, atribuyéndolo a instrucciones de su cliente.

8. El defensor es libre para los efectos de asumir y continuar con el ejercicio de una defensa

El artículo 106 señala que *“la renuncia formal del defensor no lo liberará de su deber de realizar todos los actos inmediatos y urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado”*.

En el caso de renuncia del defensor o en cualquier situación de abandono de hecho de la defensa, el tribunal deberá designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza. Con todo, tan pronto este defensor hubiere aceptado el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal.

Sobre la materia debemos tener presente que el artículo 6º del Código de Ética Profesional dispone que un abogado no deberá hacerse cargo de un asunto sino cuando tenga libertad moral para dirigirlo, y el artículo 8º de dicho Código contempla que el abogado es libre para hacerse cargo de la defensa de un acusado, cualquiera sea su opinión personal sobre la culpabilidad de éste; pero habiéndola aceptado, debe emplear en ella todos los medios lícitos. Finalmente, el artículo 30 del Código de Ética Profesional dispone que una vez aceptado el patrocinio de un asunto, el abogado no podrá renunciarlo sino por causa justificada sobreviniente que afecte su honor, su dignidad o su conciencia, o implique incumplimiento de las obligaciones morales o materiales del cliente hacia el abogado o haga necesaria la intervención exclusiva de personal especializado.

9. El defensor debe abstenerse de efectuar declaraciones durante el juicio

Al efecto, dispone el artículo 321 que el tribunal oral puede disponer excepcionalmente y por resolución fundada que “ni los fiscales, ni los demás intervinientes y sus abogados podrán entregar información o formular declaraciones a los medios de comunicación social durante el desarrollo del juicio”.

La referida norma es coincidente con lo previsto en el artículo 14 del Código de Ética Profesional, la cual prevé que el abogado no podrá dar a conocer por ningún medio de publicidad escritos o informaciones sobre un litigio subjudice, salvo para rectificar cuando la justicia o la moral lo demandan. Concluido un proceso, podrá publicar los escritos y constancias de autos y comentarios en forma respetuosa y ponderada. Lo dicho no se refiere a las informaciones o comentarios formulados con fines exclusivamente científicos en revistas profesionales conocidas, los que se regirán por los principios generales de la moral, se omitirán los nombres si la publicación puede perjudicar a una persona, como cuando se tratan cuestiones de estado civil que afectan la honra.

10. El defensor es responsable civil, penal y disciplinariamente de las acciones dolosas y negligentes en que incurra en su defensa

El defensor puede ser demandado civilmente si incurre en una actuación dolosa o negligente en el ejercicio de la profesión, porque ello importa el incumplimiento de un contrato de prestación de servicios de conformidad con las reglas generales. Además de conformidad a lo previsto en el artículo 50 del CPP, *los fiscales, los abogados y los mandatarios de los intervinientes en el procedimiento no podrán ser condenados personalmente al pago de las costas, salvo los casos de notorio desconocimiento del derecho o de grave negligencia en el desempeño de sus funciones, en los cuales se les podrá imponer, por resolución fundada, el pago total o parcial de las costas*. Debemos recordar que el artículo 28 del Código de Ética Profesional dispone sobre la materia que el abogado debe adelantarse a reconocer la responsabilidad que le resultare por su negligencia, error inexcusable o dolo, allanándose a indemnizar por los daños y perjuicios ocasionados al cliente.

Además, debemos recordar que el abogado es responsable penalmente por los delitos de abuso malicioso de su oficio, perjudicando a su cliente o descubriendo sus secretos conforme a lo previsto en el artículo 231 del Código Penal, y por el patro-

cinio simultáneo de partes contrarias en el mismo juicio conforme a lo previsto en el artículo 231 del Código Penal. Para evitar el patrocinio de partes contraria en el mismo negocio se regula específicamente la situación de las defensas incompatibles en el artículo 105 del CPP.

Finalmente, el defensor puede ser sancionado disciplinariamente por el tribunal conforme a las reglas generales previstas en los artículos 530 y 531 del Código Orgánico de Tribunales. Sin perjuicio de ello, se contempla expresamente en el artículo 287 del CPP que *“la ausencia injustificada del defensor o del respectivo fiscal a la audiencia del juicio oral o a alguna de sus sesiones, si se desarrollare en varias, se sancionará con suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses. En idéntica pena incurrirá el defensor o fiscal que abandonare injustificadamente la audiencia que se estuviere desarrollando.*

El tribunal impondrá la sanción después de escuchar al afectado y recibir la prueba que ofreciere, si la estimare procedente.

No constituirá excusa suficiente la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales que realizar en la misma oportunidad en que se hubiere producido su inasistencia o abandono”.

3.3. Derecho a la presunción de inocencia

El principio de la inocencia o también denominado como de no culpabilidad²⁴² consiste en que toda persona es inocente y así debe ser tratada mientras no se declare por una sentencia judicial firme su culpabilidad.

Este principio constituye, en consecuencia, uno de los pilares del sistema acusatorio, sin perjuicio de lo cual nuestra constitución no lo consagra en forma expresa y explícita.²⁴³

Cuestión distinta es lo que ocurre en los diversos instrumentos internacionales, en los que el derecho a la presunción de inocencia se encuentra expresamente consagrado

²⁴² V. gr. BINDER, *Introducción al derecho procesal penal*. Pág. 122, 2ª edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999. Pág. 122.

²⁴³ Que, a propósito del citado principio de inocencia, esta Magistratura (Rol 739-2007) ha señalado que *“la Constitución Política no lo consagra explícitamente, pero parte de la doctrina lo deduce indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas. En tratados internacionales sobre Derechos Humanos suscritos y ratificados por Chile sí aparece reconocido formalmente. La Convención Americana sobre Derechos Humanos –“Pacto de San José de Costa Rica”–, en el artículo 8.2, dispone que “toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad” y que “durante el proceso toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas” que enuncia.*

A su vez, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el artículo 14.2, reitera 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”. Tribunal Constitucional, sentencia de 13 de mayo de 2008, Rol N° 993-07.

en los diversos tratados internacionales, motivo por el cual —y como hemos reiterado en diversas ocasiones— conforme el artículo 5° de la CPR, constituye un deber del Estado su respeto y promoción.

En primer término la Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su artículo 11:

1. Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

La Convención Americana de Derechos Humanos dispone en el numeral 2 del artículo 8 que *“Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.”*, y en los mismos términos el N° 2 del artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos 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.”*

Por su parte en el CPP la garantía de la presunción de inocencia constituye uno de los principios básicos²⁴⁴, a cuyo efecto dispone el artículo 4° *“Presunción de inocencia*

²⁴⁴ En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados sobre el proyecto de nuevo Código, se analiza el principio de inocencia poniendo especial énfasis en las medidas cautelares que se pueden adoptar en virtud de él durante el curso del proceso penal recogiendo que *“El fundamento de este principio, que el proyecto recoge explícitamente en su artículo 4°, aparece claramente expresado en el mensaje, en los términos que pasan a indicarse.*

Acorde con él, el imputado debe ser considerado y tratado como inocente mientras no se acredite su culpabilidad por medio de una sentencia condenatoria firme.

Quien es objeto de un procedimiento criminal en calidad de imputado no debe sufrir, en principio, ningún detrimento respecto del goce y ejercicio de todos sus derechos individuales en tanto éstos no se vean afectados por la imposición de una pena. ...

Entre los principales efectos que habrá de producir la aplicación del principio de inocencia, cabe destacar:

- *La eliminación de todas las formas de prejuzgamiento judicial que impliquen detrimentos provisionales respecto de la persona del imputado;*

- *La aplicación de cualquier medida cautelar personal es excepcional y la normativa que la consagra tiene que ser interpretada en forma restrictiva;*

- *La imposición de medidas cautelares debe ser dispuesta siempre por decisión judicial, y procederán bajo determinadas circunstancias que nunca dejarán al juez impedido de decretarlas, si la penalidad del hecho las justifica;*

- *La carga de la prueba en el proceso recae en el fiscal, por lo cual la persona no debe probar su inocencia.*

- *La supresión del arraigo de pleno derecho, como sucede hoy en día por el hecho de dictarse auto de procesamiento.*

Pese a haber concordancia en cuanto a la validez de este principio, se hizo presente que podría generar serias dificultades durante la substanciación del proceso, particularmente respecto de las medidas cautelares, ya sea por las diversas interpretaciones que suele otorgarse a tal garantía o por el grado de extensión que se le atribuye.

del imputado. Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Es por lo anterior que antes de la dictación de la sentencia firme, el sujeto pasivo no sólo es inocente, por ampararle dicha presunción, sino que debe ser tratado como tal. De acuerdo con ello, no es posible que la prisión preventiva sea considerada como un cumplimiento anticipado de la pena.

Conforme ha señalado el TC²⁴⁵, citando al profesor Juan Colombo “*dicho principio, que más bien se podría referir al “trato de inocente”, importa la obligación de tratar al imputado como si fuera inocente, reduciendo las limitaciones y perturbaciones en sus derechos al mínimo indispensable para el cumplimiento de los fines del proceso. Por ello, las restricciones tienen carácter excepcional y provisional y deben responder a la necesidad de su justificación.*

La llamada “presunción de inocencia” está compuesta de dos reglas complementarias entre sí.

Una primera regla de trato o conducta hacia el imputado, según la cual toda persona debe ser tratada como inocente mientras una sentencia de término no declare lo contrario (nulla poena sine indicio).

Una segunda regla de juicio, en cuya virtud el imputado no debe probar su inocencia, correspondiendo a la parte acusadora acreditar, suficientemente, la existencia del hecho punible y la participación del acusado (in dubio pro reo) ”.

La denominada “presunción de inocencia” no pertenece a la categoría de las presunciones legales o judiciales; obsta para ello la inexistencia de un nexo lógico entre el hecho base y el hecho presumido. Como señala un autor, “es un estado jurídico de una persona involucrada en un proceso penal y debe recogerse como principio orientador en la actividad de investigación y decisión. La inocencia no necesita cumplir con los elementos de la presunción, ya que se trata de la situación jurídica de una persona, que requiere ser desvirtuada por quien la sindicó como culpable”.²⁴⁶

El trato de inocente que debe dársele al imputado implica el reconocimiento de sus derechos y garantías básicas durante la investigación y el juicio, cuestión que el CPP consagra a través de todo su articulado y particularmente en los artículos 93 y 94, derechos que le asisten “desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia”, quien además tiene el

Continuación nota ²⁴⁴

Al margen de lo anterior, se consideró pertinente estudiar este principio en relación con aquellos casos excepcionales en que es posible presumir legalmente la responsabilidad penal.

Lo que se pretende – se aclaró – es que se termine con el hecho de que la persona sometida a proceso y, ahora, la persona a la que se le formulen cargos, vaya automáticamente a prisión preventiva. Lo será sólo en el caso de que el juez estime que concurren los requisitos correspondientes”.

²⁴⁵ Rol N° 993-07, 13 de mayo de 2008.

²⁴⁶ COLOMBO C., Juan. “Constitución y presunción de inocencia”, *Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae*, Año X N° 10, 2006. Págs. 21 y Sgtes.

derecho a declarar en cualquier momento, constituyendo su declaración un medio de defensa respecto de la imputación que se le efectuare, tal como consagra el artículo 98. Por otro lado, también como manifestación de este mismo principio, y como forma de hacerla efectiva, es que la investigación que puede dirigir el Estado a través de sus agentes no es ilimitada en el tiempo, sino temporal, teniendo una duración máxima legal (de 2 años contados desde la formalización de la investigación), sin perjuicio de la fijación de un plazo judicial menor.

En segundo lugar, el principio de la no culpabilidad requiere para que pueda condenarse a una persona que se construya a lo largo del proceso la culpabilidad por los medios de prueba que se rindan, fundamentalmente en un juicio oral. La construcción de esta culpabilidad se debe verificar a través de pruebas lícitas, debiendo descartarse por ello todas las probanzas que sean contrarias a la ley, como una declaración del acusado prestada bajo tortura, una indebida interceptación telefónica, una entrada y registro a un domicilio ilegal.²⁴⁷

En tercer lugar, en el proceso penal no cabe considerar el concepto de carga de la prueba en el sentido de beneficio jurídico como consecuencia de la realización de un supuesto en el logro del propio interés²⁴⁸, puesto que siempre existe un único sujeto que debe construir la culpabilidad del acusado, no siendo éste otro que el Estado, a través del Ministerio Público, y quienes coadyuvan con él, como los querellantes, para los efectos de hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado. Desde esta perspectiva es al Estado a quien corresponde acreditar la culpabilidad del acusado, a quien beneficia la presunción de inocencia. Conforme a lo anterior, si el Estado no logra, por los medios de prueba legales, y conforme el estándar probatorio requerido por la ley procesal, destruir la presunción de inocencia o de no culpabilidad del sujeto pasivo, deberá necesariamente absolversele. En el proceso penal no cabe la absolución de la instancia, puesto que sólo cabe emitir el juicio de inocente o de culpable.

Como veremos oportunamente, el estándar de convicción establecido en nuestro actual sistema para la destruir la presunción de inocencia que beneficia al acusado es el de la convicción "*más allá de toda duda razonable*", consagrada en el artículo 340.

Ahora bien, la presunción de inocencia no constituye una prohibición para el establecimiento de cautelas necesarias durante el procedimiento, que restrinjan o limiten la libertad del imputado o acusado. El trato de inocente que merece el sujeto

²⁴⁷ En este sentido, se ha señalado por la Excma. Corte Suprema que es la prueba legalmente obtenida, explicada racionalmente y sometida a la pertinente contradicción, la que permitirá destruir la inocencia que durante todo el juicio acompaña a los enjuiciados. Corte Suprema. 13.7.2004. *Revista Procesal Penal* N° 25. Págs. 17 y Sgtes. Septiembre 2004.

²⁴⁸ Para Couture la carga de la prueba u *Onus Probandi* es "*aquella cuyo reconocimiento consiste en poner a cargo de un litigante la demostración de verdad de sus proposiciones de hecho; cuya facultad consiste en la posibilidad de no hacerlo, sin que de ello se derive responsabilidad ni se incurra en sanción; y cuyo gravamen consiste en que, no habiéndose producido la prueba respectiva, las proposiciones de hecho no serán admitidas como exactas*".

pasivo durante la investigación y el juicio mismo, no excluyen la eventual aplicación de medidas de seguridad, cautelares respecto de la persona, pero éstas sólo se encuentran al servicio del procedimiento²⁴⁹, sin que puedan constituirse en mecanismos anticipatorios de los efectos de la eventual condena. Las finalidades y alcances de la medidas cautelares personales durante el procedimiento se encuentran expresamente reconocidas en nuestra legislación en el artículo 122 al disponer que “*Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación*”.

Por su parte podemos decir también que la presunción de inocencia se vincula estrechamente con otros dos principios: el de *in dubio pro reo* y la prohibición del establecimiento de presunciones de derecho de responsabilidad penal.

El fundamento último del principio *in dubio pro reo* radica en la preferencia de la absolución de un culpable al riesgo de condenar a un inocente. De esta manera, el juzgador debe absolver si no tiene la certeza proporcionada por la actividad probatoria realizada con las suficientes garantías acerca de la culpabilidad.

La prohibición de establecimientos de presunciones de derecho sobre la responsabilidad penal se encuentra recogida en el inciso 6° del numeral tercero del artículo 19 de la CPR. El TC ha señalado al respecto²⁵⁰ “*Que la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal constituye “un principio que es concreción de la dignidad de la persona humana, consagrada como valor supremo en el artículo 1° de la Constitución Política, y del derecho a la defensa en el marco de un debido proceso, en los términos que reconoce y ampara el artículo 19 N° 3 de la Ley Fundamental”, como esta Magistratura sentenció en fallo recaído sobre la causa Rol N° 519-2006. Acercándonos a la especie, la prohibición señalada representa un soporte sustancial a gran parte de las garantías de la doctrinariamente bien llamada igualdad ante la justicia que en nuestro ordenamiento adoptó la peculiar denominación “igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”, dando sustento a la presunción de inocencia en materia penal, de unánime reconocimiento doctrinario, legislativo y jurisprudencial*”.

Finalmente, debemos señalar que no puede dejar de llamar profundamente la atención que en un sistema acusatorio, como el establecido actualmente en Chile, que tiene como base el respeto por parte del Estado de los derechos de la persona humana, y en particular el principio de inocencia, no se haya efectuado modificación alguna

²⁴⁹ El Mensaje del Ejecutivo del proyecto de Ley sobre nuevo CPP expresamente señala que “...a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieren afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, para proteger a las víctimas...”.

²⁵⁰ Rol 825-07-INA. Santiago, 6 de marzo de 2008.

respecto de la norma que contempla la responsabilidad del Estado respecto de quien hubiere sido sometido a proceso en forma injustificada o arbitraria, respecto de lo cual nos abocamos en el apartado pertinente.

3.4. *Derecho a una sentencia fundada*

La convicción que el tribunal tiene que formarse en cuanto a los hechos nunca puede ser arbitraria, sino que ella debe ser fundada en virtud del Principio de la Socialización de la Sentencia, el cual obliga al tribunal a fundar la sentencia condenatoria en torno a los hechos, de manera tal que toda persona pueda llegar al convencimiento de la legitimidad del fallo por haberse alcanzado el estándar de convicción “de más allá de toda duda razonable” que se exige para tal efecto.

Como nos señala Taruffo, la mayoría de los ordenamientos procesales han adoptado una concepción racional de la decisión al imponer al juez la obligación de motivar sus decisiones dicha obligación se toma en serio y no se piensa que pueda satisfacerse con motivaciones ficticias, se obliga al juez a exponer en su motivación las *razones* que justifican su decisión. Básicamente, el juez tiene que racionalizar el fundamento de su decisión estructurando los argumentos (las “buenas razones”) en función de los cuales la misma puede resultar *justificada*: la motivación es, por lo tanto, un *discurso justificativo* constituido por argumentos racionales. Naturalmente, eso no excluye que en dicho discurso existan aspectos de carácter retórico- persuasivo, pero serán en todo caso secundarios y no necesarios. En realidad, el juez no debe persuadir a las partes o a los demás sujetos, de la eficacia de su decisión: lo que hace falta es que la motivación justifique la decisión sobre bases racionales.

La función endoprocesal de la motivación de la sentencia está encaminada a facilitar la impugnación y el juicio sobre la impugnación.²⁵¹

Marina Gascón precisa que “el instrumento jurídico enderezado a garantizar que el poder actúe racionalmente y dentro de unos límites es la motivación, que representa” el signo más importante y típico de la “racionalización” de la función judicial. La motivación es *justificación*, exposición de las razones que el órgano en cuestión ha dado para mostrar que su decisión es correcta y aceptable, y constituye así una exigencia del Estado de Derecho, en cuanto modelo de Estado enemigo de la arbitrariedad del poder. Por ello no es casual que una de las obras teóricas sobre los límites del poder más estimulantes de los últimos tiempos, el libro tantas veces citado de L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, atribuya a la motivación el valor de garantía de cierre de un sistema que se pretenda racional. Como tampoco es usual que una gran parte de los esfuerzos realizados en las últimas décadas desde la teoría del Derecho hayan girado sobre este punto.²⁵²

²⁵¹ TARUFFO, Michele. *Consideraciones sobre la prueba judicial. Consideraciones sobre prueba y motivación*. Págs. 37 y 38. Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Madrid. 2009.

²⁵² GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. Pág. 191. Marcial Pons. 2004. Ediciones Jurídicas Sociales. Madrid-Barcelona.

Dentro del proceso nacional el tribunal, para dictar una sentencia, requiere necesariamente establecer en forma clara y perentoria los hechos sobre los cuales se aplica el derecho para la resolución del conflicto.

En la ley procesal nacional se establece, tanto en materia civil como en materia penal, la obligación del Juez de expresar los fundamentos fácticos de la decisión del conflicto que se contiene en la sentencia.

En el proceso penal, el artículo 36 del CPP contempla como principio general y obligatorio la fundamentación de todas las resoluciones judiciales, con la sola excepción de aquellas que se pronuncien sobre cuestiones de mero trámite. Prescribe al efecto ese precepto legal, que *“Fundamentación. Será obligación del tribunal fundamentar las resoluciones que dictare, con excepción de aquellas que se pronunciaren sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación expresará sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas.*

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.

En la historia de la ley, se dejó expresa constancia que “El proyecto intenta, mediante este principio, evitar la habitual práctica de fundamentar resoluciones judiciales sólo en términos formales, lo que produce, por una parte, un alto grado de insatisfacción en la ciudadanía al no cumplirse con el efecto socializador propio de las sentencias judiciales y, por otra, impide a las partes comprender la razón de lo decidido. Esto permite, a la vez, la creación de una jurisprudencia que determine de manera clara los parámetros de interpretación de las normas jurídicas. El respeto de este principio hará que la eficacia de las resoluciones judiciales encuentre apoyo en una adecuada fundamentación de los motivos y consideraciones tenidas a la vista para resolver en un determinado sentido”.²⁵³

Tratándose de la decisión o veredicto que debe pronunciarse al término de la audiencia del juicio oral, prescribe el artículo 343 que *“Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, de conformidad a lo previsto en el artículo 339, la sentencia definitiva que recayere en el juicio oral deberá ser pronunciada en la audiencia respectiva, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputaren, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones”.*

Respecto de la redacción de la sentencia definitiva que deberá efectuarse dentro de los términos previstos por el legislador, prescribe el artículo 342 que *“la sentencia definitiva contendrá: a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identi-*

²⁵³ 1º Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo principio de “Obligación de fundamentar las resoluciones de los tribunales, entendiendo que la simple relación de documentos o de determinadas actuaciones no cumple con dicha exigencia”.

cación del acusado y la de el o los acusadores; b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclamare en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado; c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieran por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297; d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo; e) La resolución que condenare o absolviera a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les hubiere atribuido; la que se pronunciare sobre la responsabilidad civil de los mismos y fijare el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar; f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y g) La firma de los jueces que la hubieren dictado. La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por éste, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia señalará el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención.

En el proceso penal se contempla la procedencia del recurso de nulidad, por medio del cual se puede perseguir la invalidación de la sentencia definitiva pronunciada si ella no cumple con los requisitos de forma contemplados por la ley en cuanto a la fundamentación y decisión del asunto, prescribiendo al efecto el artículo 374 en su letra e) que: El juicio y la sentencia serán siempre anulados: e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).

Por otra parte, es menester tener presente que el recurso de nulidad también es procedente conforme a lo previsto en el artículo 373 por la infracción de la ley, el cual prevé al efecto, que “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 que se encuentren vigentes, y b) Cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

3.5. *Non bis in idem*²⁵⁴ o prohibición de la persecución penal múltiple

El principio del *non bis in idem* o de la cosa juzgada en el proceso penal se relaciona con la prohibición de la persecución penal múltiple, simultánea o sucesiva, en contra de un mismo sujeto, respecto de un mismo hecho. En la CPR no se encuentra tampoco expresamente reconocida esta garantía, aunque sí en los diversos tratados

²⁵⁴ Expresión latina que podría traducirse como “no dos veces sobre lo mismo”. Sobre el particular, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *El principio non bis in idem*. Dykinson 2004. Madrid. 2004.

internacionales, al señalarse por la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8º N° 4 que *“El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”*, y en el PICDP en el numeral 7 del artículo 14 que *“Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”*.

El CPP en el inciso 2º de su artículo 1º recoge este principio básico, al señalárenos que la persona condenada, absuelta o sobreseída definitivamente por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

La “identidad” requerida en materia penal respecto de la persecución penal, para efectos de impedir que dos o más procesos simultáneos o sucesivos se desarrollen para sancionar a una persona determinada, se relaciona tanto el elemento subjetivo del proceso, es decir con la “persona”, como con el elemento objetivo del mismo, es decir, con el “hecho”. El primero de los elementos constitutivos no representa mayores inconvenientes de determinación en sede penal, dado que el proceso penal es un juicio al “ser”, motivo por el cual la identidad requerida es de aquella de orden físico. El sujeto pasivo no puede ser uno mismo, físicamente, en dos procesos penales.

El elemento objetivo dice relación con el hecho y no con la calificación jurídica que sobre éste ha de realizarse. De esta manera una persona que ha sido objeto de un proceso por el delito de robo, no puede serlo simultánea o posteriormente por el delito de hurto. En ambos casos el “hecho” es el mismo y existiendo identidad, el *non bis in idem* constituye una garantía al encontrarse proscrita dicha persecución penal múltiple. Cuestión distinta es la que se presenta cuando un mismo hecho puede generar responsabilidades de distinta naturaleza, por ejemplo, administrativa y penal.

Una interrogante surge en esta materia al tratar de responder en qué situación procesal debe encontrarse el sujeto pasivo para que le ampare la garantía de la prohibición de la persecución penal múltiple. La norma del CPP nos refiere a que la persona condenada, absuelta o sobreseída por sentencia ejecutoriada goza de tal garantía procesal respecto de un nuevo proceso penal, pero de que magnitud debe ser la actuación en la eventual nueva investigación para que ella opere. Conforme opinan los profesores Horvitz y López²⁵⁵, citando a Maier²⁵⁶, basta que se trate del mismo *imputado* en una y otra persecución penal desde que *“La referencia al imputado resulta, en todo caso, determinante, ya que implica la afirmación de que la garantía se activa por la mera imputación”*. Considerando que las facultades, derechos y garantías que la ley consagra respecto del imputado, pueden ser ejercidas por éste desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra según lo dispone el artículo 7º, la garantía del *non bis in idem* será infringida por cualquier diligencia o actuación, ya

²⁵⁵ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Ob. cit. Pág. 88.

²⁵⁶ MAIER, Ob. cit. Pág. 377.

sea de investigación, cautelar o de otra especie, realizada por los agentes policiales, el Ministerio Público o por o ante cualquier tribunal con competencia penal, si la persona fue juzgada con anterioridad

Por su parte, y también en aplicación del mismo principio del *non bis in idem*, respecto de las sentencias penales extranjeras, se dispone en el artículo 13 que éstas tendrán valor en Chile, motivo por el cual nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual hubiere sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo a la ley y al procedimiento de un país extranjero, a menos que el juzgamiento en dicho país hubiere obedecido al propósito de sustraer al individuo de su responsabilidad penal por delitos de competencia de los tribunales nacionales o, cuando el imputado lo solicitare expresamente, si el proceso respectivo no hubiere sido instruido de conformidad con las garantías de un debido proceso o lo hubiere sido en términos que revelaren falta de intención de juzgarle seriamente. En tales casos, la pena que el sujeto hubiere cumplido en el país extranjero se le imputará a la que debiere cumplir en Chile, si también resultare condenado.²⁵⁷

3.6. Responsabilidad del Estado por el error judicial²⁵⁸

Establecer la responsabilidad del Estado no parece tarea sencilla. Que dicha responsabilidad logre determinarse con ocasión de errores en que se puede haber incurrido con motivo de la dictación de resoluciones judiciales, tanto mayor.

La responsabilidad del Estado en general se encuentra consagrada en el artículo 38²⁵⁹ de la la CPR, y la responsabilidad por el error judicial, recogida en el artículo 19 N° 7 letra i), el que al efecto dispone:

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare Injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

²⁵⁷ La ejecución de las sentencias penales extranjeras se sujetará a lo que dispusieren los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encontraren vigentes (artículo 13).

²⁵⁸ Véase RONDONI FERNÁNDEZ DÁVILA, Patricio. *Responsabilidad Patrimonial del Estado Juez en Chile*. LexisNexis. 2008.

²⁵⁹ El artículo 38 inciso 2° de la CPR, modificado por la Ley N° 18.825, de 17 de agosto de 1989 establece que “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”. Antes de la modificación constitucional, se disponía que la responsabilidad debía demandarse ante los Tribunales Administrativos que estableciera la ley, los que, a la fecha, no han sido creados. Consecuentemente la responsabilidad del Estado corresponde a los tribunales ordinarios.

Esta norma encuentra su origen en el “Acta Constitucional” N° 3 ²⁶⁰ (contenida en el D.L. N° 1.552, de 13 de septiembre de 1976), que posteriormente fue incluida en la CPR de 1980, sin modificaciones.²⁶¹

Los supuestos y condiciones que la norma constitucional prevé, a efectos de hacer efectiva dicha responsabilidad son por el error judicial son:

a) El Estado es responsable, tanto de los perjuicios morales como patrimoniales causados.

b) Para determinar su procedencia, intervienen dos tribunales diferentes. En primer lugar, la Corte Suprema, que debe calificar la decisión judicial cuestionada como “injustificadamente errónea o arbitraria”.

Una vez que dicho máximo tribunal ha emitido este pronunciamiento favorable, el particular afectado puede demandar al Fisco. En caso contrario, no se puede accionar civilmente contra el Estado.

c) Se establece expresamente que no todos los actos judiciales son susceptibles de dar origen a la indemnización, en el evento de ser calificados como erróneos o arbitrarios: En primer término se limitó la procedencia sólo a procesos de carácter penal y no de otro tipo. Luego, se limitaron las resoluciones judiciales susceptibles de dar origen a esta responsabilidad, siendo éstas sólo las sentencias condenatorias y aquellas que “someten a proceso” a la persona, excluyéndose otras como la detención ²⁶².

Tratándose de la sentencia condenatoria, hemos de indicar que es procedente cualquiera sea ésta, ya de primera o segunda instancia o bien que resuelva algún recurso, cuando, finalmente, en el mismo proceso a través de los recursos o fuera de él mediante una acción judicial extraordinaria, sea dejada sin efecto. Así debe entenderse de la expresión utilizada por el constituyente “...en cualquier instancia...”.

Por otro lado, es también procedente respecto de las resoluciones que “someten a proceso” a la persona, en cuya consideración se tuvo en cuenta tanto los efectos procesales y extraprocesales que generaba el “auto de procesamiento”, principalmente la prisión preventiva, y la privación de sus derechos ciudadanos, como el hecho de que esta resolución era dictada por el mismo juez, que luego dictaba sentencia en el proceso.

Teniendo en cuenta estos efectos, con justa razón se consideró que la resolución que encarga reo, constituía una decisión estatal de tal gravedad, que si podía ser

²⁶⁰ Ver las sesiones N°s. 106, 114, 118, 119, 120, 122, 123 y 124 de las Actas de la Comisión de Estudio. Estudio de la Nueva Constitución, celebradas entre el 13 de marzo y el 27 de mayo de 1975.

²⁶¹ En la Constitución de 1925, se consagraba un precepto que establecía que “*Todo individuo a favor de quien se dictare sentencia absolutoria o se sobreseyere definitivamente tendrá derecho a indemnización, en la forma que determine la ley, por los perjuicios efectivos o meramente morales que hubiere sufrido injustamente*”. La ley en cuestión nunca fue dictada.

²⁶² Sobre las razones para la exclusión de la detención de los supuestos indemnizables, ver CAROCCA, “Reparación de los errores judiciales”, Memoria de Prueba, Universidad Católica de Valparaíso, 1985. Págs. 155 y Sgtes.

calificada de errónea o arbitraria, necesariamente obligaba al Estado a reparar los perjuicios causados²⁶³.

d) Los motivos originadores de la responsabilidad, lo son tanto la resolución judicial errónea como la resolución arbitraria.

La primera se produce cuando la resolución es consecuencia de una equivocación ostensible y manifiesta del juez, pero sin mala fe de su parte. El error en este caso es "grueso", "craso", "grave", "categórico", "manifiesto"²⁶⁴. Arbitrario, por el contrario conforme el diccionario de la RAE es "el acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes, dictado sólo por la voluntad o el capricho", concepto que los integrantes de la Comisión de Estudio de la nueva Constitución tuvieron a la vista.

La resolución errónea, en consecuencia, es aquella dictada, de buena fe, pero que posteriormente se descubre no debió haberse pronunciado si se hubieran considerado debidamente los antecedentes de hecho y de derecho aplicables al proceso, en cambio, arbitraria es la resolución judicial carente de justicia o razón. El primer tipo de resolución está exenta de mala fe, en cambio la segunda implica una conducta generalmente dolosa, realizada incluso con negligencia inexcusable, razón por la que da origen a otro tipo de responsabilidad, generalmente de tipo penal ministerial. A este efecto, el Código Penal tipifica diversas conductas de los jueces que constituyen el delito de prevaricación.²⁶⁵

Ahora bien, no basta con que la sentencia condenatoria penal o el auto de procesamiento librado, y posteriormente revocado, sea errónea o arbitraria²⁶⁶, sino que aquélla debe ser calificada por la Corte Suprema como "injustificadamente", tal, y es en esta fase, en que todo el carácter restrictivo de la indemnización judicial por el error o la arbitrariedad se manifiesta, desde que no sólo debe reconocerse tal error o arbitrariedad dentro del mismo Poder Judicial, sino porque la tendencia a reconocer la responsabilidad del Estado, en general, es relativamente reciente entre nosotros.

e) Finalmente, la determinación del monto de la reparación, cumplidos los supuestos previos, se concreta en una segunda etapa, tramitada esta vez en juicio sumario, apreciándose la prueba en conciencia. Debe señalarse que en este proceso posterior, no se podrá debatir sobre la procedencia de la obligación del Estado de indemnizar por el error judicial, sino que únicamente sobre el monto de la indemnización.

A favor de la regulación constitucional, hemos de decir que ésta es autosuficiente, en términos que no requiere la dictación de una ley complementaria, a diferencia de lo ocurrido bajo la Constitución de 1925. Para regular el procedimiento de las solicitudes

²⁶³ Sobre esta materia, ver CAROCCA, "Reparación de los errores judiciales", Memoria de Prueba. Universidad Católica de Valparaíso, 1985. Págs. 175 y ss. En el mismo sentido, HERNÁNDEZ EMPARANZA, Domingo. *Error judicial: ensayo de interpretación constitucional*, 1999.

²⁶⁴ GUZMÁN, Jaime, en actas de Sesión 119.

²⁶⁵ Artículos 79 de la CPR, 324 y siguientes COT, 223 y siguientes Código Penal.

²⁶⁶ La Corte Suprema ha tendido a considerarlas comprendidas como una sola hipótesis, exigiendo en consecuencia que la resolución sea errónea y arbitraria.

de declaración de ser injustificadamente erróneas o arbitrarias las sentencias o autos de procesamiento, la Corte Suprema dictó el Auto Acordado de la Corte Suprema, de 10 de abril de 1996.

No resulta difícil comprender lo dificultoso del procedimiento y, más aún, las escasísimas situaciones en que dicha indemnización se ha otorgado²⁶⁷⁻²⁶⁸, cuestión a lo que debe agregarse actualmente lo desajustado del texto constitucional respecto del proceso penal vigente, que no contempla el procesamiento como acto de aquél, y por ende como fuente de eventual responsabilidad. Desde esta perspectiva, ni la formalización de la investigación, ni la acusación que realiza el Ministerio Público resultan ser equiparables a la sentencia interlocutoria por la cual se sometía a procesamiento bajo el sistema inquisitivo del Código de Procedimiento Penal, por lo que no cabría, bajo los términos del texto constitucional, requerir la declaración de injustificadamente erróneas o arbitrarias de aquéllas, a efectos de impetrar la responsabilidad en los términos actualmente regulados, desde que éstos no constituyen actuaciones judiciales, sino actos emanados de un órgano público diferente, que no ejerce funciones jurisdiccionales. Consecuentemente, el único acto jurisdiccional que cabría actualmente servir de fundamento a la responsabilidad por el error o arbitrariedad, es precisamente la sentencia condenatoria.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que tratándose de la responsabilidad civil de los fiscales del Ministerio Público, el artículo 5° de su LOC dispone que *"El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público"*. No aplicó la ley respecto de estos funcionarios el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado, sentado en el artículo 4° de la Ley de Bases de Administración del Estado, sino el mismo aplicable para la indemnización

²⁶⁷ Conforme indica el profesor Carocca en "Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado caso del puente "la calchona", los casos en que se habría impetrado esta responsabilidad de Estado sería del orden del centenar, en tanto que aquellos en los que se habría indemnizado efectivamente, no más de 4. Según el mismo autor *"El primer caso en que efectivamente se hizo uso del precepto constitucional, fue el llamado caso del profesor Stephens, a quien como jurado en un conocido concurso de televisión de la época, se le acusó de haber dado conocimiento previo de las preguntas a algunos participantes y aunque fue sometido a proceso, finalmente fue absuelto. La sentencia fue publicada en Gaceta Jurídica N° 43, año 1984. No obstante, existe un caso anterior, "Rodríguez con Fisco", terminado en 1983, aunque se demandó sin haber impetrado el pronunciamiento previo de la Corte Suprema, razón por la que fue rechazado. La sentencia está publicada en Boletín de Derecho Público, N° 19, 1983, pp. 11 y ss.* En el mismo sentido el profesor Domingo Hernández en la obra citada, da cuenta que al año 1999, de 40 sentencias pronunciadas por la Corte Suprema, sólo 3 habían prosperado, citando las causas "Salinas Gómez, Raúl, CS, 14 de noviembre de 1985", publicada en RDJ, T LXXXII-3, 2ª parte, secc IV, pág. 254 (con 4 votos disidentes); "Araya Molina, Eugenio", CS 25 de julio de 1989, publicada en RDJ, T LXXXVI-2, 2ª parte, secc. V, pág. 85, y "Vega Rojas, Jorge del C." de 5 de diciembre de 1990 publicada en RDJ, T LXXXVII-3, 2ª parte, secc. V, pág. 184 (con 5 votos disidentes).

²⁶⁸ En el mismo sentido VERDUGO, Pfeffer, *Derecho Constitucional*, Tomo I. Págs. 246 y Sgtes.

del error judicial, correspondiendo, sin embargo, que esa declaración de “injustificadamente errónea o injustificada”, sea efectuada por el tribunal correspondiente de acuerdo a las reglas generales, y no por la Corte Suprema.

Sin perjuicio de lo señalado, el limitado y restrictivo alcance del derecho a ser reparado por los errores judiciales contemplado en nuestra Constitución debe ser complementado actualmente con las disposiciones contenidas en los tratados internacionales que reconocen el derecho a ser indemnizado por tales errores como un derecho humano, el que a su vez Chile se encuentra obligado a respetar y promover, en especial el artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Así, la Convención Americana de Derechos Humanos contempla expresamente en su artículo 10 el derecho a la indemnización al disponer que “*Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial*”. En el mismo sentido, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que “*Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido*”. Este mismo instrumento contempla en su numeral 9.5 el derecho a obtener reparación también por parte de las personas detenidas ilegalmente.

La regulación de la responsabilidad del Estado por el error judicial, especialmente en el proceso penal, es una materia pendiente de asumirse y regularse en forma orgánica y coherente, puesto que la modificación del artículo 19 N° 7 letra i), fue la única materia respecto de la cual no se alcanzó acuerdo en la reforma introducida por la Ley N° 20.050 y se halla ella desfasada en relación con el actual sistema procesal penal.

Dicha omisión resulta de una imperiosa necesidad ser salvada a la brevedad, no sólo para resguardar los derechos del imputado afectado por el error judicial, sino que también para proteger adecuadamente los intereses del Estado. En efecto, no resulta posible de entender que puedan concurrir tres tipos de responsables y de distintas regulaciones para hacerla efectiva por actuaciones dolosas o negligentes, como acontecería si se quisiera perseguir la responsabilidad civil del Estado por actuaciones que en un mismo proceso hubieren realizado los Jueces, el Ministerio Público y la Defensoría Pública.

CAPÍTULO SEGUNDO LOS SUJETOS PROCESALES

*Frente al utilitarismo de la mayoría no desviada,
el paradigma del derecho penal mínimo cifra la
justificación del derecho penal en su papel de ley del
más débil como a la alternativa de la ley del
más fuerte que regirá en su ausencia no, por tanto,
en la defensa social, genéricamente, sino en la
defensa del más débil, que en momento del delito es
la parte ofendida, en el momento del proceso es el
imputado y en el de la ejecución es el reo.¹*

I. REGULACIÓN

El Código Procesal Penal regula en el Título IV de su Libro I a los sujetos procesales: el Tribunal; el Ministerio Público; la Policía; el Imputado; el Defensor; la Víctima y el Querellante. Adicionalmente, el tribunal es regulado por el Código Orgánico de Tribunales; y por otra parte, el Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública se reglamentan en sus respectivas leyes orgánicas².

Debemos hacer presente que existe una diferencia entre los intervinientes contemplados en el artículo 12, respecto de los sujetos procesales regulados en el Título IV del Libro I.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 12, para los efectos regulados en el CPP, se considerará intervinientes en el procedimiento al fiscal, al imputado, al defensor, a la víctima y al querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas. Los sujetos procesales regulados en los artículos 69 y siguientes, además de los intervinientes mencionados incluyen al tribunal y la policía.

En consecuencia, debe considerarse la utilización de tres conceptos que difieren en cuanto a su alcance, como son los de sujetos procesales, intervinientes y partes.

Por *sujetos procesales* entendemos a todos aquellos que tienen derecho a participar en relación con la persecución penal, sin que se vincule ello con la pertenencia de la pretensión punitiva.

Por *interviniente* se considera a quienes la ley les reconoce su derecho a intervenir dentro del proceso penal desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas por encontrarse relacionados activa o pasivamente con el hecho punible. En este sentido, se nos indica que los intervinientes son aquellas personas con facultades de actuación en

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Pág. 194. Editorial Trotta. 2008. Madrid.

² LOC N° 19.640 y N° 19.718, respectivamente.

el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima que no ha deducido querella”.³

En consecuencia, es el legislador quien le confiere el derecho de intervenir a dichas personas dentro del proceso penal, ya sea porque han realizado una actuación para hacerse parte dentro del mismo como el querellante, o porque el legislador le permite ejercer sus facultades por la relación que presentan en relación con el hecho punible como ocurre con la víctima, el imputado y el defensor.

Finalmente, nos encontramos con el concepto de parte, el que no tiene gran aceptación dentro del proceso penal en atención a que nos encontramos en presencia del Ministerio Público quien no actúa para la protección de intereses particulares, sino de la comunidad en general, correspondiéndole por ello actuar con un criterio objetivo y velar por la correcta aplicación de la ley penal, aun cuando con ello se beneficie el imputado. Además, a algunas personas se reconocen derechos para intervenir en el proceso por el legislador por la vinculación que tienen con el hecho punible, independientemente que realicen actuaciones procesales, como acontece con la víctima. Sin embargo, el concepto de parte resulta útil para precisar claramente algunos conceptos.

El juez nunca podrá ser parte activa ni pasiva, porque si así aconteciera se violaría uno de los principios básicos del debido proceso.

El proceso penal requiere de la presencia física de dos partes, como son quien sustenta la pretensión punitiva, que lo será el Ministerio Público y el querellante que coadyuva a dicho órgano en los procesos de acción penal pública y en los casos en que lo admite la ley y, por otra parte, quien lucha por su libertad ante la imputación como lo será el acusado. Estas personas, que son las partes en el proceso penal y como tal pueden actuar en el proceso realizando los actos procesales de postulación y prueba que contempla la ley. Debemos hacer presente que al acusador particular no le pertenece la pretensión punitiva, por lo que si fuere el objeto de prueba, como sería la víctima querellante a quien se le solicita que preste declaración, este es un tercero que depone como testigo y no como confesante dentro del proceso.

Los intervinientes que no son partes, se encuentran imposibilitados de realizar actos de postulación y rendición de pruebas en el proceso, como sería el caso de la víctima que no hubiere presentado la respectiva acusación criminal. No obstante ello, la víctima se considera como un interviniente porque puede en otras etapas del proceso ejercer los derechos que le confiere el legislador y, excepcionalmente, recurrir del fallo pronunciado en el juicio oral absolutorio por estimarse por el legislador que

³ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular. Artículo 7°. *Reforma Procesal Penal. Génesis, Historia Sistematizada y Concordancias*. Tomo I. *Código Procesal Penal*. LONDONO, Fernando y otros. Pág. 136. Febrero 2003. Editorial Jurídica de Chile.

en tal caso se le causa agravio por haberse protegido adecuadamente el bien jurídico afectado con la comisión del delito.⁴

II. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal como señaláramos en términos generales en forma previa⁵, la reforma al proceso penal en Chile implicó generar un cambio radical en el sistema de justicia penal, reemplazando el sistema inquisitivo vigente por casi un siglo, por uno del tipo adversarial y acusatorio, con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso imparcial, donde la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas presentadas por las partes, resolviendo como tercero imparcial y con arreglo a un sistema de valoración de la prueba de sana crítica.

Orgánicamente se aprobó la incorporación de un nuevo actor denominado Ministerio Público, a través de la reforma constitucional contenida en la Ley N° 19.519⁶ y luego se promulgan y publican los restantes cuerpos normativos que sustancialmente contienen la reforma al proceso penal, a saber:

1°. Ley N° 19.640 Orgánica Constitucional del Ministerio Público.⁷

2°. Ley N° 19.665 Orgánica Constitucional que crea los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal y modifica el COT, modificada por la Ley N° 19.708.⁸

3°. Ley N° 19.696 que contiene el Código Procesal Penal.⁹

4°. Ley N° 19.718, que crea la Defensoría Penal Pública.¹⁰

El papel y funciones de los distintos sujetos procesales en el nuevo proceso resulta en consecuencia esencial, desde que se diferencian y separan las funciones de investigar y acusar de las de juzgar, por una parte y, por otra, se crea una institucionalidad específica a cargo de la defensa.

De esta forma, y como veremos en los apartados siguientes, la investigación queda a cargo de un órgano administrativo, no jurisdiccional, denominado Ministerio Público, a quien, a través de sus fiscales, corresponde, dirigir la investigación de los delitos y llevar a cabo la persecución penal en representación de la sociedad dentro del proceso; dirigir la actuación de la policía durante la fase de investigación; pre-

⁴ Artículos 109 letra f) y 352.

⁵ Ver apartado 4.2 del Capítulo I.

⁶ Se incorporó un nuevo Capítulo VI-A Ministerio Público, con artículos 80 A a 80 I y las disposiciones transitorias 37 y 38, hoy artículos 83 a 91, y 8° y 9° transitorios, respectivamente.

⁷ Publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.

⁸ Publicadas en el Diario Oficial de 9 de marzo de 2000 y de 5 de enero de 2001, respectivamente.

⁹ Publicada en el Diario Oficial de 12 de octubre de 2000.

¹⁰ Publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo de 2001.

sentar la acusación y sostener la acción penal, y adoptar las medidas de protección a las víctimas y testigos.

A los tribunales se les asigna la función que les es propia, la jurisdiccional, mediante la creación de nuevos órganos ordinarios dedicados exclusivamente a juzgar, denominados Tribunales Orales en lo Penal. Durante fase de investigación interviene un nuevo actor denominado Juez de Garantía, a quien corresponde la protección de los derechos de los intervinientes en el proceso, especialmente las garantías del imputado, y la resolución de conflictos suscitados entre las partes durante esta fase del proceso, sin perjuicio de su competencia respecto de solución de conflictos penales dentro de los procedimientos simplificado, monitorio, acción penal privada y abreviado.

Finalmente, la defensa le corresponde al imputado, ya sea a través de la también nueva institucionalidad de la Defensoría Penal, o bien de abogados particulares.

III. EL TRIBUNAL

El sentido de la famosa frase "pero hay un juez en Berlin" es que debe existir un juez en condiciones de absolver o condenar contra la voluntad de todos, según existan o falten pruebas de su culpabilidad.¹¹

Mediante la Ley N° 19.665, publicada en el Diario Oficial de 9 de marzo de 2000, y la Ley N° 19.708, publicada en el Diario Oficial de 5 de enero de 2001, se reformó el Código de Tribunales para adecuarlo al nuevo Código Procesal Penal.

La principal modificación estructural que se introdujo por dichas leyes fue la creación de los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal, a quienes les corresponde ejercer la función jurisdiccional dentro del sistema procesal penal, introduciendo con ello una concepción y forma de gestión radicalmente distinta a la entonces vigente.¹²

Los nuevos órganos jurisdiccionales establecidos por las Leyes N°s. 19.665 y 19.708, atendida su vigencia diferida y condicionada a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en la respectiva región del país, tienen competencia sólo respecto de los delitos cometidos a partir de dichas fechas y no operan con efecto retroactivo respecto de hechos verificados con anterioridad a la entrada en vigencia de esas leyes, los que continuaran siendo conocidos por los jueces de letras o el otro

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. Ob. cit. Pág. 214. 2008.

¹² La antigua jurisdicción del crimen, ya sea de los jueces de letras con competencia penal (juzgados del crimen), los tribunales unipersonales de excepción y sus respectivos superiores jerárquicos, mantienen competencia para conocer de los procedimientos penales que deban regirse por el antiguo procedimiento penal, esto es, los que se refieren a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal dentro de la Región respectiva conforme al cronograma contemplado en el artículo 4° transitorio de la Ley N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y en el artículo 483 del CPP.

Sobre la gradualidad de entrada en vigencia del sistema y sus modificaciones, nos remitimos a lo indicado en el párrafo 1 6.2. del Capítulo Primero.

tribunal competente que corresponda, conforme a la ley y en el procedimiento penal contemplado en el Código de Procedimiento Penal o en leyes especiales.¹³⁻¹⁴

Como consecuencia de todas estas modificaciones legales, en la actualidad la estructura jerárquica piramidal de los tribunales ordinarios, a partir de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la respectiva Región, respecto de los delitos que deban ser investigados y juzgados conforme al nuevo sistema procesal penal, se encuentra conformada por la Corte Suprema en su cúspide, más abajo las Cortes de Apelaciones respectivas y, en su base, los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal.

Sin perjuicio de ello, la estructura jerárquica primitiva, en cuya base se encuentran los juzgados de letras con competencia en lo penal, se mantiene respecto de los delitos cometidos antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal, por ser aquel aplicable respecto de dicho tipo de hechos, conforme las normas transitorias referidas.

Finalmente, debemos hacer presente que la jurisdicción penal militar no experimenta cambio alguno, atendido a que el nuevo sistema procesal penal no se contempla que rijan respecto de dichas causas, desde que el artículo 83 de la CPR dispone que el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

Sobre la competencia de la jurisdicción penal militar se nos ha señalado por María Inés Horvitz que “existe una tendencia manifiesta a restringir el fuero militar al ámbito de lo estrictamente castrense, esto es, respecto de delitos militares y en contra

¹³ El artículo 7° transitorio de la Ley N° 19.665 dispone que “Las disposiciones de esta ley que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público N° 19.640, en relación con los hechos acaecidos a partir de dicho momento. En consecuencia, las normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal continuarán aplicándose, después de esa fecha, respecto de las causas cuyo conocimiento corresponda a los juzgados del crimen y los juzgados de letras con competencia en lo criminal, por referirse a hechos acaecidos con anterioridad. Lo anterior es sin perjuicio de las reglas sobre nueva competencia territorial de los juzgados del crimen que se fijen por las Cortes de Apelaciones respectivas en virtud del artículo 5° transitorio”.

¹⁴ La instalación de los nuevos tribunales se efectuó también en forma gradual, en los términos contemplados en los artículos 1° y 2° transitorio de la Ley N° 19.665, la que fue posteriormente modificada por la Ley N° 19.861, publicada en el Diario Oficial de 31 de enero de 2003, que contempló un establecimiento diferido de los jueces que deben integrar los juzgados penales de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal dependientes de las Cortes de Apelaciones de Valparaíso, Rancagua, Chillán, Concepción, Valdivia, Puerto Montt, Santiago y San Miguel.

de imputados que ostenten tal calidad. Tal es la situación, por ejemplo en Italia, Gran Bretaña y España. Incluso existen dos casos en que se ha abolido totalmente la jurisdicción penal militar en tiempos de paz (Alemania y Francia).¹⁵

En el mismo sentido, se nos ha indicado por Sergio Cea que es un hecho innegable que el derecho comparado los Códigos de Justicia Militar han ido restringiendo la competencia de la Justicia Militar, excluyendo o sustrayendo el juzgamiento de civiles. No obstante lo anterior, este factor debe ser evaluado en forma prudente, por cuanto cada Estado tiene su propia percepción de la forma en que debe delimitarse el juzgamiento de civiles por parte de los Tribunales Militares.¹⁶

En esta materia, debemos hacer presente que el 22 de noviembre de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en la causa Palamara vs Chile, declarando en los N°s. 6 y 7 de su parte resolutive que el Estado de Chile debía: 6. Adecuar, en un plazo razonable, el ordenamiento jurídico interno a los estándares internacionales sobre jurisdicción penal militar, de forma tal que, en caso de que considere necesaria la existencia de una jurisdicción penal militar, ésta debe limitarse solamente al conocimiento de delitos de función, cometidos por militares en servicio activo. Por lo tanto, el Estado debe establecer, a través de su legislación, límites a la competencia material y personal de los tribunales militares, de forma tal que, en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la jurisdicción de los tribunales penales militares. 7. Garantizar el debido proceso en la jurisdicción penal militar y la protección judicial respecto de las actuaciones de las autoridades militares.¹⁷

Sobre la materia, se ha constatado que “lamentablemente a la fecha el Estado no ha dado cumplimiento a lo sustancial de la sentencia dictada por la Corte, esto es, realizar las modificaciones necesarias para los efectos de adecuar la legislación interna a los estándares internacionales sobre jurisdicción militar, garantizar el debido proceso y la protección judicial en dicho marco procedimental y modificar todas aquellas normas que aún están vigentes dentro de nuestro ordenamiento jurídico y que atentan en contra de la libertad de pensamiento y expresión.”¹⁸

¹⁵ *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Hacia una reforma de la justicia militar. N° 13. Editor Jorge Mera. María Inés Horvitz. Panorama sobre la competencia y la organización de los tribunales militares en tiempos de paz en algunos países latinoamericanos. La situación de la justicia militar en América Latina. Pág. 147. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho.

¹⁶ *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Hacia una reforma de la justicia militar. N° 13. Editor Jorge Mera. Sergio Cea. Algunas ideas de una justicia militar para el siglo XXI. Pág. 261. Universidad Diego Portales. Escuela de Derecho.

¹⁷ AGUIRRE B., Luppy. “El caso Palamara Iribarne vs Chile”. Págs. 284 y 285. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 9. Año 2007.

¹⁸ AGUIRRE B., Luppy. Ob. cit. Año 2007. Véase, en el mismo sentido, FIGUEROA, Jorge Mera. “Adecuación de la Jurisdicción penal militar chilena de tiempo de paz a los estándares internacionales de derechos humanos”. Págs. 205 y Sgtes. *Anuario de Derechos Humanos*. 2008. Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Corresponde que a continuación nos refiramos brevemente a los tribunales que intervienen en el nuevo sistema procesal penal, teniendo presente que conforme lo dispone el artículo 69 que salvo que se disponga expresamente lo contrario, cada vez que en el CPP se hiciere referencia al juez, se entenderá que se alude al juez de garantía; si la referencia fuere al tribunal de juicio oral en lo penal, deberá entenderse hecha al tribunal colegiado encargado de conocer el juicio mencionado.

Por su parte, la mención de los jueces se entenderá hecha a los jueces de garantía, a los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal o a todos ellos, según resulte del contexto de la disposición en que se utilice. De igual manera se entenderá la alusión al tribunal, 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.

1. LOS JUZGADOS DE GARANTÍA

1.1. Reglamentación

Estos jueces están regulados fundamentalmente en los artículos 14 a 16 del COT, que son los preceptos vigentes que componen el párrafo 1° del Título II de ese Código.

1.2. Concepto

Los Juzgados de Garantía son tribunales ordinarios, generalmente colegiados en cuanto a su composición, pero siempre unipersonales en cuanto a su funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en única o primera instancia exclusivamente de todos los asuntos penales que se rigen por el Código Procesal Penal. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva.

1.3. Requisitos y nombramiento

Los jueces de garantía tienen la misma categoría que los jueces de letras y en consecuencia deben observar los mismos requisitos, siendo designados conforme al procedimiento general aplicable a aquéllos.¹⁹

¹⁹ Conforme lo dispone el artículo 252 del COT, para ser juez de letras se requiere:

1° Ser chileno;

2° Tener el título de abogado, y

3° Haber cumplido satisfactoriamente el programa de formación para postulantes al Escalafón Primario del Poder Judicial, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 284 bis.

Tratándose de abogados ajenos a la Administración de Justicia que postulen directamente al cargo de juez de letras de comuna o agrupación de comunas, se requerirá que, además de los requisitos establecidos precedentemente, hayan ejercido la profesión de abogado por un año, a lo menos.

Para ser juez de letras de capital de provincia o de asiento de Corte de Apelaciones se requerirá, además, reunir los requisitos que se establecen en la letra b) del artículo 284.

Los jueces de garantía se designan conforme al procedimiento general de los jueces de letras, salvo las normas de excepción que se contemplan en el artículo 1º transitorio de la Ley N° 19.665.

1.4. Características

Dentro de las características de los juzgados de garantía, puede señalarse que:

- a) Son tribunales ordinarios.
- b) Son tribunales generalmente colegiados en cuanto a su composición, dado que el juzgado de garantía está conformado generalmente por varios jueces de garantía, pudiendo excepcionalmente estar conformado por un solo juez en los lugares en que el número de causas penales no justifique la existencia de un número mayor.
Sin embargo, a pesar de la conformación colegiada que se contempla para el juzgado de garantía, la función jurisdiccional se ejerce siempre en forma unipersonal. Al efecto, dispone el inciso 1º del artículo 14 del COT que los juzgados de garantía estarán conformados por uno o más jueces con competencia en un mismo territorio jurisdiccional, que actúan y resuelven unipersonalmente los asuntos sometidos a su conocimiento.
- c) Son tribunales letrados, en cuanto para desempeñar el cargo de juez en ese tribunal se requiere contar con el título de abogado.
- d) Son tribunales de derecho, en cuanto deben fallar conforme a lo que establece la ley.
- e) Son permanentes, puesto los jueces que se mantienen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento y no superen la edad de 75 años de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 de la CPR.
- f) Son responsables civil, criminal y disciplinariamente en el desempeño de sus cargos.
- g) Su territorio o radio de competencia es una comuna o agrupación de comunas.
- h) Tienen la plenitud de la competencia en única instancia para conocer de los asuntos penales que se contemplan en el Código Procesal Penal con excepción de aquellos que se entregan al conocimiento de los tribunales orales en lo penal.

Continuación nota ¹⁹

Sin embargo, para la instalación de los nuevos juzgados de garantía y tribunales orales en lo penal, se contemplaron normas especiales en el artículo 1º transitorio de la Ley N° 19.665, modificada por la Ley N° 19.861.

De acuerdo con esas reglas, los jueces del crimen y jueces con competencia en materia criminal suprimidos podían optar a los cargos de juez de tribunal de juicio oral o de juez de juzgado de garantía dentro de su mismo territorio jurisdiccional dentro de un determinado plazo, transcurrido el cual pasaban a ejercer por el solo ministerio de la ley el cargo de juez de juzgado de garantía dentro de su mismo territorio jurisdiccional.

Excepcionalmente, conocen asuntos en primera instancia respecto de los casos en los cuales el legislador contempla expresamente la procedencia del recurso de apelación en contra de las resoluciones que pronuncian (artículo 370 CPP).

i) Tienen competencia especial, en el sentido de que el juez de garantía sólo conoce dentro de su territorio de los asuntos penales que se regulan conforme al CPP (artículo 16 COT).

Por excepción, y respecto de algunas comunas pequeñas se contempla que existirán jueces con competencia común, esto es, jueces de letras que deben conocer de los asuntos civiles y además de los asuntos penales por no haberse considerado pertinente establecer en dicha comuna un juez de garantía atendido el pequeño volumen de causas penales que deben tramitarse en el lugar (artículos 29, 32, 33, 35, 36 y 40 del COT).

j) Se clasifican en jueces de garantía de comunas o agrupación de comunas, de capital de provincia y de asiento de Corte de Apelaciones.

Esta clasificación tiene importancia para los efectos de su nombramiento y para el escalafón judicial.

k) Tienen como superior jerárquico a la Corte de Apelaciones respectiva.

1.5. Territorio en que ejercen sus funciones

Tienen su asiento en una comuna, y ejercen su competencia respecto de una comuna o agrupación de comunas. ((artículo 16 del COT). En ese artículo se encarga el legislador de establecer el número de jueces que tendrá cada juzgado de garantía, la comuna en la cual tienen su asiento, el territorio respecto del cual poseen competencia, el que corresponde a una comuna o agrupación de comunas de una determinada Región.

1.6. Competencia

Los jueces de garantía poseen la plenitud de la competencia para conocer de los asuntos penales que se contemplan en el nuevo sistema procesal penal, con excepción de aquellos que son entregados a los tribunales orales en lo penal. Dicha competencia es ejercida en única o primera instancia.

Corresponde a los jueces de garantía:

a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal (artículo 14, letra a) COT).

Esta competencia constituye la principal misión del juez de control de garantía respecto del imputado, la víctima y los testigos, conforme a lo previsto en el artículo 83 de la CPR, 14 letra a) del COT y en los artículos 6º, 9º y 70 del CPP.

Dicha competencia se ejercerá en primera instancia cuando dictare resoluciones que:

- i) Pusieren término al procedimiento,
- ii) Hicieren imposible su prosecución.
- iii) La suspendieren por más de treinta días, o

iv) Cuando la ley concediere expresamente el recurso de apelación en contra de alguna otra resolución que pronunciare (artículo 370).

En los demás casos, las resoluciones que dicte el juez de garantía serán pronunciadas en única instancia si no se contempla en una norma especial expresamente por el legislador la procedencia del recurso de apelación.

b) Dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contemple la ley procesal penal (artículo 14, letra e) COT).

El procedimiento abreviado se encuentra regulado en Título III del Libro IV del CPP, en los artículos 406 a 415

Dicho procedimiento es conocido en primera instancia por el juez de garantía, al ser procedente el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva que se dicte dentro de ese procedimiento (artículo 414 CPP).

c) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal (artículo 14, letra d) COT).

Las faltas se conocen y fallan conforme al procedimiento simplificado se encuentra regulado en Título I del Libro IV del CPP (artículos 388 a 399).

Dicho procedimiento es conocido en única instancia por el juez de garantía, al no ser procedente el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva que se dicte dentro de ese procedimiento, sino tan sólo el recurso de nulidad (artículo 399).

d) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título I del Libro IV del Código Procesal Penal, las faltas e infracciones contempladas en la Ley de alcoholes, cualquiera sea la pena que a ella les asigne (artículo 14, letra e) COT).

Las faltas de la Ley de alcoholes pasan a ser conocidas y falladas por el juez de garantía conforme al procedimiento simplificado y se encuentra regulado en Título I del Libro IV del CPP (artículos 388 a 399).

Dicho procedimiento es conocido en única instancia por el juez de garantía, al no ser procedente el recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva que se dicte dentro de ese procedimiento, sino tan sólo el recurso de nulidad (artículo 399).

e) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la ley procesal penal; y (artículo 14, letra f).

La ejecución de las condenas criminales se regulan en el Título VIII del Libro IV del CPP (artículos 466 a 472 y 481 a 482).

f) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden (artículo 14, letra e) COT).²⁰

g) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que el Código y la ley procesal penal les encomienden (artículo 14, letra f) COT).

Dentro de estos asuntos destaca el conocimiento del procedimiento por delitos de acción penal privada, el que se rige por el procedimiento simplificado (artículos 400 y 405).

²⁰ Letra incorporada por Ley N° 20.084, de 07.12.2005.

Constituye una cuestión que la ley procesal le encarga a los jueces de garantía y una excepción también al cumplimiento de las acciones civiles, el que respecto de los efectos civiles de los acuerdos reparatorios, se establece que ejecutoriada la resolución judicial que lo aprobare, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

h) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la ley procesal penal (artículo 14 letra b) COT).

Las principales audiencias que le corresponde realizar durante la fase de investigación al juez de garantía son:

h1) Control de detención (artículo 132).

h2) Formalización de la investigación (artículos 231 y 232).

h3) Pronunciarse sobre la solicitud de otorgamiento, modificación o revocación de la prisión preventiva u otra medida cautelar personal (artículos 142, 144 y 155 CPP).

h4) Terminación de la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales (artículos 152 y 155 CPP).

h5) Cautela de garantías (artículo 10 inciso 2°).

h6) Prueba anticipada de testigos (artículo 191 y 192).

h7) Declaración judicial del imputado como medio de defensa (artículo 98).

h8) Cierre de la investigación en caso que el fiscal no lo hubiere efectuado dentro del plazo respectivo (artículo 247).

h9) Aprobar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios (artículo 245).

h10) Conocer de la solicitud de sobreseimiento definitivo, temporal o no perseverar en la investigación del fiscal de (artículo 249).

h11) Preparación del juicio oral (artículo 260).

Desde que la actividad jurisdiccional del juez de garantía se debe realizar en audiencias, se le entregan las mismas facultades que tiene el Presidente de la Sala o al tribunal de juicio oral en lo penal (artículo 71), lo que les permite dirigir el debate, ordenar la rendición de la prueba en los asuntos que le corresponda juzgar, exigir el cumplimiento de las formalidades previstas para los actos procesales, moderar la discusión de los intervinientes, pero sin coartar el derecho de defensa de éstos y ejercer las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate (artículos 293 y 294).

2. TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

2.1. Reglamentación

Los tribunales orales en lo penal están regulados fundamentalmente en los artículos 17 a 21 del COT, que son los preceptos vigentes que componen el párrafo 2° del Título II de ese Código.

2.2. Concepto

Son tribunales ordinarios, colegiados en cuanto a su composición y funcionamiento, letrados, de derecho y permanentes, con competencia especial, que ejercen sus facultades sobre una comuna o agrupación de comunas y conocen en única instancia exclusivamente del juicio oral regulado en el Código Procesal Penal. Su superior jerárquico es la Corte de Apelaciones respectiva.

2.3. Requisitos y nombramiento

Los jueces de los tribunales de juicio oral, al igual que los jueces de garantía, tienen la misma categoría que los jueces de letras, y se aplica respecto de ellos todo lo señalado precedentemente respecto de los jueces de garantía en cuanto a sus requisitos y nombramiento.

2.4. Características

a) Son tribunales ordinarios.

b) Son tribunales colegiados, en cuanto a su composición y funcionamiento.

En cuanto a su composición, el número de jueces que componen cada tribunal de juicio oral en lo penal varía desde un mínimo de tres jueces hasta un máximo de veintisiete jueces según el tribunal de juicio oral en lo penal que se trate (artículo 21 del COT).

En cuanto al funcionamiento del tribunal de juicio oral, ellos funcionarán en una o más salas integradas por tres de sus miembros. Cada sala será dirigida por un juez presidente de sala, quien tendrá las atribuciones a que alude el artículo 92 y las demás de orden que la ley procesal penal indique.

La integración de las salas de estos tribunales se determina mediante sorteo anual que se efectuará durante el mes de enero de cada año. La distribución de las causas entre las diversas salas se hará de acuerdo a un procedimiento objetivo y general que deberá ser anualmente aprobado por el comité de jueces del tribunal, a propuesta del juez presidente.

Las decisiones de los tribunales orales en lo penal se regirán, en lo que no resulte contrario a las normas del párrafo pertinente, por las reglas sobre acuerdos establecidas en el COT).

Sólo podrán concurrir a las decisiones del tribunal los jueces que hubieren asistido a la totalidad de la audiencia del juicio oral. La decisión deberá ser adoptada por la mayoría de los miembros de la sala. Cuando existiere dispersión de votos en relación con una decisión, la sentencia o la determinación de la pena si aquélla fuere condenatoria, el juez que sostuviere la opinión más desfavorable al condenado deberá optar por alguna de las otras. Si se produjere desacuerdo acerca de cuál es la opinión que favorece más al imputado, prevalecerá la que cuente con el voto del juez presidente de la sala.

c) Son tribunales letrados, en cuanto para desempeñar el cargo de tal se requiere contar con el título de abogado.

d) Son tribunales de derecho, en cuanto deben fallar conforme a lo que establece la ley.

e) Son permanentes, puesto que se mantienen en sus cargos mientras dure su buen comportamiento y no superen la edad de 75 años de acuerdo a lo establecido en el artículo 80 de la CPR.

f) Son responsables civil, criminal y disciplinariamente en el desempeño de sus cargos.

g) Su territorio o radio de competencia es siempre una agrupación de comunas, por lo que en relación a los jueces de garantía son menores en número. El artículo 21 del COT se encarga de señalar el asiento de cada tribunal de juicio oral en lo penal y las comunas sobre las cuales ejerce cada tribunal de juicio oral en lo penal su competencia.

Sin perjuicio del lugar de asiento, se hace excepción al principio de la sedentariedad, al permitirse a éstos trasladarse fuera de dicho lugar para ejercer su función jurisdiccional.

Al efecto, se establece que cuando sea necesario para facilitar la aplicación oportuna de la justicia penal, de conformidad a criterios de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el proceso, los tribunales orales en lo penal se constituirán y funcionarán en localidades situadas fuera de su lugar de asiento. Corresponderá a la respectiva Corte de Apelaciones determinar anualmente la periodicidad y forma con que los tribunales orales en lo penal darán cumplimiento a lo dispuesto en este artículo. Sin perjuicio de ello, la Corte podrá disponer en cualquier momento la constitución y funcionamiento de un tribunal oral en lo penal en una localidad fuera de su asiento, cuando la mejor atención de uno o más casos así lo aconseje. La Corte de Apelaciones adoptará esta medida previo informe de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de los jueces presidentes de los comités de jueces de los tribunales orales en lo penal correspondientes (artículo 21 A del COT).

h) Tienen la plenitud de la competencia en única instancia para conocer del juicio oral en lo penal respecto de los crímenes y simples delitos, a menos que respecto de ellos sea aplicable el procedimiento abreviado o el procedimiento simplificado, en cuyo caso son conocidos por el juez de garantía conforme a esos procedimientos.

i) Tienen siempre competencia especial, en atención a que el tribunal oral en lo penal sólo conoce dentro de su territorio de los asuntos penales que se regulan conforme al nuevo CPP y respecto de los cuales se les otorga competencia (artículo 18 COT).

j) Se clasifican en jueces de tribunal de juicio oral en lo penal de comunas o agrupación de comunas, de capital de provincia y de asiento de Corte de Apelaciones.

Esta clasificación tiene importancia para los efectos de su nombramiento y para el escalafón judicial.

h) Tienen como superior jerárquico a la Corte de Apelaciones respectiva.

2.5. Territorio en que ejercen sus funciones

Tienen su asiento en una Comuna, y ejercen su competencia respecto de una comuna o agrupación de comunas (artículo 21 del COT). En ese artículo se encarga al legislador de establecer el número de jueces que tendrá cada tribunal de juicio oral en lo penal, la comuna en la cual tienen su asiento, el territorio respecto del cual poseen competencia, el que corresponde a una comuna o agrupación de comunas de una determinada Región.

2.6. Competencia

Los tribunales de juicio oral en lo penal poseen la plenitud de la competencia para conocer del juicio oral en el actual sistema procesal penal, competencia que es ejercida en única instancia, dado que no resulta procedente interponer el recurso de apelación en contra de sus resoluciones, cabiendo sólo la interposición del recurso de nulidad.

Corresponderá a los tribunales de juicio oral en lo penal:

a) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía (artículo 18 letra a COT).

Para determinar el exacto alcance de esta norma, debemos interpretarla armónicamente con lo establecido en el artículo 14 del COT.

De acuerdo con ello, podemos llegar a establecer las siguientes reglas:

a.1. Un tribunal de juicio oral en lo penal jamás conocerá de una falta en juicio oral.

a.2. Un tribunal de juicio oral jamás conocerá de un delito de acción penal privada, el que se rige por el procedimiento simplificado y es siempre conocido por el juez de garantía.

a.3. Un tribunal de juicio oral conocerá de los simples delitos en juicio oral.

Excepcionalmente, un simple delito no se conocerá por el tribunal de juicio oral, sino que por el juez de garantía cuando se aplique respecto de éste el procedimiento abreviado (artículo 406) o se aplicare el procedimiento simplificado por tratarse de un simple delito respecto del cual no se hubiere aplicado el procedimiento abreviado y el fiscal pidiere la aplicación de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo (artículo 388).

a.4. Un tribunal de juicio oral conocerá de los crímenes en juicio oral.

Sin embargo, un crimen no se conocerá por el tribunal de juicio oral, sino que por el juez de garantía, cuando se aplique respecto de éste el procedimiento abreviado cumpliéndose los requisitos que se contemplan para tal efecto (artículo 406).

El tribunal de juicio oral en lo penal conoce de dichos crímenes o simples delitos en juicio oral en única instancia, dado que no procede el recurso de apelación respecto de las resoluciones dictadas por ese tribunal (artículo 364) y sólo es procedente el recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte (artículo 372).

b) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición (artículo 18 letra b) COT).

De acuerdo con lo previsto en el artículo 281, el juez de garantía debe hacer llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal de juicio oral en lo penal, y poner a disposición de ese tribunal en lo penal a las personas sometidas a prisión preventiva.

En consecuencia, a partir de ese instante el tribunal competente para pronunciarse sobre la libertad del acusado será el tribunal de juicio oral en lo penal y no el juzgado de garantía.

Por otra parte, si se produjere la rebeldía del acusado, el tribunal de juicio oral en lo penal es el competente para decretar la orden de prisión de éste junto con la dictación del sobreseimiento temporal según lo previsto en el artículo 283.

Estimamos que ante el tribunal de juicio oral deben aplicarse las normas especiales que regulan la medida cautelar prisión preventiva, y de acuerdo con ello las resoluciones que se pronuncien por ese tribunal deberían ser apelables de conformidad con la regla especial contenida en el artículo 149.

En consecuencia de ser aplicable dicha norma respecto de la apelación, estas materias serían conocidas excepcionalísimamente en primera instancia por el tribunal de juicio oral.

c) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral (artículo 18 letra c) COT).

El tribunal de juicio oral se encuentra obligado a resolver inmediatamente los incidentes que se promuevan durante el juicio oral.

Estos incidentes son resueltos en única instancia por el tribunal de juicio oral en lo penal, por cuanto en contra de dichas resoluciones no procede recurso alguno conforme a lo previsto en el artículo 290.

d) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que la ley de responsabilidad penal juvenil les encomienden (artículo 18 letra d) COT).²¹

e) Conocer y resolver los demás asuntos que la ley procesal penal les encomiende (artículo 18 letra e COT).

3. EL COMITÉ DE JUECES, SU PRESIDENTE Y LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA DE LOS JUZGADOS DE GARANTÍA Y DE LOS TRIBUNALES ORALES EN LO PENAL

Al comité de jueces y la organización administrativa de los juzgados de garantía y oral en lo penal se refieren los artículos 22 a 26.

3.1. Existencia del comité de jueces

El comité de jueces debe existir:

- a) Sólo en los juzgados de garantía en los que sirvan tres o más jueces, y
- b) En todo tribunal oral en lo penal, sin importar su composición.

²¹ Letra incorporada por Ley N° 20.084, de 07.12.2005.

3.2. Composición del comité de jueces

El comité de jueces se integra, de acuerdo al número de jueces que componen el respectivo tribunal, de la siguiente forma:

a) En aquellos juzgados o tribunales compuestos por cinco jueces o menos, el comité de jueces se conformará por todos ellos.

b) En aquellos juzgados o tribunales conformados por más de cinco jueces, el comité lo compondrán los cinco jueces que sean elegidos por la mayoría del tribunal, cada dos años.

Si se ausentare alguno de los miembros del comité de jueces o vacare el cargo por cualquier causa, será reemplazado, provisoria o definitivamente según el caso, por el juez que hubiere obtenido la más alta votación después de los que hubieren resultado electos y, en su defecto, por el juez más antiguo de los que no integren el comité de jueces. En caso de ausencia o imposibilidad del juez presidente, será suplido en el cargo por el juez más antiguo si ella no superare los tres meses, o se procederá a una nueva elección para ese cargo si el impedimento excediere de ese plazo.

3.3. Funcionamiento del comité de jueces

Los acuerdos del comité de jueces se adoptarán por mayoría de votos; en caso de empate decidirá el voto del juez presidente.

3.4. Facultades del comité de jueces

El comité de jueces tendrá las siguientes facultades:

a) Aprobar el procedimiento objetivo y general de distribución de causas a que se refieren los artículos 15 y 17 del COT, en su caso;

b) Designar, de la terna que le presente el juez presidente, al administrador del tribunal;

c) Calificar anualmente al administrador del tribunal;

d) Resolver acerca de la remoción del administrador;

e) Designar al personal del juzgado o tribunal, a propuesta en terna del administrador;

f) Conocer de la apelación que se interpusiere en contra de la resolución del administrador que remueva al subadministrador, a los jefes de unidades o a los empleados del juzgado o tribunal;

g) Decidir el proyecto de plan presupuestario anual que le presente el juez presidente, para ser propuesto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial, y

h) Conocer de todas las demás materias que señale la ley.

En los juzgados de garantía en que se desempeñen uno o dos jueces, las atribuciones indicadas en las letras b), c), d) y f) corresponderán al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva. A su vez, las atribuciones previstas en los literales a), e), g) y h) quedarán radicadas en el juez que cumpla la función de juez presidente.

3.5. El juez presidente del comité de jueces

Al juez presidente del comité de jueces le corresponderá velar por el adecuado funcionamiento del juzgado o tribunal.

En el cumplimiento de esta función, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- a) Presidir el comité de jueces;
- b) Relacionarse con la Corporación Administrativa del Poder Judicial en todas las materias relativas a la competencia de ésta;
- c) Proponer al comité de jueces el procedimiento objetivo y general a que se refieren los artículos 15 y 17 del COT;
- d) Elaborar anualmente una cuenta de la gestión jurisdiccional del juzgado;
- e) Aprobar los criterios de gestión administrativa que le proponga el administrador del tribunal y supervisar su ejecución;
- f) Aprobar la distribución del personal que le presente el administrador del tribunal;
- g) Calificar al personal, teniendo a la vista la evaluación que le presente el administrador del tribunal;
- h) Presentar al comité de jueces una terna para la designación del administrador del tribunal;
- i) Evaluar anualmente la gestión del administrador, y
- j) Proponer al comité de jueces la remoción del administrador del tribunal.

El desempeño de la función de juez presidente del comité de jueces del juzgado o tribunal podrá significar una reducción proporcional de su trabajo jurisdiccional, según determine el comité de jueces.

Tratándose de los juzgados de garantía en los que se desempeñe un solo juez, éste tendrá las atribuciones del juez presidente, con excepción de las contempladas en las letras a) y c). Las atribuciones de las letras b) y j) las ejercerá el juez ante el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva.

En aquellos juzgados de garantía conformados por dos jueces, las atribuciones del juez presidente, con las mismas excepciones señaladas en el inciso anterior, se radicarán anualmente en uno de ellos, empezando por el más antiguo.

3.6. La organización administrativa de los juzgados de garantía y de los tribunales orales en lo penal

Los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal se organizarán en unidades administrativas para el cumplimiento eficaz y eficiente de las siguientes funciones:

- 1) Sala, que consistirá en la organización y asistencia a la realización de las audiencias.
- 2) Atención de público, destinada a otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado o tribunal, especialmente a la víctima,

al defensor y al imputado, recibir la información que éstos entreguen y manejar la correspondencia del juzgado o tribunal.

3) Servicios, que reunirá las labores de soporte técnico de la red computacional del juzgado o tribunal, de contabilidad y de apoyo a la actividad administrativa del juzgado o tribunal, y la coordinación y abastecimiento de todas las necesidades físicas y materiales para la realización de las audiencias.

4) Administración de causas, que consistirá en desarrollar toda la labor relativa al manejo de causas y registros del proceso penal en el juzgado o tribunal, incluidas las relativas al manejo de las fechas y salas para las audiencias; al archivo judicial básico, al ingreso y al número de rol de las causas nuevas; a la primera audiencia judicial de los detenidos; a la actualización diaria de la base de datos que contenga las causas del juzgado o tribunal, y a las estadísticas básicas del juzgado o tribunal.

5) Apoyo a testigos y peritos, destinada a brindar adecuada y rápida atención, información y orientación a los testigos y peritos citados a declarar en el transcurso de un juicio oral. Esta función existirá solamente en los tribunales orales en lo penal.

Corresponderá a la Corporación Administrativa del Poder Judicial determinar, en la ocasión a que se refiere el inciso segundo del artículo 498, las unidades administrativas con que cada juzgado o tribunal contará para el cumplimiento de las funciones antes señaladas.

4. LAS CORTES DE APELACIONES

4.1. Reglamentación

Las Cortes de Apelaciones están reguladas en el Título V del COT (artículos 54 a 92). En dicho título se reglamentan sucesivamente la organización y atribuciones de las Cortes de Apelaciones, los acuerdos de las Cortes de Apelaciones y las atribuciones de los Presidentes de éstas.

4.2. Características

Las Cortes de Apelaciones son tribunales ordinarios, colegiados, letrados, de derecho y permanentes, que ejercen sus funciones dentro de un territorio que es normalmente una Región o parte de una Región y son depositarias de la casi totalidad de la competencia de segunda instancia, conociendo además en única instancia o primera instancia de los demás asuntos que las leyes les encomienden. Están compuestas por un número variable de jueces llamados Ministros, uno de los cuales es su Presidente. Actualmente existen 17 Cortes de Apelaciones en todo el país. Son superiores jerárquicos de los Jueces de Garantía, de los Tribunales de juicio oral en lo penal y de los Jueces de Letras y dependen de la Corte Suprema.

Las Cortes de Apelaciones presentan las siguientes características:

- a) Son tribunales ordinarios.
- b) Son tribunales colegiados, compuestos por un número variable de miembros llamados Ministros.

- c) Son tribunales letrados y de derecho.
- d) Son tribunales permanentes, puesto que sus miembros permanecen en el cargo mientras dure su buen comportamiento.
- e) Ejercen sus funciones dentro de un determinado territorio jurisdiccional, que generalmente es una Región o parte de una Región. Actualmente existen 17 Cortes de Apelaciones, con el territorio jurisdiccional que en cada caso se indica en el artículo 55 del COT.
- f) Tiene la plenitud de la competencia en segunda instancia, pues la ley les asigna el conocimiento de los recursos de apelación que se deduzcan en contra de las resoluciones dictadas por los jueces de letras.
- g) Son tribunales de competencia común, pues conocen indistintamente de causas civiles, laborales, de familia, policía local y criminales.
- h) Sus miembros están afectos a responsabilidad criminal, civil, disciplinaria y política.

4.3. Competencia

Las Cortes de Apelaciones conocen en salas y en pleno y, además, en única, primera y segunda instancia, otras materias a parte del recurso de apelaciones que es, si se puede así decir, su misión fundamental.²²

El siguiente cuadro desarrolla la competencia en el nuevo proceso penal de una Corte de Apelaciones.²³

INSTANCIA	FORMA DE CONOCIMIENTO	
	EN SALA	EN PLENO
ÚNICA	a) De los recursos de nulidad interpuestos en contra de sentencias definitivas dictadas por un tribunal con competencia en lo criminal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (artículo 63 N° 1 letra b) COT y 373 letra b) y 374 CPP) (Sólo rige en el nuevo sistema procesal penal, ya que el recurso de nulidad es propio sólo de él) b) De la extradición activa (artículo 63 N° 1 letra d) COT y 431 CPP);	

²² MEINS OLIVARES, Eduardo. "Competencia de las Cortes de apelaciones en el nuevo proceso". *Revista Procesal Penal* N° 39. Págs. 13 y Sgtes. Septiembre 2005.

²³ El concepto de "instancia", en única, primera o segunda, se utiliza en el sentido legal de proceder o no recurso de apelación respecto de lo resuelto por el tribunal inferior respecto de los dos primeros, siendo la segunda instancia el conocimiento del recurso por el superior jerárquico.

	c) De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información, siempre que la razón invocada no fuere que la publicidad pudiere afectar la seguridad nacional (artículo 63 N° 1 letra e) COT y 19 CPP); d) Recursos de hecho; e) Recusaciones contra jueces de letras, uno de sus ministros y peritos nombrados por ella (artículo 204 del COT y 113 CPC); f) Contendidas de competencia en su caso (artículo 190 COT y 2° transitorio letra b de la Ley N° 19.708.); g) Otros asuntos que las leyes le encomiendan conocer.	
PRIMERA	a) Recursos de amparo (artículo 63 N° 2 letra b) COT) b) Recursos de protección c) Querellas de capítulos (artículo 425 CPP) d) Demás asuntos que las leyes le encomiendan conocer.	a) Juicios de amovilidad contra jueces de letras. b) Desafuero de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos segundo, tercero y cuarto del artículo 58 de la Constitución Política; c) Ejercicio de facultades disciplinarias, administrativas y económicas.
SEGUNDA	a) Recurso de apelación (artículo 63 N° 3 letra b) COT). En el nuevo proceso penal, sólo se conoce de las apelaciones interpuestas en contra de ciertas y determinadas resoluciones dictadas por un juez de garantía, no contemplándose nunca la consulta. Por otra parte, la consulta y la apelación no se contemplan en contra de la sentencia dictada por un tribunal de juicio oral en lo penal. b) Demás asuntos que las leyes le encomiendan conocer en esta instancia.	a) Apelación, casación en la forma y consulta en Competencia Especial Pleno de la Corte de Apelaciones de Santiago. b) Juicios de amovilidad, acusaciones y demandas civiles contra Ministros y Fiscal Judicial de la Corte Suprema, conocidas por su Presidente en primera instancia.

En el proceso penal se han contemplado normas especiales respecto de la vista de la causa en los recursos (apelación y nulidad), dado que en ellos se establece expresamente que *“La vista de la causa se efectuará en una audiencia pública. La falta de*

*comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes. La incomparecencia de uno o más de los recurridos permitirá proceder en su ausencia.*²⁴

La audiencia se iniciará con el anuncio, tras el cual, sin mediar relación, se otorgará la palabra a el o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formularen. Luego se permitirá intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin de que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate.

En cualquier momento del debate, cualquier miembro del tribunal podrá formular preguntas a los representantes de las partes o pedirles que profundicen su argumentación o la refieran a algún aspecto específico de la cuestión debatida.

Concluido el debate, el tribunal pronunciará sentencia de inmediato o, si no fuere posible, en un día y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma audiencia. La sentencia será redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designare y el voto disidente o la prevención, por su autor” (artículo 358).

En consecuencia, la vista de la causa en el proceso penal regido por el CPP presenta la característica de no contemplar el trámite de la relación, por lo que anunciada la causa se comienza ella directamente con la exposición de las partes en la forma antes señalada.

5. LA CORTE SUPREMA

5.1. Reglamentación

La organización y competencia de la Corte Suprema está regulada en el Título VII del COT (artículos 93 a 107).

5.2. Características

La Corte Suprema es un tribunal ordinario, colegiado, letrado, de derecho y permanente, detentador de la superintendencia directiva, correccional y económica respecto de todos los tribunales de la República, con las excepciones que se indican por el constituyente. Su principal misión, en cuanto a competencia exclusiva y excluyente es conocer de los recursos de casación en el fondo, inaplicabilidad y revisión. Está compuesta por veintiún Ministros, uno de los cuales es su Presidente y tiene su sede en Santiago por ser la capital de la República. Es el más alto tribunal de la República, superior jerárquico directo de todas las Cortes de Apelaciones del país.

²⁴ Véase GONZÁLEZ GARCÍA, Hernán. *El recurso de apelación del Código Procesal Penal*. LexisNexis. 2005. Santiago, Chile.

5.3. Sede y funcionamiento de la Corte Suprema

La Corte Suprema tiene su sede en la capital de la República (artículo 94 COT) y puede tener un funcionamiento ordinario o extraordinario (artículos 95 y 101 del COT).

a) Funcionamiento Ordinario

La Corte Suprema funciona ordinariamente dividida en tres Salas especializadas o en Pleno (artículo 95 COT).

Para el conocimiento de los asuntos a que se refiere el artículo 98 (asuntos que deben ser conocidos en sala), la Corte funcionará ordinariamente dividida en tres salas o extraordinariamente en cuatro, correspondiéndole a la propia Corte determinar uno u otro modo de funcionamiento.

En cualquier caso, las salas deberán funcionar con no menos de cinco jueces cada una y el pleno con la concurrencia de once de sus miembros a lo menos.

Corresponde a la propia Corte, mediante auto acordado, establecer la forma de distribución de sus ministros entre las diversas salas de su funcionamiento ordinario o extraordinario. La distribución de ministros que se efectúe permanecerá invariable por un período de, a lo menos, dos años.

En Auto Acordado de 7 de marzo de 1995, publicado en el Diario Oficial de 10 de marzo de 1995, la Excm. Corte Suprema estableció en su número primero que “la distribución de los Ministros entre las tres Salas del funcionamiento ordinario se hará por votaciones sucesivas. Para integrar la Cuarta Sala del funcionamiento extraordinario se sortearán dos Ministros de la Primera Sala, uno de la Segunda Sala y otro de la Tercera Sala”.

La integración de sala será facultativa para el Presidente de la Corte. Si opta por hacerlo, podrá integrar cualquiera de ellas.

Cada sala en que se divida la Corte Suprema será presidida por el ministro más antiguo, cuando no esté presente el Presidente de la Corte”.

b) Funcionamiento Extraordinario

El funcionamiento extraordinario se producirá cuando la Corte Suprema así lo determine conforme a lo contemplado en el artículo 95 del COT y no sólo su Presidente como se establecía en el artículo 101 inciso 1º del COT, hoy derogado, sin que por ello sea aplicable para dicho efecto el concepto de retardo previsto en el artículo 62 del COT para el funcionamiento extraordinario de las Cortes de Apelaciones.

Durante este funcionamiento extraordinario, la Corte Suprema se divide en cuatro Salas especializadas. Las Salas no pueden funcionar con mayoría de abogados integrantes. Se aplican al funcionamiento extraordinario las mismas normas de quórum que rigen para el funcionamiento ordinario. Por último, en los casos de funcionamiento extraordinario la Corte puede designar los relatores interinos que estime necesarios.

5.4. Competencia de la Corte Suprema

Tal como se señaló, la Corte Suprema conoce de los asuntos que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones en Salas especializadas o en Pleno. Por regla

general conoce de los asuntos de su competencia en Sala, pues como lo expresa el N° 9 del artículo 98 del COT corresponde a las Salas conocer de los “negocios judiciales de que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén expresamente entregados al conocimiento del Pleno”, mientras que con arreglo al N° 8 del artículo 96 corresponde a la Corte Suprema conocer en Pleno, sin perjuicio de las materias que señala el mismo precepto legal, “todos los asuntos que leyes especiales le encomienden expresamente”.

En el Acta N° 66 de 24 de julio de 2009, se regula actualmente por la Excm. Corte Suprema la distribución de los asuntos entre sus diversas salas durante el funcionamiento ordinario y extraordinario, a contar del 10 de agosto de 2009²⁵.

²⁵ La distribución de los asuntos entre las diversas salas actualmente es la siguiente:

Distribución de materias durante el funcionamiento Ordinario.- Funcionando ordinariamente la Corte Suprema, en que se divide en tres salas, éstas conocerán:

A. Primera Sala o Sala Civil:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia civil, comercial, quiebras, laboral y previsional;

2°. De los demás asuntos que incidan en procesos civiles que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

B. Segunda Sala o Sala Penal:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia penal, de aguas, de propiedad intelectual y de expropiaciones;

2°. De los recursos de apelación deducidos en contra de las sentencias dictadas en recursos de amparo, cualquiera sea la materia en que incidan, con la única excepción de las que recaigan en la acción constitucional a que se refiere el artículo único de la Ley N° 18.971, sobre infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República;

3°. De las apelaciones y consultas de las sentencias o resoluciones dictadas por uno de los ministros del Tribunal en las causas a que se refiere el artículo 52 del Código Orgánico de Tribunales;

4°. De los demás asuntos que incidan en procesos penales e infraccionales que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

C. Tercera Sala o Sala Constitucional y Contencioso Administrativa:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia tributaria y contencioso administrativa;

2°. De las apelaciones y consultas de las sentencias recaídas en los recursos sobre amparo económico previsto por el artículo único de la Ley N° 18.971, sobre infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República;

3°. De las apelaciones de las sentencias dictadas por el Presidente de la Corte Suprema en las causas a que se refieren los números 2° y 3°, en lo relativo a causas de presas, del artículo 53 del Código Orgánico de Tribunales;

4°. De las apelaciones de sentencias recaídas en recursos de protección resueltas en primera instancia por las Cortes de Apelaciones del país, y

5°. De los demás asuntos de orden constitucional y contencioso administrativo que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

Distribución de materias durante el funcionamiento Extraordinario. Funcionando extraordinariamente esta Corte Suprema, en que se divide en cuatro salas, éstas conocerán:

A. Primera Sala o Sala Civil:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia civil, comercial y de quiebras;

Continúa nota

En el nuevo sistema procesal penal, la Corte Suprema conoce de los asuntos en Sala o en Pleno.

Asuntos que con conocidos en Salas:

1. Recursos de nulidad deducidos en contra de las sentencias definitivas dictadas por los tribunales oral en lo penal, cuando corresponda de acuerdo a la ley procesal penal (artículo 98 N° 3 del COT).

De conformidad con lo previsto en el CPP, la Corte Suprema conocerá del recurso de nulidad, en los siguientes casos:

a) Si el recurso se fundare en la causal señalada en la letra a) del artículo 373 del CPP, esto es, cuando se fundare en la infracción de los derechos o garantías asegurados por la Constitución Política de la República o por Tratados Internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes;

b) Si el recurso se fundare en la causal contemplada en la letra b) del artículo 373 del CPP, siempre que respecto de la materia de derecho objeto del recurso existieren

Continuación nota ²⁵

2°. De los demás asuntos que incidan en procesos civiles y comerciales que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

B. Segunda Sala o Sala Penal:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia penal, infraccional, de aguas, de propiedad intelectual y de expropiaciones;

2°. De los recursos de apelación deducidos en contra de las sentencias dictadas en recursos de amparo;

3°. De las apelaciones y consultas de las sentencias o resoluciones dictadas por uno de los ministros del Tribunal en las causas a que se refiere el artículo 52 del Código Orgánico de Tribunales, y

4°. De los demás asuntos que incidan en procesos penales e infraccionales que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

C. Tercera Sala o Sala Constitucional y Contencioso Administrativa:

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materias de orden tributario, contencioso administrativo, civiles en que sea parte el Estado en ejercicio de sus funciones administrativas;

2°. De las apelaciones y consultas de las sentencias recaídas en los recursos sobre amparo económico previsto por el artículo único de la Ley N° 18.971, sobre infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política de la República;

3°. De las apelaciones de las sentencias dictadas por el Presidente de la Corte Suprema en las causas a que se refieren los números 2° y 3°, en lo relativo a causas de presas, del artículo 53 del Código Orgánico de Tribunales;

4°. De los recursos de orden civil relativos a materias de responsabilidad extracontractual;

5°. De las apelaciones de sentencias recaídas en recursos de protección resueltas en primera instancia por las Cortes de Apelaciones del país;

6°. De los demás asuntos de orden constitucional y contencioso administrativo que corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

D. Cuarta Sala o Sala Laboral y Previsional.

1°. De los recursos ordinarios y extraordinarios de conocimiento de la Corte Suprema en materia laboral, previsional, familia, de minería y demás asuntos relativos a ella, exhortos internacionales y exequatur.

2°. De los demás asuntos que le corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala.

distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores;

c) Si el recurso de nulidad se fundare en distintas causales y por aplicación de las normas señaladas en los incisos primero, segundo y tercero del artículo 376 del CPP, a lo menos una de esas causales correspondiere al conocimiento de la Corte Suprema.

d) Si se dedujeren diversos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema;

2) Recurso de apelación deducido en contra de la sentencia dictada por las Cortes de Apelaciones en los recursos de amparo (artículo 98 N° 4 COT).

3) Recursos de revisión (artículos 98 N° 5 del COT y 473 y siguientes CPP).

4) De las solicitudes que se formulen, de conformidad a la ley procesal, para declarar si concurren las circunstancias que habilitan a la autoridad requerida para negarse a proporcionar determinada información o para oponerse a la entrada y registro de lugares religiosos, edificios en que funcione una autoridad pública o recintos militares o policiales fundada en razones de seguridad nacional conforme a lo previsto en el inciso 4° del artículo 19 del CPP. La entrada y registro a lugares especiales se regula en el artículo 209 del referido Código y el requerimiento se hará por el fiscal regional a solicitud del fiscal investigador.

5) Apelación en contra de la resolución de la Corte de Apelaciones que se pronunciare sobre la querella de capítulos (artículo 427 CPP).

6) Recursos de apelación y nulidad que se interpongan en contra de la sentencia del ministro de la Corte Suprema, tratándose de la extradición pasiva. En el caso del segundo recurso, éste sólo será procedente respecto de las causales de los artículos 373 letra a) y 374 (artículo 450).

7) Recurso de queja, cuando se trate de resoluciones de las Cortes de Apelaciones dictadas al conocer los recursos de apelación y nulidad (artículo 98 N° 7 COT). La imposición de medidas disciplinarias es de competencia del Pleno del Tribunal Supremo.

Asuntos que son conocidos en Pleno:

1) Apelaciones que se deduzcan en las causas por desafuero de las personas a quienes les fueren aplicables los incisos 2°, 3° y 4° del artículo 58 de la Constitución Política de la República (relación con el artículo 418 del CPP).

2) Apelaciones en los juicios de amovilidad fallados por las Cortes de Apelaciones y por el Presidente de la Corte Suprema, seguido contra Jueces de Letras o Ministros de las Cortes de Apelaciones, respectivamente.²⁶

²⁶ Ver artículos 332 N° 4, 337, 338 y 339 del COT.

IV. EL MINISTERIO PÚBLICO

*El Ministerio Público es una institución
bifronte, con una cara mirando al mundo
policial y otra cara mirando
al mundo judicial²⁷*

I. REGLAMENTACIÓN

Con fecha 16 de septiembre de 1997, se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 19.519, Reforma Constitucional, mediante la cual en su artículo único se modifican los artículos 19 N° 3, 32 N° 14, 49 N° 8, 54 N° 8, 73, 75 y 78 de la CPR²⁸; se le agrega un Capítulo VI-A, compuesto por los artículos 80 A a 80 I²⁹; y se le incorporan las disposiciones transitorias trigésimo sexta y trigésimo séptima.³⁰

Mediante dicha modificación constitucional se contempló la creación del Ministerio Público, constituyendo el primer cuerpo legal que se aprobó para los efectos de permitir la posterior introducción de una radical reforma respecto al sistema procesal penal que actualmente rige en el país y a que en términos generales nos referimos en el apartado IV. 2 del Capítulo Primero.

De acuerdo con ello, se señala en el Mensaje 98-334 de 15 de noviembre de 1996, en el cual se inicia el proyecto de Reforma Constitucional que crea el Ministerio Público, en adelante el Mensaje, que constituye “la reforma constitucional que crea la figura del Ministerio Público, complemento necesario e indispensable del proyecto de ley de nuevo Código de Procedimiento Penal en tramitación...”.

“Este proyecto de reforma a la Carta Política, que acompaña asimismo el proyecto de Ley N° Orgánica Constitucional de Ministerio Público, representa el soporte a partir del cual se estructurará un auténtico sistema acusatorio, reemplazando de esta forma el actual modelo de persecución criminal basado en una estructura eminentemente de corte inquisitorial”.

“El actual sistema de procedimiento penal carece de condiciones objetivas de imparcialidad, por cuanto entrega a una misma persona las funciones de investigar, acusar y sentenciar. Esta persona es el juez del crimen que recibe los antecedentes de la investigación, se forma una convicción sobre la base de tales antecedentes, en base a tales datos determina la formulación de la correspondiente acusación, para, posteriormente, ser el mismo juez quien dicta la sentencia respectiva...”.

²⁷ BINDER, Alberto. *Política Criminal. De la formulación a la praxis*. Pág. 176. Ad-Hoc. Mayo 1997. Buenos Aires. Argentina.

²⁸ Sobre la historia de la Reforma Constitucional puede consultarse a OTERO LATHROP, Miguel. *El Ministerio Público*. LexisNexis. Junio 2002. Santiago. Chile.

²⁹ Actuales artículos 83 a 91 de la CPR.

³⁰ Actuales artículos 8° y 9° transitorios de la CPR.

La reforma al sistema procesal penal perseguía el firme propósito de separar la función de la investigación del juzgamiento.

La *instrucción* es concebida como una etapa meramente preparatoria del juicio oral, desformalizada y sin valor probatorio, entregándose dicha función a los fiscales del Ministerio Público. En la etapa de instrucción, se concibe la participación de un juez de control de instrucción (luego denominado en el trámite legislativo como juez de garantía), el que cumple una misión garantística del respecto de los derechos que asegura la Constitución al imputado e intervinientes en el proceso, al tener que autorizar previamente los actos de instrucción ordenados por los fiscales que importen una privación, restricción o perturbación de esos derechos, sin corresponderle a dicho juez llevar a cabo acto alguno de investigación, puesto que la dirección de ella queda entregada en forma exclusiva a los Fiscales respecto de la investigación de los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado.

El *juzgamiento* se llevaría a cabo en un juicio oral, público y contradictorio, y dentro del cual debe formularse la acusación por parte del Ministerio Público, funcionario público distinto e independiente del juez, ejercerse la defensa por los defensores que designe el imputado o los defensores públicos en caso de no poseer los medios para procurarse uno; y rendirse la prueba por las partes. Todo ello debe realizarse en el juicio oral a desarrollarse ante un tribunal colegiado e imparcial, cuyos miembros no deben haber tenido ninguna intervención con anterioridad en la investigación de los hechos ni en el control de ella, y a quien le corresponderá fallar la causa penal, y en caso de dictarse sentencia condenatoria, determinar la imposición de la pena consiguiente.

Según se señala en el Mensaje, la reforma procesal penal intenta estructurar un proceso con igualdad de condiciones para las partes litigantes, enfrentando al acusador y al acusado en un proceso genuinamente imparcial, donde a la figura del juez se reserva la función de juzgar y fallar de acuerdo al mérito de las pruebas presentadas por las partes, juzgando como tercero imparcial y con arreglo al sistema de la sana crítica.

“De esta forma se tendrá, por una parte, al Ministerio Público en representación de los intereses de la comunidad en la persecución del delito, que litigará a través de los fiscales y que representará asimismo los derechos de la víctima del delito. Eventualmente podrá haber asimismo un abogado querellante representando los intereses de la víctima.

“La otra parte estará representada por el imputado y su abogado defensor, y en caso que el imputado no cuente con medios para financiar un abogado particular, será responsabilidad y obligación del Estado proporcionarle un abogado defensor en forma gratuita.

“Durante la fase de investigación, que será pública y desformalizada, cada una de las partes deberá recopilar las pruebas y antecedentes que les permitirán sustentar su posición durante el juicio oral ante el tribunal colegiado”.

Dando cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 80 B de la Carta Fundamental³¹, se dictó la Ley N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.³²⁻³³

Finalmente, es menester tener presente que el Ministerio Público ha dictado diversos reglamentos para los efectos de regular aspectos de carácter administrativos en cuanto al funcionamiento administrativo del Ministerio Público y diversos instructivos de carácter general para los efectos de regular diversos aspectos de actuación de los Fiscales durante el procedimiento penal, a los que nos referiremos más adelante.

2. CONCEPTO

El Ministerio Público es el organismo autónomo y jerarquizado, a quien corresponde dirigir la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación punible o la inocencia del imputado en ellos; ejercer la acción penal pública en la forma prevista en la ley; adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos; e impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, sin autorización judicial previa, siempre que con ellas no se prive, restrinja o perturbe al imputado o terceros del ejercicio de los derechos asegurados en la Constitución (artículos 83 CPR y 1°, 2° y 4° LOC Min. Público).

El Ministerio Público, conformado por sus fiscales, configura claramente un organismo autónomo, distinto e independiente también de la Fiscalía Judicial, regulada en los artículos 350 y siguientes del COT como órgano auxiliar de los tribunales de justicia, con el cual no puede confundirse, y cuyo jefe del servicio es el Fiscal de la Corte Suprema. A estos Fiscales, que se regulan como auxiliares de la administración de justicia, se les denomina Fiscales judiciales. Para tal efecto, se ha reemplazado en el numeral 12 del artículo 32 y en los artículos 78 y 81, de la CPR la palabra “fiscales” por la expresión “fiscales judiciales”.³⁴

³¹ Actual artículo 84 de la CPR.

³² Modificada por las Leyes N°s. 19.762, de 13 de octubre de 2001, 19.806, de 31 de mayo de 2002, 19.893, de 13 de agosto de 2003, 19.919, de 20 de diciembre de 2003, 20.000, de 16 de febrero de 2005, 20.074, de 14 de noviembre de 2005, 20.088, de 5 de enero de 2006.

³³ En adelante denominada LOC Min. Público.

³⁴ En este sentido, según se indica expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, deja constancia que con esa modificación constitucional “se deja en claro que esos fiscales, que no formarán parte del Ministerio Público, conservan sus cargos y atribuciones, excluidas las que la reforma constitucional asigna al nuevo organismo que se crea”.

Finalmente es del caso señalar que a través del establecimiento del Ministerio Público, no se buscó reponer la antigua institución que recogía la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales de 1875 y que estuvo vigente en Chile en la primera instancia a través de los Promotores Fiscales hasta 1927, la que operó bajo un sistema procesal penal totalmente diferente, en donde el juez ejercía la labor de investigación y en la que éstos funcionarios realizaban más bien labores colaborativas y de tipo formal.

Así dejó constancia Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado al señalar que *“El proyecto de reforma constitucional planteado por el Gobierno no repone el Ministerio Público creado por la Ley de Organización de los Tribunales de 15 de octubre de 1875, parcialmente desmantelado por el D.F.L. 426 de 1927 que declaró vacantes los Promotores Fiscales que intervenían en la primera instancia en los procesos criminales, sino que incorpora un nuevo órgano del Estado, que intervendrá antes de y durante el proceso penal, para investigar las conductas constitutivas de posibles delitos y ejercer en su caso la acción penal ante el órgano jurisdiccional”*.

3. CARACTERÍSTICAS

Las principales características respecto del Ministerio Público³⁵ que se encuentran establecidas en la Constitución son las siguientes:

1. Naturaleza pública
2. Regulación mediante LOC
3. Autonomía del Ministerio Público
4. Jerarquización del Ministerio Público
5. Presencia nacional con división administrativa en Regiones
6. Existencia gradual en diversas regiones del país
7. Atribuciones respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de su LOC
8. Responsabilidad de los fiscales
9. Naturaleza administrativa de sus funciones

3.1. Naturaleza pública

El Ministerio Público constituye *un órgano público*, sin reconocer una personalidad jurídica independiente de la del Fisco y carente de un patrimonio propio, poseyendo una existencia reconocida en la propia Constitución y, que de acuerdo con el prin-

³⁵ Sobre la evolución del Ministerio Público a lo largo de la historia a nivel mundial puede consultarse en *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. MAIER, Julio B. “El Ministerio Público ¿un adolescente?” Págs. 17 y siguientes. Ad-Hoc. Buenos Aires. Junio 1993.

cipio de la legalidad, sólo puede ejercer las atribuciones previstas en nuestra Carta Fundamental y en su Ley Orgánica Constitucional constitucional.³⁶⁻³⁷

3.2. Regulación mediante LOC

El Ministerio Público es un organismo respecto del cual, *en lo no previsto por la Constitución, requiere que mediante una Ley Orgánica Constitucional se determine:*

- a) Su organización y atribuciones;
- b) El grado de independencia, autonomía y responsabilidad que tendrán los fiscales en la dirección de la investigación y en el ejercicio de la acción penal pública en los casos que tengan a su cargo;
- c) Las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento;
- d) Las causales de remoción de los fiscales adjuntos (artículo 84 CPR);
- e) La superintendencia directiva, correccional y económica que al Fiscal Nacional le corresponde ejercer respecto de los miembros del organismo (artículo 91 CPR), y
- f) El concurso público a que debe llamarse para los efectos de proponer la designación de fiscales adjuntos (artículo 88 CPR).
- g) Existe una especial protección para los fiscales y defensores públicos en el desempeño de sus cargos, dado que mediante la Ley N° 20.236, publicada en el Diario Oficial de 27 de diciembre de 2007, se tipificaron como delito específicos los atentados contra la vida y la integridad corporal, como las amenazas, cometidos contra los fiscales del Ministerio Público y los defensores públicos, agregando para ello al Código Penal los delitos que se contemplan en los artículos 268 ter a 268 quinquies.³⁸

³⁶ En este sentido, se señala en el Informe de la Comisión de Constitución. Legislación. Justicia y Reglamento del Senado sobre la Ley de Reforma a la Constitución, que aparece en el Boletín 1.943-07, que *"se suprimió la mención al patrimonio propio, porque este atributo pertenece a las personas jurídicas de derecho público que cuentan con un capital, como el Banco Central, o con ingresos propios, como los Gobiernos Regionales y las Municipalidades. El Ministerio Público no tiene personalidad jurídica diferente de la del Fisco y será la ley anual de presupuestos la que determine el tipo y volumen de los recursos que le asignará, en una partida específica, para el cumplimiento de sus funciones. Además, el organismo quedará afecto al control de la Contraloría General de la República. Finalmente, no pareció prudente a la Comisión entregar a este organismo una característica que no se ha dado a otros órganos constitucionales, como el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y la Contraloría General de la República"*.

³⁷ La creación del Ministerio Público fue el medio decisivo para la abolición del proceso inquisitivo antiguo, que había reunido en una sola mano, a saber, la actividad de perseguir y la de juzgar. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. ROXIN, Claus. "Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público". Pág. 40. Ad-Hoc. Buenos Aires. Junio 1993.

³⁸ PEÑA WASAFF, Silvia. "Comentario de Ley N° 20.236 que tipifica el delito de atentado contra los Fiscales del Ministerio Público". *Revista Jurídica del Ministerio Público* N° 35. ISSN 0718-647. Pág. 11. Julio 2008.

3.3. Autonomía del Ministerio Público

El Ministerio Público es un *organismo autónomo*, por lo que puede gobernarse por sí solo y no forma parte de la estructura ni depende tanto del Poder Judicial, como del Poder Ejecutivo o Legislativo.³⁹⁻⁴⁰

La independencia y autonomía del Ministerio, de allí también su ubicación institucional, es una cuestión relevante, relacionada con las atribuciones y funciones que éste debe desempeñar, respecto de lo cual existen distintas alternativas y visiones⁴¹, de lo cual el mismo Mensaje del Proyecto de reforma constitucional se hizo cargo al señalar:

“Uno de los aspectos que suscita discusión del proyecto de reforma constitucional que crea la figura del Ministerio Público, corresponde a la ubicación que tendría este órgano al interior del sistema de competencias del Estado.

En efecto, la revisión de la legislación comparada permite constatar las siguientes alternativas:

1) Ministerio Público ubicado al interior del Poder Ejecutivo.

Este modelo lo encontramos en el sistema alemán, el sistema español⁴², y algunos sistemas latinoamericanos. Éste posee múltiples inconvenientes que han sido largamente debatidos por la doctrina y por especialistas del derecho procesal penal, en el sentido de explicitar que la persecución penal pública que eventualmente involucra delitos de funcionarios públicos, requiere poseer una fisonomía institucional con los mayores grados de autonomía posible, aunque sujeto a un adecuado nivel de controles.

2) Ministerio Público ubicado al interior del Poder Judicial.

³⁹ En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se nos explica qué “se entiende por autonomía la potestad para dirigirse por sí mismo, sin intervención de terceros: ella tiene una *dimensión funcional*, consistente en el libre y expedito cumplimiento de las funciones otorgadas, y una *operativa*, que permite hacer cumplir sus decisiones adoptadas. Su contrapartida son los mecanismos de control y responsabilidad de los fiscales. La autonomía en la especie está referida a los poderes del Estado. Este concepto fue una de las claves del consenso alcanzado en el estudio del proyecto, porque es consustancial a las funciones investigadoras que se otorgan a la nueva entidad. Por esta razón, y porque no cumple un cometido jurisdiccional, el Ministerio Público queda excluido del control de la Corte Suprema.

“Si la autonomía hace referencia a la libertad de acción respecto del entorno social y político en que se inserta el organismo, la independencia mira hacia dentro del mismo, a la libertad de los fiscales, a fin de que no se transformen en meros subordinados de quienes detentan cargos superiores.

⁴⁰ Véase CAROCCA PEREZ, Álex. *El nuevo sistema procesal penal*. Pág. 25. Editorial Jurídica La Ley N° 2003. Santiago. Chile.

⁴¹ Véase *El Ministerio Público para una nueva Justicia Criminal*. BUSTOS R., Juan. “La configuración institucional y orgánica del Ministerio Público”. Págs. 173 y siguientes. Fundación Paz Ciudadana. Universidad Diego Portales. 1993.

⁴² En la materia, puede consultarse *El Ministerio Fiscal Español (su organización y funcionamiento)*. ALAMILLO CANILLAS, Fernando. Editorial Colex. 1990. Madrid. España.

Este sistema puede ser asimilado a los denominados sistemas mixtos o inquisitivos reformados, en donde la realización de la investigación queda en manos de órganos de naturaleza jurisdiccional como son los Jueces instructores.

Este modelo no responde a la naturaleza de un sistema acusatorio como es el que subyace al nuevo Código Procesal Penal, y violenta condiciones objetivas de imparcialidad, diluyendo y desdibujando la naturaleza propiamente contradictoria y adversarial que debe poseer el proceso penal. Asimismo pierde centralidad el juicio oral, pues las pruebas de la fase de investigación se encuentran prejuzgadas por el juez, órgano jurisdiccional que se transforma en Juez y parte.

3) Ministerio Público dependiente del Poder Legislativo.

Tampoco resulta ser éste un modelo satisfactorio, pues su fisonomía se acerca a una suerte de ombudsman, cuya cultura parece más ligada a la tradición de los países nórdicos, que a la tradición jurídica nuestra.

El presente proyecto de reforma constitucional traduce un modelo coherente y necesario para dar forma al nuevo sistema procesal penal y representa aquel conjunto de normas indispensables para crear la figura del Ministerio Público a nivel Constitucional, que asimismo permite la instauración de un sistema acusatorio con una fiscalía autónoma a cargo de la instrucción, que se sujeta a un conjunto de controles y normas sobre responsabilidad, que balancean adecuadamente el grado de autonomía de que se reviste".

Sobre las ventajas y desventajas de ubicar al Ministerio Público como dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo, Judicial, o como órgano independiente puede consultarse al autor argentino Maximiliano Rusconi⁴³, como en nuestro país a María Inés Horvitz y Julián López.⁴⁴

El Ministerio Público no forma parte de ninguno de los tres poderes "clásicos" del Estado. Sin perjuicio de esa autonomía contemplada respecto del Ministerio Público y atendida la importancia que a éste se le ha asignado, en el nombramiento del jefe superior de dicho organismo, como es el Fiscal Nacional, se le ha reconocido participación a los tres Poderes del Estado (artículo 85 CPR), así como para la remoción tanto del Fiscal Nacional como de los Fiscales Regionales (artículo 89 CPR).

Ahora bien, el que se constituya como un ente institucionalmente autónomo no implica que quede fuera de los mecanismos de control y, por el contrario, dicha autonomía impone la necesidad de establecer eficientes equilibrios y sistemas de control.

⁴³ Como señala Rusconi, el Ministerio Público, así concebido, es una institución que no depende de alguno de los tres poderes (o, mejor dicho) de órgano alguno que ejerza funciones administrativas, judiciales o legislativas) integrantes de la división tradicional recibida en el texto de nuestra Constitución Nacional. Se lo organiza entonces con autonomía suficiente, en el ejercicio de su tarea requirente, como para considerarlo un verdadero cuarto poder. (RUSCONI, Maximiliano A. "Reforma Procesal Penal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público". *El Ministerio Público en el proceso penal*. ROXIN y otros. Pág. 70. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1993).

⁴⁴ HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián, en *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Págs. 124 a 133. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

Dentro de un estado democrático en que rige no sólo el principio de separación de los Poderes, sino que además la existencia de un equilibrio armónico entre los órganos que ejercen el Poder, unido a las amplias atribuciones que constitucionalmente se le han entregado, se hace necesario contemplar la existencia de diversos sistemas de control respecto del Ministerio Público concebido éste como un órgano independiente.

En nuestra legislación se contemplan las siguientes formas de control:

a) Control político

En nuestro ordenamiento, creemos que se contemplan cuatro medidas para ejercerse un control político respecto del Ministerio Público:

a.1) La designación del Fiscal Nacional, en la cual intervienen los tres poderes del Estado (artículos 85 CPR y 15 LOC. Min. P.).

a.2) La aprobación del presupuesto del Ministerio Público, el que se incluye dentro de la Ley de Presupuestos del Sector Público (artículo 90 LOC Min. P.).

a.3) La obligación de rendir una cuenta anual de las actividades del Ministerio Público por el Fiscal Nacional (artículo 21 LOC Min. P.) y por los Fiscales Regionales (artículo 36 LOC Min. P.), a nivel nacional y regional respectivamente.

a.4) La remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales, el que puede iniciarse sólo a requerimiento del Presidente de la República o de a lo menos 10 miembros de la Cámara de Diputados y por el Fiscal Nacional respecto de un Fiscal Regional.

Sin perjuicio de ellos, debemos decir que este juicio, no persigue hacer efectiva una responsabilidad política propiamente tal, sino que nos encontramos más bien ante un juicio que persigue hacer efectiva una responsabilidad jurídica, ya que se lleva a cabo ante la Corte Suprema y sólo puede hacerse efectiva la remoción en caso de acreditarse la causal prevista en la ley, y no por meros motivos de conveniencia u oportunidad (artículos 89 CPR y 53 LOC. Min. P.).

Creemos que atenta en contra de la autonomía e independencia personal del Ministerio Público el que no se contemple el principio de inamovilidad de los Fiscales Adjuntos, quienes pueden ser removidos por evaluación deficiente de su desempeño funcionario, de conformidad al reglamento (artículo 43 letra e) LOC. Min. P.) y se encuentran obligados a cumplir las instrucciones particulares que les impartan los Fiscales Regionales respecto de los asuntos que ellos tuvieran a su cargo (artículo 35 LOC Min. P.). Esta situación sólo podemos justificarla actualmente cuando nos encontramos en nuestro país ante la creación y estructuración de un nuevo órgano público, que implica la formación de los fiscales que realizan la investigación, pero que ameritaría ser revisada en el futuro cuando nos encontremos ante un Ministerio Público plenamente consolidado.

Al respecto, se ha señalado que el cargo de custodio de la ley del Ministerio Público y, con ese límite, como el juez, su exclusiva orientación al valor jurídico, tienen como consecuencia que los fiscales tengan la misma independencia que le

corresponde también al juez. Materialmente, de acuerdo a la naturaleza de las cosas, ello rige por cierto sólo allí, donde el Ministerio Público debe pronunciar decisiones jurídicas y, por tanto, no en el ámbito del principio de oportunidad, ni en las cuestiones técnico-tácticas de la persecución penal. Admitido esto, la autocrítica, que opone al reclamo de independencia del fiscal la necesidad de una persecución penal unificada, pierde todo el viento de sus velas, pues un fiscal no podría ser instruido con eficacia, para llevar a cabo una medida en contra de su convicción jurídica. Sin duda, quien ha seguido mi exposición anterior advierte que esto rige ya según el Derecho actual; pero ello debería ser aclarado expresamente en la ley y provocar en la práctica, entre otros, el efecto de que el fiscal suscriba y represente bajo su responsabilidad personal no sólo como representante de su superior jerárquico, una acusación preparada por él, avalada sólo por su propia convicción. Empero, sobre todo, una independencia material así concebida requiere a su lado —y esto es posible de alcanzar sólo mediante una nueva regulación legal— la independencia personal: la indestituibilidad e intrasladabilidad que, por principio, corresponde al fiscal deben ser asegurada —*mutatis mutandis*— conforme a las mismas reglas que rigen para los jueces. Sí, prácticamente, y ello es así y ningún fiscal pierde su cargo a causa de su concepción jurídica, ello sólo demuestra que el reconocimiento de esta independencia se entiende casi por sí mismo en un Estado de Derecho moderno, y que el tiempo para su afianzamiento institucional en la ley se halla maduro desde hace mucho. El decretar legalmente la independencia del fiscal, no sería por tanto, un acto de transformación revolucionaria de nuestra organización judicial, sino, antes bien, el cumplimiento de un postulado delineado, ya en la concepción de custodia de la ley del siglo XIX.⁴⁵

b) Control procesal

El primer control procesal que se contempla respecto de la persecución de los delitos de acción penal pública se materializa al no concebirse un monopolio respecto de su ejercicio en el Ministerio Público.

En efecto, la Carta Fundamental en su artículo 83 y el CPP en sus artículos 6º, 53, 111 y 258, contemplan que la acción penal pública también puede ejercerse por la víctima y excepcionalmente por otras personas contempladas en la ley, pudiendo prevalecer incluso su voluntad sobre la del Ministerio Público en el caso de forzamiento de la acusación.

El segundo control procesal se contempla por la necesaria autorización previa que debe recabarse del juez de garantía para la adopción de cualquiera medida que privare, restringiere o perturbare al imputado o a un tercero en el ejercicio de los derechos que la Constitución asegura (artículos 83 CPR, 4º LOC Min P., 9º CPP y 14 inciso 2º letra a) del COT).

⁴⁵ ROXIN, Claus. Ob. cit. Pág. 70. 1993.

El tercer control procesal se contempla al requerirse la intervención del juez de garantía respecto de las decisiones del fiscal de no iniciar a investigación (artículo 168 CPP), aplicación del principio de oportunidad (artículo 170 CPP) y para resolver acerca de la solicitud de suspensión del procedimiento (artículo 237); resolución sobre el procedimiento abreviado (artículo 256); la resolución del sobreseimiento. De la misma forma dicho control se manifiesta frente a los requerimientos de las víctimas al impugnar las decisiones del fiscal, respecto del archivo provisional (artículo 167); la querrela, en el caso en que el fiscal hubiere aplicado el principio de oportunidad (artículo 170) o la decisión de no iniciar la investigación (artículo 167).

Finalmente, el juez de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal poseen facultades disciplinarias respecto de los Fiscales, al igual que respecto del defensor y los otros intervinientes, cuando no asistieren a una audiencia de juicio oral, violaren la reserva dispuesta o no guardaren un comportamiento respetuoso o decoroso en la audiencia (artículos 284, 287, 293 y 294).

c) Control disciplinario y administrativo

Este control que se efectúa respecto del Ministerio Público es intraórgano, y emana fundamentalmente del ejercicio de las facultades disciplinarias respecto de los Fiscales, la que puede hacerse efectiva de oficio o a requerimiento del afectado.

Los fiscales regionales y los adjuntos tienen responsabilidad disciplinaria y administrativa conforme lo regulan los artículos 9º, 47 y 48 a 51 de la LOC.

El artículo 7º de la LOC dispone que “*Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.*”

Este control se extenderá 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 inobservancia tanto de los criterios de actuación para el cumplimiento de sus objetivos, como de las actuaciones procesales correspondientes dentro de los procesos, pueden generar dicha responsabilidad disciplinaria, pudiendo los restantes intervinientes reclamar ante las autoridades superiores del servicio, conforme el procedimiento que contemplan los artículos 48 a 51 de la LOC, pudiendo ser sancionadas con a) Amonestación privada; b) Censura por escrito; c) Multa equivalente hasta media remuneración mensual, por el lapso de un mes; d) Suspensión de funciones hasta por dos meses, con goce de media remuneración; y e) Remoción (artículo 49 LOC). Las causales de remoción de un fiscal adjunto se contemplan en el artículo 50 de la LOC.

La responsabilidad administrativa prevista en los artículos 11 y 47 de la LOC es sancionable con multa y puede derivar tanto de a) la no presentación oportuna, o el incumplimiento de la obligación de actualizar la declaración de intereses y patrimonio prevista en los artículos 9º y 9º ter; b) la Inclusión a sabiendas de datos relevantes

inexactos y omisión inexcusable de información relevante, o c) la que afecta al jefe de la unidad a la que correspondiere advertir la omisión de la declaración o de su actualización.

d) Control jurisdiccional

Los fiscales tienen también responsabilidad penal por la comisión de delitos en que se incurra en ejercicio de su función (además de aquella por delitos comunes, la que no cabe dentro de la categoría de controles), y el Estado debe asumir la responsabilidad civil por las conductas injustificadamente erróneas y arbitrarias del Ministerio Público, lo que no obsta a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño, y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra, a lo que nos referiremos nuevamente al tratar del principio de la responsabilidad.

Finalmente es del caso señalar que el control procesal a que nos referiremos no implica que éste quede sometido a la superintendencia de la Corte Suprema, precisamente porque el Ministerio Público no es un tribunal ni desempeña funciones jurisdiccionales. Según se indica expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, “el *Ministerio Público, que no es un tribunal ni cumplirá funciones jurisdiccionales, no puede entenderse sometido a la superintendencia directiva, correccional y económica que la Corte Suprema tiene sobre todos los tribunales de la República*”.

3.4. Jerarquización del Ministerio Público

El Ministerio Público es un *organismo jerarquizado*⁴⁶, que se encuentra conformado por el Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los Fiscales Adjuntos.⁴⁷

De conformidad al artículo 12 de la Ley N° 19.640, el “*Ministerio Público se organizará en una Fiscalía Nacional y en Fiscalías Regionales. Las Fiscalías Regionales organizarán su trabajo a través de Fiscalías Locales. Existirá, además, un Consejo General, que actuará como órgano asesor y de colaboración del Fiscal Nacional*”.⁴⁸

⁴⁶ Véase CAROCCA PÉREZ, Álex. Ob. cit. Pág. 26. 2003.

⁴⁷ Conforme la cuenta anual 2009 del Fiscal Nacional, el Ministerio Público cuenta con 665 fiscales (adjuntos y regionales) y 3.086 funcionarios del Ministerio Público a lo largo de 127 fiscalías locales, 18 Fiscalías Regionales y la Fiscalía Nacional.

⁴⁸ “A la luz de la norma transcrita se puede indicar que actualmente el Ministerio Público está compuesto de una Fiscalía Nacional, 18 Fiscalías Regionales, cada una de ellas dirigida por un Fiscal Regional y su equipo directivo, más 127 Fiscalías Locales y 16 Oficinas de Atención a lo largo del país, integradas por fiscales adjuntos y otros funcionarios, con una dotación, otorgada por ley, de 3.787 personas. Plan estratégico del Ministerio Público en el periodo 2009-2015.

“El Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales”, motivo por el que cada uno de dichos fiscales representa al Ministerio Público en sus actuaciones (principio de unidad).

La Fiscalía Nacional tendrá su sede en la ciudad de Santiago. El Fiscal Nacional es el “jefe del servicio”⁴⁹, y tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público conforme lo dispone el artículo 91 de la CPR y la LOC del Ministerio Público, sin perjuicio de la independencia relativa de los fiscales adjuntos en la dirección y estrategia de las respectivas investigaciones.

El Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07 deja constancia “otra cuestión de importancia que resolvió la Comisión fue sustituir la autoridad máxima colegiada que se colocaba a la cabeza del Ministerio Público, por otra unipersonal.

“Quienes propugnaron radicar la dirección superior del Ministerio Público en el Fiscal Nacional manifestaron que el carácter colectivo del consejo y la forma de generación dejan un amplio margen a la intervención política y a la formación en su seno de mayorías y minorías de distinto signo, lo que es inconveniente en el caso de una institución que ejercerá funciones tan delicadas y gozará de poderes tan amplios. Por lo demás, dijeron, la solución apunta en una dirección congruente con la tendencia histórica chilena, en el sentido de concentrar facultades en autoridades unipersonales, responsables y sujetas a los controles necesarios.

“Agregaron que la forma de designar y remover al Fiscal Nacional, dan amplias garantías para el desempeño eficiente y neutral de este alto funcionario, que deberá asumir la dirección de un organismo nuevo, respecto del cual no existe experiencia previa en el país.

Desde la perspectiva de su organización superior, la Fiscalía Nacional cuenta con las siguientes Divisiones ⁵⁰, las que son dirigidas por profesionales que detentan el cargo de Gerentes:

- a) División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión.
- b) División de Contraloría Interna.
- c) División de Recursos Humanos.
- d) División de Administración y Finanzas.
- e) División de Informática.
- f) División de Atención a las Víctimas y Testigos.

⁴⁹ Artículo 13 LOC: *“El Fiscal Nacional es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su funcionamiento.*

Ejercerá sus atribuciones personalmente o a través de los distintos órganos de la institución, en conformidad a esta ley.

La Fiscalía Nacional tendrá su sede en la ciudad de Santiago”.

⁵⁰ Artículo 20 de la Ley N° 19.640, en lo que respecta a Divisiones.

La Fiscalía Nacional cuenta además con Unidades Especializadas para abordar distintas temáticas penales⁵¹, a cargo de profesionales que detentan el cargo de Directores, siendo actualmente las siguientes:

- a) Unidad Especializada en Delitos Sexuales y Violentos.
- b) Unidad Especializada en Lavado de Dinero, Delitos Económicos y Crimen Organizado.
- c) Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar.
- d) Unidad Especializada Anticorrupción.
- e) Unidad Especializada en Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas.

Por otro lado, cuenta con diversas unidades de carácter administrativo, que apoyan la labor de persecución penal, siendo actualmente las siguientes:

- a) Unidad de Asesoría Jurídica.
- b) Unidad de Recursos Procesales.
- c) Unidad Especializada de Cooperación Internacional y Extradiciones.
- d) Unidad de Capacitación.
- e) Unidad de Comunicaciones.
- f) Unidad de Infraestructura.

Por su parte, las Fiscalías Regionales corresponden a una estructura descentralizada y desconcentrada del Ministerio Público, con grados de autonomía de la Fiscalía Nacional respecto de la persecución penal, que son dirigidas por Fiscales Regionales y que cuentan con una estructura administrativa dentro de la cual se encuentran los Directores Ejecutivos Regionales y las Unidades Administrativas encargadas de la gestión regional y local.⁵² Actualmente, existen en la mayoría de las Fiscalías Regionales, las siguientes unidades administrativas:

- a) Unidad de Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión,
- b) Unidad de Recursos Humanos,
- c) Unidad de Administración y Finanzas,
- d) Unidad de Informática, y
- e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos.

Las Fiscalías Regionales organizarán su trabajo a través de fiscalías locales. Las Fiscalías Locales constituyen las unidades operativas del Ministerio Público a cargo de la persecución criminal, responsables de la protección de las víctimas y testigos, y de la atención de público en general. Las Fiscalías se integran, regularmente, por un Fiscal Jefe, un Administrador de Fiscalía, Fiscales Adjuntos, Profesionales, Técnicos, Administrativos y Auxiliares. El Fiscal Jefe tiene la supervisión técnica y jurídica sobre la conducción y avance de las investigaciones a cargo de los Fiscales Adjuntos,

⁵¹ Su regulación se encuentra en los artículos 17 letra c) y 22 de la Ley N° 19.640.

⁵² Artículo 34 de la Ley N° 19.640.

absuelve las consultas jurídicas que éstos le hicieren y los asesora en la dirección de la investigación, en el ejercicio de la acción penal pública y en la protección de víctimas y testigos. Por otro lado, el Administrador de Fiscalía es el profesional encargado de suministrar u obtener de quien corresponda, los medios materiales y humanos necesarios para el adecuado funcionamiento administrativo de la Fiscalía Local; como asimismo, se ocupa de optimizar su uso.⁵³

Conforme a lo anterior, cada fiscalía local estará integrada por uno o más fiscales adjuntos. Si la fiscalía local cuenta con dos o más fiscales adjuntos, el fiscal regional asignará a uno de ellos el desempeño de labores de jefatura, las que realizará, con la denominación de fiscal adjunto jefe, mientras cuente con la confianza de dicho fiscal regional.

Es en aplicación de esta característica jerárquica, precisamente que el Fiscal Nacional puede dictar reglamentos conforme dicha superintendencia directiva, correccional y económica^{54,55}, impartir instrucciones generales para el adecuado cumplimiento de

⁵³ Reglamento de funciones de los Fiscales Jefe y Administradores de Fiscalías del Ministerio Público.

⁵⁴ Artículo 17 LOC: *"Corresponderá al Fiscal Nacional:*

d) Dictar los reglamentos que correspondan en virtud de la superintendencia directiva, correccional y económica que le confiere la Constitución Política.

En ejercicio de esta facultad, determinará la forma de funcionamiento de las fiscalías y demás unidades del Ministerio Público y el ejercicio de la potestad disciplinaria correspondiente".

⁵⁵ Los reglamentos dictados por el Ministerio Público, todos los que se encuentran publicados en la página web del servicio, son:

- Reglamento sobre Custodia de Dineros Incautados
- Reglamento de Uso del Fondo Fijo y su Reposición
- Reglamento Adm. y Registro de Bienes Muebles de Uso del Ministerio Público
- Reglamento de Relocalización de Testigos
- Reglamento Interno de Higiene y Seguridad
- Reglamento de Biblioteca de la Fiscalía Nacional
- Reglamento de Aportes Económicos del MP a Víctimas y Testigo
- Reglamento Bonos para Fiscales y Funcionarios
- Reglamento de Capacitación para Fiscales y Funcionarios
- Reglamento de Clínicas Jurídicas de la Fiscalía Nacional
- Reglamento de Evaluación de desempeño para Funcionarios
- Reglamento de Compra Bienes Muebles y Contratación de Servicios
- Reglamento de Evaluación de desempeño para Fiscales
- Reglamento de Personal para Funcionarios del Ministerio Público
- Reglamento de Funciones de Fiscales Jefe y Administradores de Fiscalía
- Reglamento de Personal para Fiscales del Ministerio Público
- Reglamento de Responsabilidad Administrativa de Fiscales y Funcionarios del Ministerio Público
- Reglamento de Unidades Especializadas
- Reglamento de Viáticos
- Reglamento del Procedimiento para Licitación Pública
- Reglamento del Servicio de Bienestar
- Reglamento Orgánico de las Divisiones de la Fiscalía Nacional
- Reglamento sobre Administración de Especies

las labores de dirección de instigación de los hechos punibles, el ejercicio de la acción penal y la protección de las víctimas y testigos (artículos 17 d), 13 y 17 a) Ley N° 19.640)⁵⁶ y los fiscales regionales, conforme las instrucciones generales del Fiscal Nacional, las instrucciones particulares y lineamientos para impulsar las investigaciones, y para el ejercicio de la acción penal pública.⁵⁷

En cuanto al alcance de esta característica, según se indica expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, “el concepto de la jerarquía supone asimilar al Ministerio Público a la estructura corriente de las entidades que conforman el Estado chileno. Alude al hecho de que el Fiscal Nacional podrá dar instrucciones generales, fijar prioridades e indicar en forma genérica modos de actuar, para el ejercicio de las funciones y para la operación del organismo, y que los fiscales regionales por su parte, podrán dar lineamientos para impulsar las investigaciones, y para el ejercicio de la acción penal pública, con la finalidad de que estas funciones se cumplan efectiva y eficazmente en sus respectivas áreas geográficas. Lo anterior no excluye, por cierto, las funciones administrativas propias de cualquier organización.

El ejercicio de esta facultad de emitir instrucciones fue ampliamente utilizada en la primera parte de la existencia del Ministerio Público, cuestión del todo entendible

Continuación nota ⁵⁵

Reglamento Orgánico de las Unidades Jurídica y de Asesoría Comunicacional de la Fiscalía Nacional

Reglamento sobre Incompatibilidades, Prevención y Rehabilitación de Drogas

Reglamento sobre Procedimiento de Custodia, Almacenamiento y Eliminación de Registros, Documentos y Similares del MP

Reglamento sobre procedimiento de baja de bienes muebles de uso del Ministerio Público

Reglamento de Asignación Salas Cunas y Permisos de Alimentación

Reglamento de Uso Circulación Mantenimiento y Administración de Vehículos del Ministerio Público.

⁵⁶ Artículo 17 LOC: “Corresponderá al Fiscal Nacional:

a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la Constitución y en las leyes. Tratándose de los delitos que generan mayor conciencia social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas regiones del país, atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos.

El Fiscal Nacional dictará las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción de lo establecido en el artículo 18”.

⁵⁷ Las instrucciones particulares impartidas por los fiscales regionales son obligatorias para los fiscales adjuntos. El inciso segundo del artículo 44 de la LOC preceptúa que dichos fiscales adjuntos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional, caso en el cual podrán representarlas. A su vez la misma facultad de representación les corresponde a los fiscales regionales.

tratándose de un servicio nuevo, ante la necesidad de uniformar y sentar criterios orientadores en distintas materias,⁵⁸ lo que probablemente no se condice con la maduración y asentamiento del funcionamiento de la institución y sus fiscales, actualmente, ni con la necesidad de regular situaciones específicas.

*“En relación a este punto, se ha constatado la existencia de una abundante normativa interna, plasmada en Instructivos y Oficios, conteniendo criterios de actuación para la interpretación de las más diversas materias. Si bien se trata de un material que constituyó un insumo de gran trascendencia para orientar la actividad jurídica de los fiscales, y que resultaba coherente para cumplir dicho objetivo en una primera etapa, no sólo por tratarse de una institución nueva sino por enfrentarse a un sistema nuevo, con instituciones absolutamente desconocidas para todos los intervinientes, actualmente exige un proceso de revisión y de sistematización. En efecto, además de existir una regulación sobreabundante que impide un acceso fácil y expedito a fiscales y abogados del Ministerio Público y, consecuentemente, no aportan de manera óptima a la unidad de acción al interior de la institución, algunos de estos instructivos obedecieron a situaciones específicas que, en la actualidad, no justifican una regulación general. Todo ello hace necesario revisar y ajustar estas instrucciones, en orden a construir una estrategia institucional precisa y focalizada de persecución penal a nivel local, regional y nacional”.*⁵⁹⁻⁶⁰

⁵⁸ Así, y sólo a modo ejemplar, por mencionar algunos:

Instructivo N° 1 Sobre iniciación investigaciones de los fiscales.

Instructivo N° 2 Sobre relaciones entre fiscales y jueces de garantía.

Instructivo N° 3 Sobre la aplicación gradual del nuevo sistema procesal penal.

Instructivo N° 4 Sobre la investigación no formalizada o preliminar y aquella que se practica después de la formalización de la investigación.

Instructivo N° 8 Sobre citaciones del Ministerio Público.

Instructivo N° 11 Sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal.

Instructivo N° 12 Sobre diligencias de investigación pedidas por los intervinientes e intervención del Juez de Garantía.

Instructivo N° 13 Sobre la citación judicial y la detención.

Instructivo N° 3 de la Ley N° 20.000. Efectos de la Ley N° 20.000 en el tiempo a partir de su entrada en vigencia y la relación con la Ley N° 19.366. en particular respecto del nuevo delito de microtráfico.

Instructivo N° 13 de la Ley N° 20.000. Aspectos relativos a los delitos funcionarios en la Ley N° 20.000 (nueva Ley de Drogas).

Instructivo N° 8 de la Ley N° 20.074. Informa, comenta e imparte instrucciones sobre las modificaciones introducidas al Código Procesal Penal por la Ley N° 20.074 en materia de medidas cautelares personales, diligencias de investigación y atribuciones policiales.

Instructivo N° 12 de la Ley N° 20.084. Comentarios al proyecto de ley que modifica algunas disposiciones contenidas en la Ley N° 20.084, sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes.

⁵⁹ Ministerio Público, Programa Estratégico 2009-2015. Diagnóstico Estratégico Institucional, página 23.

⁶⁰ En dicha línea puede observarse como el Ministerio Público, con fecha 30 de enero del año 2009, impartió criterios generales y únicos de actuación en las actividades de persecución penal en materia de: a) Delitos de Corrupción, b) Delitos Económicos y c) Delitos de la Ley de Drogas.

Sin embargo, debemos tener presente según se indica expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07 mencionado, que vinculado al concepto de jerarquía, “y que queda comprendido en el concepto de jerarquización del organismo, es el de la *independencia de los fiscales*. Ella alude a la estructura interna y a la cuota de atribuciones con que contará cada nivel funcionario, según lo determine la Ley Orgánica Constitucional respectiva.

“Los fiscales adjuntos gozarán de una *independencia relativa*, con miras a obtener una mayor eficiencia y un control adecuado de su desempeño, en el sentido que ellos determinarán la dirección y la estrategia de las investigaciones y el contenido de las acusaciones a su cargo. Sin embargo, ello no obsta a que dependan del respectivo fiscal regional, lo que se justifica como un modo de racionalizar el uso de los recursos y conducir casos de especial notoriedad, o que requieran de la dedicación de más de un fiscal, en razón de la complejidad de los mismos o las calidades de las personas involucradas.

“La estructura de la entidad y la independencia de sus miembros se apartan del modelo adoptado para el Poder Judicial, en el cual cada juez ejerce en plenitud la función jurisdiccional del Estado, sin otro límite que el de su competencia legal, y gozan de inamovilidad mientras tengan buen comportamiento y no cumplan 75 años de edad. Extrapolar este paradigma al Ministerio Público dejaría al Fiscal Nacional y a los fiscales regionales sin otras funciones que las administrativas.

“Estos tópicos serán regulados en la Ley Orgánica Constitucional”.

De esta forma vemos cómo la subordinación jerárquica de los fiscales no es absoluta, y por el contrario nuestro sistema acogió un régimen de independencia relativa. Así el inciso 2° del artículo 2° de la LOC del Ministerio Público contempla que “*Los fiscales, en los casos que tengan a su cargo, dirigirán la investigación y ejercerán la acción penal pública con el grado de independencia, autonomía y responsabilidad que establece esta ley*”.

De esta forma las instrucciones que imparte el Fiscal Nacional son de carácter general y no puede, en todo caso, “*dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares*”, salvo la situación de excepción de que trata el artículo 18, que permite a la referida autoridad asumir, de oficio y de manera excepcional, la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delito, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía. En este caso es el propio Fiscal Nacional quien asume personalmente la persecución penal en un caso determinado, cuando reúna las características señaladas en la norma.

Sólo los Fiscales Regionales pueden impartir instrucciones particulares a los fiscales en un caso asignado, pero éstas puede ser objetadas y representadas si se estima que “*tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan con-*

tra la ley o la ética profesional” (artículo 44 inciso 2º LOC Min. Público) (También los Fiscales Regionales podrían objetar las instrucciones generales, artículo 35 LOC Min. Público).

De esta forma, dicha independencia de los fiscales en su labor se garantiza mediante el mecanismo de objeciones, procedimentados en los artículos 35 y 44 de la LOC Min. Público.

3.5. Presencia nacional con división administrativa en regiones

El Ministerio Público es un *organismo que debe funcionar a nivel nacional, dividido administrativamente en Regiones*.

Al efecto, se contempla la existencia de un Fiscal Regional en cada una de las regiones en que se divida administrativamente el país, a menos que la población o extensión geográfica de la región hagan necesario nombrar más de uno (artículo 86 CPR inciso 1º, 28 LOC Min. Público).

El artículo 28 de la LOC Min. Público reitera que existirá un fiscal regional en cada una de las regiones del país, con excepción de la Región Metropolitana de Santiago, en la que existirán cuatro fiscales regionales.⁶¹

Las fiscalías regionales tendrán su sede en la capital regional respectiva y en la Región Metropolitana, la sede y la distribución territorial serán determinadas por el Fiscal Nacional.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se deja expresa constancia que “por regla general habrá un fiscal regional en cada región administrativa del país. Pero se permitirá que la Ley Orgánica Constitucional establezca la existencia de más de uno, si el número de habitantes o la extensión geográfica de una región lo hacen necesario para el más expedito cumplimiento de las funciones del Ministerio Público. La dispersión territorial de los fiscales de este nivel permitirá que la entidad tenga respuestas flexibles, que se adapten al dinamismo y variedad de la delincuencia, que constantemente presenta nuevos desafíos que urgen respuestas adecuadas de la sociedad”.

3.6. Existencia gradual en diversas regiones del país

El Ministerio Público *reconocerá existencia legal y podrá comenzar a ejercer sus funciones sólo una vez que entre en vigencia su Ley Orgánica Constitucional*, la que podrá ser gradual en el tiempo respecto de diversas materias y regiones del país.

Al efecto, se establece que “las normas del Capítulo VI-A “Ministerio Público” regirán al momento de entrar en vigencia la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones. Como también para determinar su aplicación gradual en las

⁶¹ Actualmente existen 18 Fiscalías Regionales en el país.

diversas materias y regiones del país” (artículo 36 transitorio inciso 1º, actual 8º transitoria).

3.7. Atribuciones respecto de hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de su LOC

El Ministerio Público sólo podrá *ejercer sus atribuciones respecto de los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de su Ley Orgánica Constitucional*.

Al efecto, se establece que “el Capítulo VI-A ‘Ministerio Público’, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones” (artículo 36 transitorio inciso 2º, actual 8º transitoria).

3.8. Responsabilidad de los fiscales

Los Fiscales del Ministerio Público son responsables civil y penalmente de los delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones y de toda falta de probidad que incurran en el desempeño de sus funciones.

Así el artículo 45 de la LOC del Ministerio Público expresa que sus fiscales tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, de conformidad a la ley.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja expresa constancia del rechazo por la Comisión del artículo del proyecto que consagraba esta responsabilidad, puesto que “consideró impropio de una norma de rango constitucional entrar en ese terreno, y además, porque mediante la aplicación de las reglas generales sobre responsabilidad se obtienen los mismos efectos buscados por el artículo en comentario”.

Por su parte, algunos miembros del organismo tienen, además, responsabilidad política, como veremos.

Respecto de la responsabilidad penal, los fiscales pueden tenerla ya sea con ocasión de delitos comunes, o bien por la comisión de delitos en que se incurra en ejercicio de su función. En este último caso se requiere que el fiscal a cargo de la investigación interponga la “querrela de capítulos”. En ambos casos, la investigación queda a cargo de un fiscal, dependiendo de la jerarquía del imputado, de conformidad a lo prescrito en el artículo 46 de la LOC del Min. P.

De acuerdo con ese precepto, *presentada una denuncia en contra de un fiscal del Ministerio Público por su presunta responsabilidad en un hecho punible, o tan pronto aparezcan antecedentes que lo señalen como participe en un delito, corresponderá dirigir las actuaciones del procedimiento destinado a perseguir la responsabilidad penal:*

Del Fiscal Nacional, al Fiscal Regional que se designe mediante sorteo, en sesión del Consejo General, la que será especialmente convocada y presidida por el Fiscal Regional más antiguo;

De un Fiscal Regional, al Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General, y

De un fiscal adjunto, al Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional.

Tratándose de delitos cometidos por un fiscal en el ejercicio de sus funciones, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos, conforme a las disposiciones de la ley procesal penal.

Tratándose de la responsabilidad civil, el artículo 5° de la LOC Min. Público dispone que *"El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público"*.⁶²

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

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

Los fiscales regionales y los adjuntos tienen responsabilidad disciplinaria y administrativa conforme lo regulan los artículos 9°, 47 y 48 a 51 de la LOC Min. Público.

El artículo 7° de la LOC Min. Público dispone que *"Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia administrativa y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y de la actuación de los funcionarios de su dependencia.*

Este control se extenderá 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 inobservancia tanto de los criterios de actuación para el cumplimiento de sus objetivos, como de las actuaciones procesales correspondientes dentro de los procesos, pueden generar dicha responsabilidad disciplinaria, pudiendo los restantes intervinientes reclamar ante las autoridades superiores del servicio, conforme el procedimiento que contemplan los artículos 48 a 51 de la LOC Min. Público, pudiendo ser sancionadas con a) Amonestación privada; b) Censura por escrito.; c) Multa equivalente hasta media remuneración mensual, por el lapso de un mes; d) Suspensión de funciones hasta por dos meses, con goce de media remuneración; y e) Remoción (artículo 49 LOC Min. Público). Las causales de remoción de un fiscal adjunto se contemplan en el artículo 50 de la LOC Min. Público.

La responsabilidad administrativa prevista en los artículos 11 y 47 de la LOC Min. Público es sancionable con multa y puede derivar tanto de a) la no presentación oportuna, o el incumplimiento de la obligación de actualizar la declaración de

⁶² Sobre esta materia ver también lo indicado sobre la responsabilidad del Estado por el error judicial en el Capítulo I.

intereses y patrimonio prevista en los artículos 9º y 9º ter, b) la Inclusión a sabiendas de datos relevantes inexactos y omisión inexcusable de información relevante, o c) la que afecta al jefe de la unidad a la que correspondiere advertir la omisión de la declaración o de su actualización.⁶³

Por su parte el Fiscal Nacional y los fiscales regionales tienen responsabilidad política (artículo 89 CPR), pudiendo ser removidos sólo por la Corte Suprema⁶⁴, a requerimiento de Presidente de la República, de la Cámara de Diputados, o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte conocerá del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio.

La remoción de los fiscales regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional

Finalmente es del caso hacer presente que la Ley de Drogas N° 20.000, de 16 de febrero de 2005, introdujo un artículo 9º bis que impone al Fiscal Nacional, Fiscales Regionales y a los fiscales adjuntos, la necesidad de efectuar una declaración jurada, antes de asumir sus cargos, en la cual acrediten que no tienen dependencia de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas ilegales o, si la tuvieran, que su consumo está justificado por un tratamiento médico.

⁶³ Artículo 9º.- *El Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los fiscales adjuntos deberán, dentro del plazo de treinta días contado desde que hubieren asumido el cargo, efectuar una declaración jurada de intereses ante un notario de la ciudad donde ejerzan sus funciones, o ante el oficial del Registro Civil en aquellas comunas en que no hubiere notario.*

El original de la declaración será protocolizado en la misma notaría donde fuere prestada o en una notaría con jurisdicción en el territorio de la fiscalía a que perteneciere el declarante. Una copia de la protocolización será remitida por el declarante a la oficina de personal de la Fiscalía Nacional y de la respectiva Fiscalía Regional, donde se mantendrá para su consulta pública. Cualquier persona podrá obtener copia del instrumento protocolizado, a su costa.

La declaración deberá ser actualizada cada vez que el declarante fuere nombrado en un nuevo cargo o dentro de los treinta días siguientes al cumplimiento del cuatrienio siguiente a la declaración, si no se hubiere efectuado un nuevo nombramiento a su respecto.

La omisión de la declaración será castigada en la forma y con las sanciones que establece esta ley.

Artículo 9º ter.- *El Fiscal Nacional, los Fiscales Regionales y los fiscales adjuntos deberán efectuar una declaración jurada de patrimonio, en los mismos términos de los artículos 60 B, 60 C y 60 D de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.*

La declaración de patrimonio deberá efectuarse ante el Fiscal Nacional. Una copia de ella deberá mantenerse, para consulta pública, en la oficina de personal de la propia Fiscalía o de la Fiscalía Regional, según el caso.

La no presentación oportuna de la declaración de patrimonio o el incumplimiento de la obligación de actualizarla se sancionará en los términos establecidos en el artículo 47 de la presente ley (artículo incorporado por Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006).

⁶⁴ El mecanismo de remoción ha recibido diversas críticas. Ver "El Ministerio Público en la reforma procesal penal". DUCE, en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*. ConoSur. 2000. Pág. 412.

Sin embargo, no se aplicará la medida de remoción respecto del fiscal adjunto que incurra en la prohibición a que se refiere el artículo 9° bis, siempre que admita ese hecho ante su superior jerárquico y se someta a un programa de tratamiento y rehabilitación en alguna de las instituciones que autorice el reglamento.

Si concluye ese programa satisfactoriamente, deberá aprobar un control de consumo toxicológico y clínico que se le aplicará, con los mecanismos de resguardo a que alude el inciso segundo del artículo 66. El incumplimiento de esta norma hará procedente la remoción, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo, si procedieren (artículo 50 inciso final).

3.9. Naturaleza administrativa de sus funciones

El Ministerio Público en caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales (artículo 83 CPR).⁶⁵

4. FUNCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Conforme ordena la CPR y la LOC del Ministerio Público “*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, 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. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales*” (artículo 83 CPR).

“*El Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado, cuya función es dirigir 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, ejercer 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. No podrá ejercer funciones jurisdiccionales*” (artículo 1° LOC Min. Público).⁶⁶

⁶⁵ Véase CAROCCA PÉREZ, Álex. Ob. cit. Pág. 28. 2003.

⁶⁶ La función especial del Ministerio Público referida al Estado de Derecho subyace, desde el comienzo en el hecho que el legislador entre los dos modelos contrapuestos en aquel entonces –y hoy también– la construcción del Ministerio Público como parte o como *funcionario objetivo de instrucción*, se decidió por la segunda de estas posiciones. El Ministerio Público no fue concebido para cumplir una función unilateral de persecución, como es el caso del acusador en el derecho angloamericano, sino para *ser custodio de la ley*. Ello significa: su tarea consiste en velar, a favor del imputado, porque se obtenga todo el material de descargo, y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. ROXIN, Claus. Ob. cit. Pág. 40. Junio 1993.

Finalmente, el significado del Ministerio Público reside en el control sobre la policía, inherente al Estado de Derecho, que él debe ejercer. *El Ministerio Público en el Proceso Penal*. ROXIN, Claus. Ob. cit. Pág. 41. Junio 1993.

Consecuentemente, las atribuciones que le corresponden al Ministerio Público deben ser determinadas por una Ley Orgánica Constitucional (artículo 84 CPR), no pudiendo en caso alguno ejercer funciones jurisdiccionales (artículo 83 CPR), siendo las funciones que éste órgano corresponden, las siguientes:

- 1) La dirección exclusiva de la investigación de los delitos
- 2) El ejercicio, en su caso, de la acción penal pública
- 3) La protección de víctimas y testigos

4.1. Dirección exclusiva de la investigación de los delitos

Corresponde al Ministerio Público:

*Dirigir 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.*⁶⁷

La dirección exclusiva de la investigación de los delitos constituye la principal función que se asigna al Ministerio Público, compatible con el principio acusatorio y las garantías de debido proceso: La separación de la función investigativa de la jurisdiccional.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja expresa constancia “que la función de investigar los delitos es privativa del Ministerio Público, que la ejerce impartiendo órdenes directas a la policía, lo que es otro corolario de su autonomía. Se reemplazó la expresión ‘investigar’ por ‘dirigir la investigación’, porque quien ejecuta materialmente esas acciones es la policía”. Además “se dejó constancia de que las atribuciones que la Constitución y la Ley Orgánica Constitucional entreguen al Ministerio Público en razón de su función investigadora no importa de ninguna manera alterar el principio universalmente aceptado de presunción de inocencia: no es el investigado quien debe acreditar que no le cabe responsabilidad penal, sino el fiscal quien debe probar lo contrario, si es el caso”.

La dirección exclusiva de la investigación de los hechos delictivos que el constituyente le entrega al Ministerio Público conlleva tanto una atribución, cuanto un deber de ejercicio, no siendo por ello meramente facultativo o discrecional. Así lo

⁶⁷ La función de dirección de la investigación de hechos delictivos entregada al Ministerio Público no es, sin embargo, plena, ya que de acuerdo con el texto constitucional se contempla el principio de la especialidad respecto de las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, por lo que ellas continúan regidas por las normas especiales que las regulan.

Al efecto, se establece que “el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y las leyes determinen” (artículo 83 inciso final CPR).

ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional al señalar que *“De las facultades que tiene el Ministerio Público, en lo que interesa, destaca la expresión ‘dirigirá’, que a juicio de este Tribunal, produce dos efectos fundamentales, a saber: le otorga el poder de dirigir la investigación, que el Ministerio Público debe ejercer. En segundo lugar, lleva implícito el deber de hacerlo, como se desprende del vocablo señalado y del mandato contemplado en el artículo 6° de la Carta Fundamental.*

Lo anterior significa que el Ministerio Público, representado por sus fiscales, debe cumplir con el deber de dirigir en forma exclusiva la investigación criminal, puesto que si no lo hace, no hay ninguna otra autoridad que lo reemplace y en consecuencia el proceso no llegaría a iniciarse, y menos emplearse, como la forma de solución del conflicto penal”.⁶⁸

Cuestión distinta es aquella referida a la formalización de la investigación, es decir la comunicación que efectúa el fiscal al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados. Ésta constituye una atribución del Ministerio Público, pero sólo en cuando al tiempo en que la práctica, en el evento de ser los hechos investigados constitutivos de delito, y sin perjuicio de la facultad de ser compelido judicialmente a requerimiento del imputado. No es facultativo, por el contrario, el decidir si investiga o no lo hace, ya que la investigación en el actual sistema está concebida como un camino o vía al ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los órganos judiciales respectivos, por lo que sin la primera, la segunda no tendrá existencia y de no haberla por decisión del ente administrativo encargado de su dirección exclusiva, la víctima simplemente carecerá de una tutela judicial efectiva, garantía fundamental del debido proceso que la CPR garantiza, en concordancia con los instrumentos internacionales ya comentados.

Así lo contempla el TC al estimar que *“Es por ello que la Carta Fundamental fue modificada para asegurar la exigibilidad de la investigación, racional y justa, lo que no ocurrirá, si el órgano persecutor puede determinar libremente qué investiga, o cuándo lo hace o no lo hace, decidir de la misma forma si formaliza o no la investigación y cuándo, puesto que con dichas decisiones, según cual sea su determinación, podrá provocar la indefensión de la víctima que no tendrá la investigación racional y justa de los hechos que le garantiza la Constitución y que, como su natural consecuencia, puede impedirle acceder a la formalización, que es el presupuesto necesario para la apertura y prosecución del proceso jurisdiccional.”*⁶⁹

Lo dicho no obsta a la aplicación del denominado principio de oportunidad, contemplado, entre otros, por los artículos 167 y 170 del CPP.

Consecuentemente con lo señalado, el Ministerio Público *“dirige”* la investigación, la que corresponde efectuar a la policía (Carabineros de Chile e Investigaciones).

⁶⁸ Sentencia de inaplicabilidad, TC, de fecha 19 de agosto de 2008, Rol 815-07-INA.

⁶⁹ Sentencia de inaplicabilidad, TC, de fecha 19 de agosto de 2008, Rol 815-07-INA.

Para tal cometido imparte órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad ⁷⁰, salvo que con ellas se prive, restrinja o perturbe al imputado o terceros del ejercicio de los derechos asegurados por la CPR, lo que requiere autorización judicial previa (artículos 83 inciso 3° CPR, 4° LOC Min. Público).⁷¹

En consecuencia, no obstante el carácter de exclusividad que se reconoce respecto de esta función al Ministerio Público, es menester tener presente que los tribunales se encuentran facultados para los efectos de practicar o hacer practicar actos de instrucción, pero sólo en los casos que lo determine la ley (artículo 73 inciso 3° CPR) y en las restantes materias propias del ejercicio jurisdiccional. ⁷² Uno de los casos en que le corresponderá necesariamente a los tribunales practicar o hacer practicar los actos de instrucción, por mandato expreso del constituyente, serán aquellos en que con ellos se prive, restrinja o perturbe al imputado o terceros del ejercicio de los derechos asegurados en la Constitución, puesto que ellos requieren de aprobación judicial previa.

La investigación que se lleve a cabo bajo la dirección de los fiscales deberá ser racional y justa, habiéndose modificado para tal efecto el inciso quinto del número 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, el cual dispone en su nuevo texto: *“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”*.

⁷⁰ En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se deja constancia que respecto del texto contenido en el Mensaje “se sustituyó la referencia a Carabineros e Investigaciones por la denominación genérica de *Fuerzas de Orden y Seguridad* que hace el artículo 90 de la Constitución. Se mencionó también que la enmienda constitucional en estudio verá aminorado su impacto si simultáneamente con su puesta en vigencia no se moderniza a la policía”.

⁷¹ En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se deja constancia que se “modificó la redacción del texto propuesto, porque el vocablo “vulnerar” tiene una connotación que alude a un actuar ilegítimo. Optó por referirse a actos que priven del ejercicio de una garantía constitucional, o que restrinjan o perturben dicho ejercicio, para que el texto sea armónico con lo preceptuado por el número 26 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, cuyo entendimiento el Tribunal constitucional ha confirmado al fallar sobre el artículo 12 de la Ley N° 18.414 orgánica constitucional de los Estados de Excepción.

⁷² Al efecto, se modificó el inciso penúltimo del artículo 73 de la Constitución reemplazándose la frase “Para hacer ejecutar sus resoluciones y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que decreten” por “Para hacer ejecutar sus resoluciones, y *practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley*, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que determine la ley”.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se deja constancia que “la sustitución está en armonía con el propósito de traspasar al Ministerio Público únicamente las atribuciones de impartir órdenes a las Fuerzas de Orden y Seguridad, a fin de investigar hechos que revistan caracteres de delito, que determinen la participación punible o que establezcan la inocencia del imputado. En todos los ámbitos que no sean el del proceso penal, los jueces conservan las atribuciones que las leyes les otorgan para practicar o hacer practicar actos de instrucción”.

Como señala Guillermo Piedrabuena, “este agregado fue introducido por el Senado para evitar excesos de los fiscales que, a pretexto de su atribución exclusiva de dirección de la investigación, lleven a cabo una investigación contraria a la razón y a la justicia.

“Este agregado se debió a una indicación de los Senadores Sres. DIEZ y PIÑERA y se funda que dado que el MP no realiza una función jurisdiccional, *resulta imperativo sujetar su actuación a las exigencias que la Carta Fundamental impone al procedimiento y que hay que hacer al legislador la misma recomendación que se hace respecto del procedimiento judicial, esto es que la investigación debe ser justa y racional.*

“En consecuencia existe un mandato al legislador en el sentido que debe establecer siempre las garantías no sólo de un procedimiento, sino también de una investigación racional y justa. Le corresponderá decidir el punto a aquellos órganos que ejerzan el control de constitucionalidad sobre las leyes que se aprueben sobre las actuaciones del M.P. durante la investigación. En buenas cuentas, el legislador quiso expresar que en materia de atribuciones del M.P. en la investigación no hay carta blanca para cualquier discrecionalidad del Fiscal durante la misma.

“Ahora bien, el tema a discutir es si una ley le da facultades amplias al Fiscal y si éste las ejerce en forma contraria a la razón y a la justicia y si al hacerlo conculca las garantías constitucionales. Si ello ocurriera, la jurisdicción ordinaria tiene la facultad para restablecer el imperio del derecho, sea a través de los recursos de protección, de amparo u otra vía jurisdiccional. No podría sostenerse que a pretexto de que el Fiscal no ejerza funciones jurisdiccionales, no pueda afectar algún derecho fundamental y esta infracción no pueda ser conocida por la vía que corresponda por los órganos jurisdiccionales. Al respecto, en el primer informe del proyecto sobre la Ley Orgánica del M.P., los Senadores Diez y Larraín dejaron constancia de que estimaban procedente el recurso de amparo contra los excesos del Fiscal.⁷³

Consecuente con la norma constitucional, la LOC Min. Público instruye la forma en la que dicha investigación debe desarrollarse por parte de los Fiscales Ministerio Público, quienes deben llevar a cabo los actos de instrucción en forma imparcial, al disponer en su artículo 3 que” En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley”.

El principio de la objetividad de la investigación resulta esencial, puesto que a los persecutores no les corresponde sólo instar por la investigación de los hechos constitutivos de delito y los que determinen la participación punible, sino que también por aquellos que acrediten la inocencia del imputado. “*De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o*

⁷³ PIEDRABUENA, Guillermo R. *Introducción a la Reforma Procesal Penal*. Págs. 63 y 64. Editorial Fallos del Mes, 2000. Santiago. Chile.

agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen".⁷⁴

La imparcialidad y objetividad que debe guiar el actuar de los fiscales en su labor directiva de la investigación aparece también ratificada en el artículo 77 del CPP al disponer que a propósito de sus facultades que respecto del ejercicio de la acción penal pública "... practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público".

A continuación, nos referiremos al principio de la objetividad que debe regir el actuar de la dirección de los fiscales del Ministerio Público, como a por otra serie de principios que el legislador contempla respecto de la labor que debe desarrollar ese órgano público.

i) Principio de la oficialidad

El Fiscal deber realizar por sí mismo o encomendar a la policía todas aquellas diligencias de investigación que estime conducentes al esclarecimiento de los hechos (artículo 180 inciso 1º). Para ello no debe esperar el requerimiento de la víctima o de los demás intervinientes. Debe proceder en ausencia o incluso contra voluntad de la víctima.

Incluso en aquellos eventos en que admiten aplicación de los criterios de selectividad (archivo provisional, facultad de no iniciar la investigación y aplicación del principio de oportunidad) la ley igualmente le impone un plazo de 24 horas al fiscal para la realización de aquellas diligencias útiles y pertinentes, circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, determinación de sus partícipes y de circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad. También deberá impedir que el hecho produzca consecuencias ulteriores (artículo 180 inciso 2º).

El principio de oficialidad en la actuación oficiosa del Ministerio Público encuentra limitaciones tratándose de los delitos de acción penal pública previa instancia particular, y respecto de aquellos que requieren condiciones de procesabilidad, tales como los delitos tributarios, de naturaleza aduanera o los previstos en la Ley de Control Armas, por ejemplo, desde que en ellos se requiere la iniciativa del afectado o de su legítimo titular.

Por el contrario, no resulta sin embargo procedente la actuación oficiosa del Ministerio Público tratándose de los delitos de acción penal privada, en que sólo la víctima

⁷⁴ "En virtud de este principio, el Ministerio Público debe chequear mediante su investigación hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias, argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, pero no resultaría razonable que investigara todas y cada una de las hipótesis posibles si ellas no tienen un sustento en su propia investigación". Duce, Mauricio, "El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal", en *El Nuevo Proceso Penal*. Editorial Jurídica ConoSur. 2000.

es titular, y en aquellos casos de forzamiento de la acusación, en que el ejercicio y sostén de la acción corresponde al querellante particular.

ii) Principio de legalidad

En aplicación del principio de legalidad que comentáramos anteriormente, es que promovida la persecución penal, les asiste al Ministerio la obligación de investigar, y si existen antecedentes, formular la correspondiente acusación, sin cesar, suspender o interrumpir (artículo 166), salvo los casos reglados de oportunidad a que nos referiremos más adelante.

iii) Principio de la objetividad

El principio de la objetividad se encuentra establecido en el artículo 3° de la LOC del Min. Público P., el cual establece que *en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen.*

Este principio de la objetividad debe regir la investigación que realiza el Ministerio Público también por mandato del artículo 77 del CPP según el cual los fiscales ejercerán y sustentarán la acción penal pública en la forma prevista por la ley. Con ese propósito practicarán todas las diligencias que fueren conducentes al éxito de la investigación y dirigirán la actuación de la policía, con estricta sujeción al principio de objetividad consagrado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Para velar por el principio de la objetividad, se debe tener presente que no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación contempladas en el artículo 55 (artículo 54 LOC Min. Público).

Por otra parte, el Ministerio Público que cuenta con todos los medios para poder verificar la investigación de los hechos, como es dirigir la policía y requerir en forma imperativa el auxilio de los demás órganos públicos, no debe limitarse sólo a acreditar los hechos que determinen la responsabilidad del imputado, sino que también aquellos que eximan, atenúen o extingan la responsabilidad de éste, puesto que ello resulta esencial para que nos aseguremos la justa aplicación de la ley dentro del proceso.

Creemos que no es casualidad que este principio que se denominaba en el sistema inquisitivo como imparcialidad en la realización de la investigación se le denomine actualmente como objetividad en la realización de la investigación, ya que no es posible que cuando estemos en presencia de alguien que es parte activa en la persecución penal le hayamos de requerir que actúe desprovista de su visión y función de parte.

Sin embargo, pensamos que debe establecerse también un cierto límite respecto de este criterio de objetividad en la investigación por parte del Ministerio Público,

teniendo presente que la defensa es libre para los efectos de realizar por su parte todas las investigaciones que estime pertinentes sin necesidad de acudir al Ministerio Público para que las practique; y que, por otra parte, el principio de eficiencia del proceso penal requiere que se lleve a cabo la investigación con la máxima celeridad por parte del Ministerio Público de modo de concluir en un plazo no superior a dos años desde la formalización, lo que importa la intención del legislador que se limiten las indagaciones a lo que es esencial para recopilar los antecedentes que justifiquen la existencia de un juicio oral.

Además, el establecimiento de un límite respecto del principio de la objetividad reviste particular importancia atendido a que existe una responsabilidad del Fiscal y también del Estado en el caso que el proceso penal nos conduzca a una investigación injustificadamente errónea o arbitraria conforme a lo previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público.

Este límite del principio de la objetividad debe contemplar el caso de negligencia para hacer efectiva la responsabilidad, y no sólo las conductas dolosas por parte del Ministerio Público, dado que en semejante caso nos deberíamos encontrar además frente a una responsabilidad penal por parte del Fiscal que lleve a cabo la investigación en forma sesgada por promesa, dádiva o bien afectando seriamente la defensa al ocultar, alterar o destruir las pruebas que permitan demostrar la inexistencia del hecho punible o la determinación de la inocencia, exención de responsabilidad o concurrencia de atenuantes respecto de un acusado.

De acuerdo con ello, coincidimos con lo señalado por María Inés Horvitz, en cuanto a que el principio de objetividad sólo nos permite “exigir que los Fiscales verifiquen la plausibilidad de las alegaciones de inocencia del imputado o de aquellas encaminadas a eximir o atenuar la responsabilidad penal cuando las mismas se encuentren suficiente y seriamente respaldadas o sean verosímiles, pues tal comprobación puede redundar en su beneficio o interés”.⁷⁵

En el mismo sentido, se nos ha señalado por Mauricio Duce que “en virtud de este principio el Ministerio Público debe chequear mediante su investigación hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias, argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, pero no resultaría razonable investigar todas y cada una de las hipótesis posibles si ellas no tienen un sustento en la propia investigación. Por otra parte, este principio debiera imponer un deber de lealtad al Ministerio Público para con la defensa, que se traduce, entre otras manifestaciones, en que éste no debe esconder información disponible que pueda favorecer a ésta; y en su deber de mostrar sus cartas en forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente. Finalmente, este principio debiera imponer el deber del Ministerio Público de actuar de buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento, evitando que las reglas del juego justo sean vulneradas. Además todo esto debe ser complementado con la vigencia del principio de legalidad o sujeción a la

⁷⁵ HORVITZ, María Inés. *Derecho Procesal Chileno*. Tomo I. Pág. 154.

ley de los funcionarios del Ministerio Público, según el cual ello no debieran realizar actuaciones que afecten normas constitucionales o legales.⁷⁶

Debemos recordar que el imputado tiene derecho a guardar silencio (artículo 93 letra g) y a solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen (artículo 93 letra c), siendo asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (artículo 93 letra b).

Si un imputado a quien se le ha dotado de todas esas garantías decide no proporcionar antecedente alguno al Fiscal o le da antecedentes que no aparecen verosímiles o son inconducentes respecto de la investigación para demostrar la inexistencia del hecho, su falta de tipicidad, su inocencia o la concurrencia de eximentes o atenuantes respecto de su responsabilidad, ello más que obedecer a una negligencia del Fiscal, será atribuible a la conducta poco diligente asumida por el imputado y su defensor.

iv) Principio de eficiencia

Este principio rector del accionar del Ministerio Público en la investigación se relaciona tanto con la administración de los recursos y bienes públicos, y cumplimiento de sus funciones (artículo 6° LOC Min. Público), como a la realización de actuaciones ágiles y expeditas, siempre dentro del procedimiento “racional y justo” instruido por el constituyente y contemplado por el legislador (artículo 19 N° 3 CPR).

De acuerdo con ese precepto, para dar cabal cumplimiento al principio de la eficiencia, cabe señalar que:

a) Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos, y

b) Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por el debido cumplimiento de sus funciones.

Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

La eficiencia en la actuación del Ministerio Público es un criterio que debe tenerse en cuenta para la distribución geográfica y organización de las fiscalías locales (artículo 39 LOC Min. Público) y para el pago de remuneraciones conforme a las evaluaciones anuales que deben efectuarse (artículos 77, 78 y 80 LOC Min. Público).

Para la actuación eficiente, coordinada, evitando la duplicidad de funciones debe procederse a distribuir adecuadamente los casos en las fiscalías locales (artículo 40 inciso 1° LOC Min. Público) y ser cauteloso en la ejecución de actuaciones y diligencias fuera de la fiscalía local (artículo 40 inciso 2° LOC Min. Público).

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones.

⁷⁶ DUCE J., Mauricio. “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal. En el Nuevo Proceso Penal”. *Cuadernos de Trabajo*. UDP. Marzo 2000.

v) Principio de probidad

El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones (artículo 8° CPR). Concordante con ello, los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán observar el principio de probidad administrativa, para lo cual se les exige efectuar una declaración de intereses y patrimonio (artículos 8°, 9° LOC Min. Público).

Este principio debe regir a nivel de toda la Administración Pública, y resulta obvio que el Ministerio Público como principal custodio del cumplimiento de la ley debe ser el primero en darle un cabal cumplimiento.

Este principio de probidad administrativa se encuentra contemplado respecto de la totalidad de la Administración del Estado en el artículo 13 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, según el cual los funcionarios de la administración del estado deberán observar el principio de probidad administrativa y, en particular, las normas legales generales y especiales que lo regulan.

Con el fin de demostrar ante la comunidad el interés de ejercer el cargo público con el fin de satisfacer sus intereses y no en provecho personal, se establece en los artículos 9° y 9° ter⁷⁷ de la LOC del Min P. la obligación de efectuar una declaración pública de sus intereses y patrimonio por parte de todos los Fiscales, dentro de 30 días de asumido el cargo, la que puede ser consultada en las oficinas del Ministerio Público del cual dependa el respectivo funcionario.

vi) Principio de transparencia

Con fecha 20 de abril de 2009 entró en vigencia la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública, la que no es plenamente aplicable a determinados organismos, entre ellos, el Ministerio Público. Conforme el artículo 9° de la ley, el Ministerio Público se rige por el principio de transparencia en el ejercicio de la función pública consagrado en el artículo 8°, inciso segundo, de la CPR y en los artículos 3° y 4° de la Ley de Transparencia de la Función Pública y Acceso a la Información de la Administración del Estado.

La publicidad y el acceso a la información de estas instituciones se regirán, en lo que fuere pertinente, por las normas del Título II, Título III y los artículos 10 al 22 del Título IV de la ley.

Para estos efectos, el Fiscal Nacional mediante resolución publicada en el Diario Oficial, establecerá las demás normas e instrucciones necesarias para dar cumplimiento a las disposiciones legales citadas, considerando para tal efecto las normas generales que dicte el Consejo para la Transparencia en conformidad con el artículo 32 de la referida ley.

⁷⁷ Artículo incorporado por la Ley N° 20.088, de 5 de enero de 2006, en los términos exigidos por los artículos 60 B, 60 C y 60 D de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Conforme a ello (artículo 5° de la ley), los actos y resoluciones del Ministerio Público, sus fundamentos, los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial, y los procedimientos que se utilicen para su dictación, son públicos, salvo las excepciones que establece esta ley y las previstas en otras leyes de quórum calificado. Asimismo, es pública la información elaborada con presupuesto público y toda otra información que obre en poder de los órganos de la Administración, cualquiera sea su formato, soporte, fecha de creación, origen, clasificación o procesamiento, a menos que esté sujeta a las excepciones señaladas.

Los actos y documentos que han sido objeto de publicación en el Diario Oficial y aquellos que digan relación con las funciones, competencias y responsabilidades, deberán encontrarse a disposición permanente del público y en los sitios electrónicos del servicio, el que deberá llevar un registro actualizado en las oficinas de información y atención del público usuario de la Administración del Estado (artículo 6°).

Respecto de la transparencia activa se prevé que mantenga a disposición permanente del público, a través del sitio electrónico, los siguientes antecedentes actualizados, en la medida que corresponda, al menos, una vez al mes:

- a) Su estructura orgánica.
- b) Las facultades, funciones y atribuciones de cada una de sus unidades u órganos internos.
- c) El marco normativo aplicable.
- d) La planta del personal y el personal a contrata y a honorarios, con las correspondientes remuneraciones.
- e) Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión, con indicación de los contratistas e identificación de los socios y accionistas principales de las sociedades o empresas prestadoras, en su caso.
- f) Las transferencias de fondos públicos que efectúe, incluyendo todo aporte económico entregado a personas jurídicas o naturales, directamente o mediante procedimientos concursales, sin que éstas o aquéllas realicen una contraprestación recíproca en bienes o servicios.
- g) Los actos y resoluciones que tengan efectos sobre terceros.
- h) Los trámites y requisitos que debe cumplir el interesado para tener acceso a los servicios que preste el respectivo órgano.
- i) El diseño, montos asignados y criterio de acceso a los programas de subsidios y otros beneficios que entregue el respectivo órgano, además de las nóminas de beneficiarios de los programas sociales en ejecución.

No se incluirán en estos antecedentes los datos sensibles, esto es, los datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas o a hechos o circunstancias de su vida privada o intimidad, tales como los hábitos personales, el origen social, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual.

j) Los mecanismos de participación ciudadana, en su caso.

k) La información sobre el presupuesto asignado, así como los informes sobre su ejecución, en los términos previstos en la respectiva Ley de Presupuestos de cada año.

l) Los resultados de las auditorías al ejercicio presupuestario del respectivo órgano y, en su caso, las aclaraciones que procedan.

m) Todas las entidades en que tengan participación, representación e intervención, cualquiera sea su naturaleza y el fundamento normativo que la justifica.

La información anterior deberá incorporarse en el sitio electrónico en forma completa y actualizada, y de un modo que permita su fácil identificación y un acceso expedito.⁷⁸

El principio de la transparencia de los actos de la administración, al igual que la probidad, tiene actualmente consagración constitucional en el artículo 8 de la CPR ⁷⁹ conforme al cual son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.⁸⁰

⁷⁸ La información publicada por el Ministerio Público de conformidad a las exigencias de la Ley N° 20.285, puede ser consultada en la página web del servicio, www.ministeriopublico.cl, o www.fiscaliadechile.cl.

⁷⁹ Modificado por Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

⁸⁰ Es del caso hacer presente que el día 20 de abril de 2009 entró en vigencia la Ley N° 20.285 sobre Acceso a la Información Pública que reconoce el derecho de las personas precisamente a acceder a la información pública, señalado las excepciones que justifican la reserva de la información. Conforme ésta se presume que es pública toda la información en poder de los órganos de la Administración del Estado, a menos que esté sujeta a las excepciones legales, establece un procedimiento para acceder a la información en poder de los órganos del Estado, consagra el principio de la transparencia activa por la cual se obliga a que éstos mantengan a disposición permanente del público, a través de sus sitios electrónicos, un conjunto de información relevante para la fiscalización de su gestión, establece sanciones para las autoridades que injustificadamente denieguen el acceso a la información o incumplan sus deberes de transparencia activa y crea el Consejo para la Transparencia. La ley se aplica a un amplio conjunto de instituciones y organismos, pero no todos se encuentran obligados en forma plena. Quienes deben cumplir íntegramente con la ley son los ministerios, intendencias, gobernaciones, gobiernos regionales, municipalidades y todos aquellos servicios y organismos que han sido creados para dar cumplimiento a la función administrativa, las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad. Los organismos constitucionalmente autónomos, como la Contraloría General de la República, el Banco Central, el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional y la Justicia Electoral, sólo tienen la obligación de cumplir con las disposiciones de Transparencia Activa, manteniendo a disposición del público en sus sitios institucionales aquella información que la ley les señala. Asimismo, estos organismos deben generar sus propios mecanismos internos para gestionar las solicitudes de información que las personas pudieran hacerles, pero no están sometidos al control del Consejo para la Transparencia.

Como función pública, el legislador exige que ésta se desenvuelva transparentemente, para lo cual impone exigencias básicas a los fiscales del Ministerio Público, quienes deben:

a) Permitir y promover el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones adoptadas.

b) Asegurar las medidas administrativas que permitan un acceso adecuado a los fiscales por parte de cualquier interesado, con pleno respeto a sus derechos y dignidad personal.

La LOC Min. Público dispone que los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que le sirven de sustento o complemento, son públicos. Sin embargo establece la misma norma (artículo 9° LOC Min. Público) las situaciones de excepción, las que se refieren a:

a) La reserva o secreto legal o reglamentario,

b) El entorpecimiento o impedimento de funciones del Ministerio,

c) La oposición de terceros a quienes se refiera o afecte la información,

d) La afectación sensible de derechos o intereses de terceros, según calificación fundada que efectúa la Fiscalía Regional o Nacional,

e) Afectación de la seguridad de la Nación o el interés nacional (artículo 8° LOC Min. Público).

Finalmente es del caso hacer presente que la ley resguarda también la imparcialidad del fiscal a cuyo cargo se encuentre la dirección de la investigación, al establecer que no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles el fiscal del Ministerio Público respecto del cual se configure alguna de las causales de inhabilitación que establece el artículo 55 de la LOC Min. Público (artículo 54 LOC Min. Público).

4.2. Ejercicio de la acción penal pública

El Constituyente ha establecido como función para el Ministerio Público la de ejercer y sostener la acción penal pública ante los órganos jurisdiccionales, lo que deberá realizar en la forma establecida en la ley (artículo 83 CPR).

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja constancia que la modificación efectuada respecto del texto contenido en el Mensaje, consistente en “el reemplazo de la frase ‘tendrá a su cargo la persecución penal pública’ por ‘ejercerá la acción penal pública’, obedece a que la Comisión consideró que esta última resulta más apropiada a la naturaleza no jurisdiccional de las funciones del Ministerio Público. En efecto, la persecución de los delitos es el ejercicio de la facultad punitiva del Estado, que actualmente corresponde en exclusividad a los juzgados del crimen, en tanto que el ejercicio de la acción, que supone acusar y probar la acusación, incumbe a quien ocurre ante un órgano jurisdiccional demandando que sea satisfecha su pretensión de proteger un bien jurídico vulnerado”.

Finalmente, el ejercicio de la acción penal pública no se ha radicado con carácter de monopolio en el Ministerio Público como se proponía en el Mensaje del Ejecutivo, puesto que su texto fue modificado en el Congreso para consagrar al efecto en nuestra Carta Fundamental que dicha acción puede igualmente ser ejercida por el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley).

Respecto del ejercicio de la acción penal pública, en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, citado se deja constancia que “otra diferencia importante radica en que el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público”. La indicación, como se dijo, deja abierta la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculpado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal.

La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental.

Lo expresado llama a razonar en torno al claro contenido del artículo 83 de la CPR, que en el marco de la incorporación y regulación del Ministerio Público, señala que éste ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley, agregando en su inciso segundo, que “*el ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal*”, estableciendo un estatuto normativo de equilibrio entre su ejercicio por el persecutor estatal y por la víctima, quien puede ejercer la acción penal pública, no subordinado o en inferior calidad en el ámbito de la tutela de sus derechos. La voz “Igualmente” utilizada en la norma, implica “también”, o “de la misma forma” que el Ministerio Público, por lo que no podría sostenerse que la víctima no goza en este sentido de igualdad de facultades en el ejercicio de la acción penal con el persecutor fiscal.

Finalmente debe señalarse que de acuerdo con ello, queda claro en el texto de la Carta Fundamental, que el Ministerio Público no ejercerá la acción penal, respecto de los delitos de acción penal privada.

4.3. Protección de víctimas y testigos

El Constituyente ha establecido como otra de las funciones del Ministerio Público la de adoptar las medidas para proteger a las víctimas y a los testigos, lo que deberá realizar en la forma establecida en la ley (artículo 83 CPR).

Respecto del ejercicio de esta función, ella no se ha radicado en forma exclusiva en el Ministerio Público, pudiendo también adoptarse estas medidas de protección por parte de los órganos jurisdiccionales.

A nivel legal los artículos 6º, incisos 1º y 2º y 78 del CPP consagran dicha protección no exclusiva que recae en el Ministerio Público al disponer el primero que *“estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal...”*

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

Por su parte el artículo 78 relativo a la información y protección a las víctimas, dispone 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 y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir.*

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

b) 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.

c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

En relación a las medidas de protección de testigos el artículo 308 dispone que el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, debe adoptar las medidas que le otorguen la “debida protección”.

5. FISCALES DEL MINISTERIO PÚBLICO

5.1. Calidades y requisitos

La Ley Orgánica Constitucional deberá determinar las calidades y requisitos que deberán tener y cumplir los fiscales para su nombramiento (artículo 84 inciso 1º CPR).

Sin perjuicio de ello, la propia Constitución ha establecido calidades y requisitos generales que deberán contemplarse para el nombramiento de los Fiscales.

Como requisito de *carácter general* respecto de la designación de los Fiscales, deben concurrir los siguientes requisitos:

a) No debe tener la persona a designar impedimento alguno que las inhabilite para desempeñar el cargo de juez (artículo 84 CPR).

b) No pueden ser designados fiscales los miembros activos o pensionados del Poder Judicial (artículo 87 inciso 1º CPR).⁸¹

Los requisitos de carácter *especial* que se contemplan en la Carta Fundamental respecto del *Fiscal Nacional* son los siguientes:

- a) Tener a lo menos diez años de título de abogado.
- b) Haber cumplido cuarenta años de edad.
- c) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

El Fiscal Nacional durará ocho años en sus funciones y no podrá ser designado para el período siguiente (artículo 85 CPR).

Los requisitos de carácter *especial* que se contemplan en la Carta Fundamental respecto de los *Fiscales Regionales* son los siguientes:

- a) Tener a lo menos cinco años de título de abogado.
- b) Haber cumplido treinta años de edad.
- c) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

Los Fiscales Regionales durarán ocho años en sus funciones y no podrán ser designados como Fiscales Regionales para el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público (artículo 86 CPR).⁸²

⁸¹ Excepcionalmente, en la quina y en las temas que se formen *por primera vez* para proveer los cargos de Fiscal Nacional y de Fiscales Regionales, la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones podrán incluir a un miembro activo del Poder Judicial (artículo 37 transitorio, CPR, hoy 9º transitorio).

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se dejó expresa constancia acerca de la inhabilidad especial que afecta a los integrantes del Poder Judicial que “ella apunta a consolidar la autonomía del Ministerio Público frente a dicho Poder del Estado, justamente porque ambas instituciones deberán actuar en forma coordinada en procesos penales.

“Con todo, como un paliativo se resolvió agregar al proyecto una disposición transitoria nueva, que permitirá que un miembro del Poder Judicial integre la primera quina, y las primeras temas, que se formarán para designar al Fiscal Nacional y Fiscales Regionales cuando se instaure el nuevo organismo en plenitud. Naturalmente si resultaren designados deberán renunciar al cargo de juez o de ministro, por aplicación de los preceptos sobre inhabilidades e incompatibilidades que se hacen extensivos a los miembros del Ministerio Público”.

⁸² Los artículos 85 y 86 de la CPR fueron modificados por la Ley N° 20.050, rebajando los periodos de designación del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales de 10 a 8 años, en ambos casos.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se dejó expresa constancia para fijar el plazo máximo de diez años de duración en el cargo del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales, que “se tuvo en vista que con ello se sustrae a los fiscales de eventuales presiones políticas: como el plazo de su duración excede los de permanencia en el cargo del Presidente de la República y de los parlamentarios, y dado que es posible la alternancia en el poder, los fiscales permanecerán en sus funciones más tiempo que quienes hayan intervenido en su nombramiento”.

“Sus designaciones no serán renovables, porque se estimó que la naturaleza de las funciones recomienda el reemplazo regular de las personas que las cumplen. Se tomó en consideración, además, la conveniencia de poner un obstáculo, a fin de impedir la eventual desnaturalización de sus facultades con miras a iniciar una carrera política, finalidad que también persigue la inhabilidad especial para ser candidato a parlamentario que se impone a todos los fiscales”.

Los requisitos de carácter *especial* que se contemplan en la Carta Fundamental respecto de los *Fiscales Adjuntos* son los siguientes:

- a) Tener el título de abogado, y
- b) Poseer las demás calidades necesarias para ser ciudadano con derecho a sufragio.

La LOC Min. Público agrega que deben reunir los requisitos de experiencia y formación especializada adecuadas para el cargo, y no encontrarse sujeto a inhabilidades (artículo 42 LOC Min. Público).

Respecto de los Fiscales Adjuntos no se contempla un período máximo de duración en el cargo, ni incompatibilidad para ser designado Fiscal Nacional o Regional, sin perjuicio de cesar en su cargo al cumplir 75 años de edad (artículo 84 CPR).

5.2. Designación y cesación en el cargo

Para la designación del Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, la Constitución prevé que la Corte Suprema y la Corte de Apelaciones respectiva, debe llamar a un concurso público de antecedentes.

Con dichos antecedentes, la Corte Suprema debe conformar una quina para la designación del Fiscal Nacional y la Corte de Apelaciones respectiva una terna para la designación del Fiscal Regional (artículo 87 inciso 1° CPR). En caso que en la Región exista más de una Corte de Apelaciones, la terna será formada por un pleno conjunto de todas ellas, especialmente convocado al efecto por el Presidente de la Corte de más antigua creación (artículo 86 inciso 2°).

Las quinas y las ternas serán acordadas por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, en pleno especialmente convocado al efecto.

Las quinas y las ternas se formarán en una misma y única votación en la cual cada integrante del Pleno de la Corte Suprema tendrá derecho a votar por tres personas y cada integrante del Pleno de la Corte de Apelaciones respectiva tendrá derecho a votar por dos personas. Resultarán elegidos quienes obtengan las cinco o las tres primeras mayorías según corresponda. De producirse un empate, éste se resolverá mediante sorteo (artículo 87 inciso 2°).

El *Fiscal Nacional* será designado por el Presidente de la República, de entre los integrantes de la quina propuesta por la Corte Suprema. Dicha designación de Fiscal Nacional que efectúe el Presidente de la República debe contar con el acuerdo del Senado adoptado por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Si el Senado no aprobare la proposición del Presidente de la República, la Corte Suprema deberá completar la quina proponiendo un nuevo nombre en sustitución del rechazado, repitiéndose el procedimiento hasta que se apruebe el nombramiento (artículos 32 N° 14, 49 N° 9 y 85 inciso 1°).

Al efecto, se establece actualmente por el artículo 32 N° 12 de la Constitución, que “son atribuciones especiales del Presidente de la República: 12. Nombrar al Fiscal Nacional, a proposición de la Corte Suprema y con acuerdo del Senado, todo

ello conforme a lo prescrito en esta Constitución”. Concordante con ello, se agregó un N° 9 al artículo 53 de la Carta Fundamental, según el cual “son atribuciones exclusivas del Senado: N° 9 Aprobar, en sesión especialmente convocada al efecto y con el voto de los dos tercios de los senadores en ejercicio, la designación... y del Fiscal Nacional”.

En cuanto al quórum especial de voto de los dos tercios de los senadores en ejercicio para la aprobación de la designación del Fiscal Nacional por el Senado según se indica expresamente en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja constancia que “este fue necesario para aprobar el proyecto, pues se quiso que la persona propuesta concitara la voluntad de virtualmente todas las corrientes de opinión presentes en el Senado. Agregaron los autores de la indicación que hay ejemplos recientes que muestran como un quórum poco exigente pueden dar margen a graves dificultades en los nombramientos que debe hacer la Corporación.

Finalmente se concluyó en el referido informe, que “en definitiva, la solución que os proponemos exige la intervención de los tres poderes del Estado en la designación del Fiscal Nacional, lo que asegura que se elija a una persona idónea en los planos personal y profesional y que dará garantías de ecuanimidad a todos los sectores”.

Los *Fiscales Regionales* serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones de la respectiva Región (artículo 86 inciso 2° CPR).

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se dejó expresa constancia que la Comisión fue partidaria de que “estos nombramientos fueran hechos por el Fiscal Nacional, como un modo de acentuar su condición de jefe superior del organismo”.

Para la designación de *Fiscales Adjuntos*, el Fiscal Regional respectivo, debe llamar a un concurso público en conformidad con la Ley Orgánica Constitucional. Los Fiscales Adjuntos serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del Fiscal Regional respectivo (artículo 88 CPR).

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado consta que el concurso para la designación de los Fiscales Adjuntos es organizado por el Fiscal Regional respectivo, quien eleva la terna al Nacional para el nombramiento. Este mecanismo de provisión de los cargos asegura la vinculación jerárquica de los fiscales adjuntos al regional”.

Conforme la LOC Mín. Público (artículo 43), los fiscales adjuntos cesarán en sus cargos por:

- a) Cumplir 75 años de edad.
- b) Renuncia.
- c) Muerte.
- d) Salud incompatible con el cargo o enfermedad irrecuperable, de acuerdo a lo establecido en el reglamento.

e) Evaluación deficiente de su desempeño funcionario, de conformidad al reglamento.

f) Incapacidad o incompatibilidad sobreviniente, cuando corresponda.

El cese de funciones al cumplir el límite de edad de 75 años aplicable a los fiscales adjuntos y a los Fiscales Regionales, actualmente también los es respecto del Fiscal Nacional (artículos 84 y 85 final CPR, 30 inciso 2º y 43 LOC Min. Público).⁸³

5.3. Inhabilidades, incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones

Respecto del Fiscal Nacional, Fiscales Regionales y Fiscales Adjuntos se establece la inhabilidad para poder ser candidatos a diputados y senadores, dentro de un plazo determinado desde que hubieren abandonado el ejercicio de alguno de dichos cargos.

Al efecto, se modificó el artículo 57 de la Constitución Política, el cual establece respecto de esos funcionarios: “Artículo 54. No pueden ser candidatos a diputados ni a senadores: N° 9. El Fiscal Nacional, los fiscales regionales y los fiscales adjuntos del Ministerio Público.

Respecto de dichos funcionarios públicos se establece en inciso final del artículo 54, “el plazo de inhabilidad será de los dos años inmediatamente anteriores a la elección. Si no fueren elegidos en una elección no podrán volver al mismo cargo ni ser designados para cargos análogos a los que desempeñaron hasta un año después del acto electoral”.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se dejó expresa constancia que “el fundamento de esta disposición, al igual que el de la que impide designar a los fiscales por períodos consecutivos en el mismo cargo, es evitar que el ejercicio de las funciones del Ministerio Público sea desvirtuado para labrarse una posición electoral”.

Regirán, también, para los funcionarios del Ministerio Público, pero no se aplicará a los administrativos y auxiliares lo dispuesto en el artículo 62.

Por su parte la LOC Min. Público, en los artículos 60 y siguientes, regula las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones a que se hayan afectos los fiscales, las que son también aplicables al Fiscal Nacional y a los Fiscales Regionales de acuerdo al procedimiento establecido en la Constitución Política de la República, y a los funcionarios del ministerio:

A) No podrán ser fiscales quienes tengan alguna incapacidad o incompatibilidad que los inhabilite para desempeñarse como jueces (artículo 60 LOC Min. Público).

B) El Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales no podrán ser cónyuge del Presidente de la República, ni estar vinculados con él por parentesco de consanguinidad o afinidad en línea recta ni colateral hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad, o por adopción.

⁸³ El artículo 85 de la CPR fue modificado por la Ley N° 20.050, haciendo precisamente aplicable al Fiscal Nacional el límite de edad previsto en el artículo 80 de la CPR.

C) No podrán desempeñarse como fiscales en la Fiscalía Nacional, o dentro de una misma Fiscalía Regional, o en cualquier cargo dentro de una misma fiscalía, los cónyuges y las personas que tengan entre sí los vínculos de parentesco indicados anteriormente (artículo 61).

D) Las funciones de los fiscales del Ministerio Público son de dedicación exclusiva, e incompatibles con toda otra función o empleo remunerado con fondos públicos o privados. Excepcionalmente, podrán desempeñar cargos docentes de hasta un máximo de seis horas semanales, en cuyo caso deberán prolongar su jornada para compensar las horas que no hayan podido trabajar por causa del desempeño de los empleos compatibles (artículo 62).⁸⁴

E) Los fiscales que se desempeñen en el Ministerio Público estarán afectos a las siguientes prohibiciones (artículo 63):

a) Ejercer la profesión de abogado, salvo que se trate de actuaciones en que estén involucrados directamente sus intereses, los de su cónyuge, sus parientes por consanguinidad en línea recta o quienes se encuentren vinculados a él por adopción;

b) Intervenir, en razón de sus funciones, en asuntos en que tengan interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive;

c) Comparecer, sin previa comunicación a su superior jerárquico, ante los tribunales de justicia como parte personalmente interesada, testigo o perito, respecto de hechos de que hubiere tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones, o declarar en procedimiento en que tengan interés el Estado o sus organismos;

d) Efectuar actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, sin autorización judicial previa; someter a tramitación innecesaria o dilación los asuntos confiados a su conocimiento o resolución, o exigir documentos o requisitos no establecidos en las disposiciones vigentes;

e) Solicitar, hacerse prometer, aceptar o recibir cualquier tipo de pago, prestación, regalía, beneficio, donativo, ventaja o privilegio, de cualquier naturaleza, para sí o para terceros, de parte de cualquier persona, natural o jurídica, con la cual deban relacionarse de cualquier modo, en razón del desempeño de sus funciones;

f) Ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal, medios materiales o información del Ministerio Público para fines ajenos a los institucionales;

g) Usar su autoridad o cargo con fines ajenos a sus funciones;

h) Tomar, en las elecciones populares o en los actos que las preceden, más parte que la de emitir su voto personal; participar en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político, o efectuar cualquiera actividad de la misma índole dentro del Ministerio Público, e

⁸⁴ Esta incompatibilidad no se aplica a los administrativos y auxiliares del Ministerio (artículo 65).

i) Incurrir, a sabiendas, en alguna causal de inhabilitación, o permitir que incurran en ella su cónyuge o alguno de los parientes que pueden generarla.

Artículo 64. Los fiscales deberán abstenerse de emitir opiniones acerca de los casos que tuvieren a su cargo.

Regirán, también, para los funcionarios del Ministerio Público, pero no se aplicará a los administrativos y auxiliares lo dispuesto en el artículo 62.

La Contraloría General de la República informará a la autoridad que haya efectuado el nombramiento las incapacidades, incompatibilidades y prohibiciones sobrevinientes de los fiscales y funcionarios, que lleguen a su conocimiento.

5.4. Atribuciones de los fiscales

El Fiscal Nacional tiene la superintendencia directiva, correccional y económica del Ministerio Público. Sus atribuciones abarcan el ámbito administrativo, disciplinario y funcional, y se contemplan en el artículo 17 de la LOC, a quien, resumidamente corresponde:

a) Fijar, oyendo previamente al Consejo General, los criterios de actuación del Ministerio Público.

Tratándose de los delitos que generan mayor conmoción social, dichos criterios deberán referirse, especialmente, a la aplicación de las salidas alternativas y a las instrucciones generales relativas a las diligencias inmediatas para la investigación de los mismos, pudiendo establecerse orientaciones diferenciadas para su persecución en las diversas Regiones del país atendiendo a la naturaleza de los distintos delitos.

El Fiscal Nacional se encuentra facultado para dictar instrucciones generales que estime necesarias para el cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación, del ejercicio de la acción penal y la debida protección de víctimas y testigos.

b) No puede, sin embargo, impartir instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares (salvo el caso de excepción aparente contemplado en el artículo 18).

c) Fijar, oyendo al Consejo General, los criterios en materia de recursos humanos, remuneraciones, inversiones, gastos de fondos, planificación del desarrollo y de administración y finanzas.

d) Crear, previo informe del Consejo General, unidades especializadas para colaborar con los fiscales a cargo de la investigación de determinados delitos.

e) Dictar los reglamentos que correspondan en virtud de superintendencia directiva, correccional y económica.

f) Nombrar y solicitar la remoción de los Fiscales Regionales.

g) Resolver las dificultades surgidas entre los Fiscales Regionales relativos a la dirección de investigación, ejercicio de la acción penal pública o protección de víctimas o testigos.

h) Controlar el funcionamiento administrativo de las Fiscalías Regionales.

i) Administrar los recursos.

j) Solicitar, en comisión de servicio, a funcionarios de cualquier órgano de la Administración del Estado.

k) Ejercer las demás atribuciones que la LOC Min. Público u otra le confieran.

Tal como ya señalamos, el Fiscal Nacional puede asumir la persecución penal de ciertos hechos personalmente, de oficio y de manera excepcional"... *cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciera necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía*" (artículo 18).

También puede disponer que un fiscal regional asuma ciertas investigaciones cuando ello sea "*necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación*" y disponer que uno de un territorio distinto tome a su cargo las funciones "*cuando la necesidad de operar en varias regiones así lo exigiere*".

A los Fiscales Regionales corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en la Región o en la extensión geográfica de la Región que corresponda a la fiscalía regional a su cargo, por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia (artículo 27 LOC Min. Público). A ellos corresponde, conforme lo disponen los artículos 32 y 33 de la LOC Min. Público:

a) Dictar, conforme instrucciones generales del Fiscal Nacional, normas e instrucciones de organización de la fiscalía regional y la labor de fiscales adjuntos.

b) Conocer y resolver las reclamaciones de los intervinientes respecto de la actuación de un fiscal adjunto en un procedimiento determinado (artículo 33).

c) Supervisar y controlar el funcionamiento administrativo de la fiscalía regional y de las fiscalías locales que de ella dependan.

d) Velar por el eficaz desempeño del personal a su cargo y la adecuada administración del presupuesto.

e) Comunicar al Fiscal Nacional las necesidades presupuestarias de la fiscalía regional y de las fiscalías locales dependientes.

f) Proponer al Fiscal Nacional la ubicación de las fiscalías locales y la distribución en cada una de fiscales adjuntos y funcionarios.

g) Disponer las medidas que faciliten y aseguren un acceso expedito a la fiscalía regional y a las fiscalías locales, así como la debida atención de las víctimas y demás intervinientes, y

h) Ejercer las demás atribuciones que la LOC Min. Público u otra le confieran.

A los fiscales regionales corresponde el ejercicio de las facultades disciplinarias respecto de los fiscales adjuntos (artículo 48).

Como señaláramos previamente, los fiscales regionales deben dar cumplimiento a las instrucciones generales impartidas por Fiscal Nacional (artículo 35), pudiendo formular objeciones fundadas a éstas si inciden en el ejercicio de las facultades de dirigir la investigación o el ejercicio de la acción penal pública.

Por su parte, las Fiscalías Locales constituyen las unidades operativas del Ministerio Público, a cargo de la persecución criminal, responsables de la protección de las víctimas y testigos, y de la atención de público en general, a nivel local. Cada fiscalía

local estará integrada por uno o más fiscales adjuntos, quienes ejercen directamente las funciones del ministerio en los casos que el fiscal jefe les asigne.⁸⁵

Cuando una fiscalía local cuente con más de un fiscal adjunto, la distribución de los casos entre los distintos fiscales adjuntos será realizada por el fiscal jefe de conformidad a las instrucciones que al respecto imparta el fiscal nacional. En todo caso, la distribución de casos deberá hacerse siempre sobre la base de criterios objetivos, tales como la carga de trabajo, la especialización y la experiencia.

Los fiscales adjuntos dirigen la investigación de los hechos constitutivos de delitos, conforme la ley, las instrucciones generales y particulares del Fiscal Nacional y del fiscal regional. Las instrucciones particulares impartidas por el fiscal regional respectivo son obligatorias para los fiscales adjuntos en los casos que se les hubieren asignado, salvo en cuanto estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional, caso en cual pueden ejercer el derecho de representación conforme el procedimiento previsto en el artículo 44 inciso 3º de la LOC Min. Público.

Sin perjuicio de su pertenencia a una fiscalía local, en el ejercicio de las tareas que les asigna la ley los fiscales adjuntos podrán realizar actuaciones y diligencias en todo el territorio nacional, de conformidad a las normas generales que establezca el Fiscal Nacional.

5.5. *Fuero*

El artículo 90 de la CPR establece que “se aplicará al Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos lo establecido en el artículo 81”.

De acuerdo con lo establecido en dicho artículo 81, el Fiscal Nacional, a los fiscales regionales y a los fiscales adjuntos, al igual que “los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial, no podrán ser aprehendidos sin orden del Tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que debe conocer del asunto en conformidad a la ley”.

5.6. *Responsabilidad política*

El Fiscal Nacional, a los Fiscales Regionales y a los Fiscales Adjuntos no se encuentran sujetos a la acusación constitucional para hacer efectiva su responsabilidad política en caso de notable abandono de deberes de conformidad a lo establecido en los artículos 52 N° 2 letra c) y 53 N° 1 de la Carta Fundamental.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja constancia que se descartó la remoción a través del juicio político, por cuanto “la posibilidad de que los fiscales puedan ser acusados por la Cámara de Diputados y juzgados por el Senado, podría

⁸⁵ Al año 2009 existen 127 fiscalías locales en todo el país.

inhibirlos o limitarlos a la hora de investigar hechos que involucren a autoridades de los poderes Ejecutivo o Legislativo”.

Sin perjuicio de ello, se legitima a la Cámara de Diputados o a diez diputados para que pretendan hacer efectiva ante la Corte Suprema la responsabilidad disciplinaria del Fiscal Nacional y de los fiscales regionales, solicitando su remoción en caso de incapacidad; mal comportamiento; o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

La remoción del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales puede ser requerida por el Presidente de la República, la Cámara de Diputados o por diez Diputados. Además, el Fiscal Nacional puede solicitar la remoción de un Fiscal Regional.

El tribunal competente para conocer de la solicitud o requerimiento de remoción es la Corte Suprema.

Las causales que legitiman que la solicitud o requerimiento de remoción sea acogido son: a) La incapacidad; b) el mal comportamiento; o c) La negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones por parte del Fiscal Nacional y de los Fiscales Regionales.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, consta que “por lo que respecta a las causales, que se añadió la de caer el inculpado en incapacidad para ejercer el cargo y se eliminó la de incompetencia, por estimársela ambigua, desde que puede entenderse relativa a la falta de idoneidad funcionaria del fiscal o a la falta de competencia legal para intervenir en un asunto”. Además, se “tuvo presente que la remoción en la forma que quedó acordada será eficaz solamente en casos en que las infracciones constitutivas de las causales sean gravísimas. Si se tratar de faltas menos graves, o leves, o de errores, la reparación deberá buscarse por la vía administrativa o del derecho común, haciendo efectivas las responsabilidades civiles y penales nacidas de actos u omisiones atribuibles a dolo o negligencia”.

La Corte Suprema conocerá de la solicitud o requerimiento de remoción del Fiscal Nacional o de un Fiscal Regional en pleno especialmente convocado al efecto y para acordar la remoción deberá reunir el voto conforme de la mayoría de sus miembros en ejercicio (artículo 89 CPR).⁸⁶

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, indica que “se eliminó la exigencia de que la petición deba ser fundada porque, de no serlo, simplemente ella no podrá prosperar”. Además se dejó constancia que “el inculpado debe ser oído. La remoción produce efectos de inmediato, por el solo ministerio de la ley”.

Las causales de remoción de los *Fiscales Adjuntos* debe ser contemplado en la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (artículo 84 CPR), la que dispone en

⁸⁶ El artículo 89 de la CPR fue modificado por la Ley N° 20.050, reduciendo el quórum para la remoción desde cuatro séptimos a mayoría de los miembros en ejercicio.

su artículo 50 que *“La remoción, en el caso de un fiscal adjunto, procederá cuando incurra en alguna de las circunstancias siguientes:*

- 1) Incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.*
- 2) Falta de probidad, vías de hecho, injurias o conducta inmoral grave, debidamente comprobadas.*
- 3) Ausencia injustificada a sus labores, o sin aviso previo, si ello significare un retardo o perjuicio grave para las tareas encomendadas.*
- 4) Incumplimiento grave de sus obligaciones, deberes o prohibiciones.*

Sin embargo, no se aplicará la medida de remoción respecto del fiscal adjunto que incurra en la prohibición a que se refiere el artículo 9° bis, siempre que admita ese hecho ante su superior jerárquico y se someta a un programa de tratamiento y rehabilitación en alguna de las instituciones que autorice el reglamento.

Si concluye ese programa satisfactoriamente, deberá aprobar un control de consumo toxicológico y clínico que se le aplicará, con los mecanismos de resguardo a que alude el inciso segundo del artículo 66. El incumplimiento de esta norma hará procedente la remoción, sin perjuicio de la aplicación de las reglas sobre salud irrecuperable o incompatible con el desempeño del cargo, si procedieren.

6. VIGENCIA E IRRETROACTIVIDAD

“Las normas del Capítulo VII “Ministerio Público” regirán al momento de entrar en vigencia la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público. Esta ley podrá establecer fechas diferentes para la entrada en vigor de sus disposiciones, como también para determinar su aplicación gradual en las diversas materias y regiones del país” (artículo 8° transitorio inciso 1° CPR).

En el Mensaje se justifica expresamente la gradualidad de la aplicación de la reforma procesal penal al señalarnos que “el nuevo sistema procesal penal que traduce la reforma, involucra un cambio jurídico de grandes proporciones que supone un conjunto de adecuaciones normativas, estructurales, y esencialmente culturales, que imponen el desafío de realizar un proceso de transición que garantice la efectiva aplicación y viabilidad del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal.

“En este orden de consideraciones, parece fundamental programar un proceso de implementación que permita evaluar la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal. Ello importa la construcción de una forma gradual de aplicación en el país, pues lo contrario resulta un proceso inmanejable técnicamente que arriesga la prescindencia de instrumentos y formas de evaluación y seguimientos razonables y responsables.

“En atención a estas consideraciones se ha creído necesario aplicar el nuevo proceso de una manera gradual en las diversas regiones del país.

“Sin perjuicio de lo señalado, la puesta en marcha del nuevo sistema procesal penal requiere, asimismo, el reclutamiento y formación de futuros actores del sistema, entre los cuales se cuentan los miembros del Ministerio Público, Jueces y personal

administrativo. Ello exige que determinados cuerpos legales se aprueben y entren en vigencia antes de la aplicación del nuevo sistema en las regiones donde comenzará a regir”.

Por su parte, “El Capítulo VII ‘Ministerio Público’, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones” (artículo 8° transitorio inciso 2° CPR).

En el Mensaje se expresa con claridad respecto de la justificación de la aplicación del principio de irretroactividad de las nuevas leyes de reforma al procedimiento penal, al señalarnos que “como exigencia derivada de la posibilidad de planificar racionalmente el proceso de cambio de un sistema procesal penal a otro, resulta necesario establecer normas de transición que impidan la aplicación del nuevo sistema a los hechos acaecidos con anterioridad a la fecha en que la reforma procesal penal comience a regir, como también a las causas no concluidas y que se tramitan de conformidad a las reglas del sistema procesal penal vigente a esta fecha. De lo contrario no resulta posible prever el volumen real de asuntos que deberán conocerse de acuerdo al nuevo sistema, lo cual evidencia la conveniencia de proscribir fórmulas de elección alternativa de sistemas como en los hechos se ha verificado en otras legislaciones con resultados desastrosos”.

“Sin perjuicio de lo anterior, resulta de toda lógica, y en el marco de un adecuado y bien entendido sistema de garantías, que las normas relativas a las medidas cautelares personales que forman parte de nuevo sistema procesal penal, se apliquen igualmente al antiguo sistema procesal penal de manera inmediata”.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se deja constancia respecto de las disposiciones 36 transitoria y 37 transitoria (hoy 8ª transitoria) contenidas en el proyecto del Mensaje que “la Comisión refundió ambas disposiciones transitorias en una sola, redactada en términos más sencillos, que facilitarán su comprensión y aplicación. En ella se preceptúa que la entrada en vigencia de la reforma constitucional queda supeditada a la de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, que esta última puede fijar diferentes fechas para su puesta en práctica y puede determinar su aplicación gradual en las diversas regiones del país, y que las normas de la reforma constitucional de la referida Ley Orgánica Constitucional y de las enmiendas que para complementar las anteriores deban practicarse en el Código Orgánico de Tribunales y Código de Procedimiento Penal, sólo serán aplicables a hechos que hayan acaecido después que ellas hayan entrado en vigor, esto es, no tendrán efecto retroactivo.

“Durante un período continuarán aplicándose ambos sistemas procesales: el antiguo y el nuevo, aunque a distintos hechos y causas. De otro punto de vista, no será posible reemplazar un procedimiento ya iniciado por otro, ni se está consagrando un derecho de los inculpadados y los procesados a escoger un sistema de su preferencia”.

“Por lo que dice relación con la disposición trigésimo sexta transitoria aprobada, la Comisión acordó dejar las siguientes constancias:

a) que las leyes que regulan los procedimientos ante los tribunales necesarios para la administración de justicia rigen desde su publicación y pueden ser aplicables a hechos ocurridos con anterioridad a tal publicación, a menos que ellas mismas fijen otro efecto en el tiempo, lo cual no vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

b) que no es la voluntad del constituyente alterar en la presente reforma constitucional el principio general que queda enunciado en la letra a) precedente.

c) que la mención que se hace en esta disposición Trigésimosexta transitoria, del Código Orgánico de Tribunales y del Código de Procedimiento Penal, no significa que se estime necesario dar rango constitucional a la regulación de los efectos de las leyes procesales en el tiempo, sino que tiene como único y exclusivo propósito despejar dudas acerca del sentido y alcance que se desea dar a los rasgos de simultaneidad y gradualidad de la instauración del nuevo sistema de proceso penal.

d) que las enmiendas que, como consecuencia de esta reforma constitucional, deban introducirse en el Código Orgánico de Tribunales y en el Código de Procedimiento Penal, también podrán aplicarse gradualmente en las diversas regiones del país.

e) que la aplicación de leyes diversas a conflictos similares, hecha por un mismo tribunal, si atentaría contra la garantía constitucional de igualdad ante la ley.

V. LA POLICÍA

La delimitación de las competencias tanto del Ministerio Público como de la Policía en las tareas de investigación de los delitos, conforme al tenor literal y espíritu de la Constituyente, se encuentra claramente precisado, en el sentido que al fiscal le corresponde la función de dirigir la investigación preparatoria, y quienes la ejecutan materialmente son las instituciones policiales, a través de sus organismos especializados.⁸⁷

I. CONCEPTO Y FUNCIONES DE LA POLICÍA

El Capítulo XI de la Carta Fundamental, que trata de las “Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública”, ubica al Servicio de Investigaciones y de Carabineros dentro de las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, señalando que son aquellas que constituyen la fuerza pública y existen para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas (artículo 101 inciso segundo de la Constitución Política).

Estas fuerzas de orden y seguridad son consideradas como entes distintos a las Fuerzas Armadas, las cuales están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza

⁸⁷ GONZÁLEZ JURE, Gustavo. *Reforma Procesal Penal. El Ministerio Público. El juicio oral su incidencia en las funciones policiales*. Pág. 75. Imprenta de Carabineros. 2002.

Aérea, quienes, según la letra de la Constitución, son esenciales para la seguridad nacional y garantizar el orden institucional de la República.⁸⁸

La Policía en Chile se encuentra conformada por Carabineros de Chile, creado en el año 1927, en que se separa del Ejército, encontrándose regulado por la Ley Orgánica Constitucional N° 18.961 de fecha 7 de marzo de 1990, y por el Servicio de Investigaciones, creado el año 1933, encontrándose regulado por el Decreto Ley N° 2.460 de 24 de enero de 1979 y su Reglamento de 8 de julio de 1981. El primero (Carabineros) de carácter militar y preponderantemente preventivo, y el segundo (Investigaciones), de carácter civil y predominantemente represivo.⁸⁹

En el nuevo sistema procesal penal, se regula la Policía en el Párrafo Tercero, que comprende los artículos 79 a 92, del Título IV Sujetos Procesales del Libro I Disposiciones Generales del CPP.

Conforme a lo previsto en el artículo 79, las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública son auxiliares del Ministerio Público en las tareas de investigación y deben llevar a cabo las diligencias necesarias para los fines previstos en el CPP. De esta manera aparece que la Policía es un sujeto procesal, no interviniente en el proceso, en los términos previstos en los artículos 12 y 79 y siguientes.

En el artículo 79, “el Código sienta el principio de que la Policía de Investigaciones es la llamada a cumplir, en primer lugar, estas funciones, sin perjuicio de que Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar de Ministerio Público, deberá desempeñar las funciones antes aludidas “*cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere*”. Excepcionalmente, tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público podrá también impartir instrucciones a Gendarmería de Chile, que actuará conforme a las normas del mismo Código”⁹⁰. Conforme a lo anterior Carabineros de Chile desempeña un rol subsidiario en el plano investigativo de los delitos.⁹¹⁻⁹²⁻⁹³

⁸⁸ DÍAZ URIBE, Claudio. *La Policía en los Estados de Derecho Latinoamericanos. El caso Chile*. Págs. 162 y 163. Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional. 2003.

⁸⁹ Véanse DÍAZ URIBE, Claudio. Ob. cit. Pág. 165. TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Desafíos de la Policía en el tiempo presente*. Págs. 335 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 2007. Santiago, Chile.

⁹⁰ CHAHUÁN SARRÁS, Sabás. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Pág. 82. LexisNexis-ConoSur. Noviembre 2002.

⁹¹ Dicho rol subsidiario de Carabineros se ratifica en el artículo 8° la LOC de la Policía de Investigaciones de Chile.

⁹² Debe consignarse que Carabineros de Chile fue originalmente concebida específicamente con funciones preventivas. En la práctica y a través de diversas modificaciones legales se ha ido estableciendo la tendencia a conformarse también en una policía investigativa. El actual artículo 3° de la LOC de Carabineros permite en forma expresa desde 1990 que éste establezca servicios policiales necesarios para el cumplimiento de sus fines, pudiendo participar en la investigación de los delitos a través de sus laboratorios y organismos especializados. Debe así mencionarse la creación del laboratorio criminológico (labocar) y el Servicio de Investigaciones Policiales (SIP).

⁹³ La existencia y participación de ambos cuerpos en la labor investigativa de los delitos ha generado innumerables inconvenientes prácticos, disputas y discusión en el plano normativo.

Como órgano auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación, le corresponde la Policía obligatoriamente llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en el CPP; en especial, lo dispuesto en los artículos 180, 181 y 187, es decir, les corresponderá consignar y asegurar todo cuanto conduzca a la comprobación del hecho e identificación de los partícipes; hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, identificación de testigos y consignación de sus declaraciones, levantar nota de huellas, rastros o señales y todo otro dato pertinente, todo ello conforme a las instrucciones que le impartan los fiscales (artículo 79).

La consagración de la función auxiliar de ambas policías respecto de la tarea de investigación, se traduce en que los fiscales pueden dirigir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública, las cuales deben ser cumplidas de inmediato y sin más trámite.⁹⁴

De ahí, también, que el Ministerio Público esté facultado por ley para impartir instrucciones generales a la policía (artículo 87 del CPP), atribución que hoy se encuentra aplicada en diversos instructivos y oficios emanados de la Fiscalía Nacional, a través de los cuales se regula la actuación policial, como son a título ejemplar los Instructivos N°s. 19 y 31, que dicen relación con las funciones autónomas de la policía.

Los funcionarios de Fuerzas de Orden y Seguridad Pública actúan bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público.

Al efecto, dispone el inciso 1° del artículo 80 que los funcionarios Fuerzas de Orden y Seguridad Pública que, en cada caso, cumplieren funciones previstas en el CPP, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su dependencia de las autoridades de la institución a la que pertenecieren.

De acuerdo con ello, “la ley establece la subordinación únicamente funcional de la policía al Ministerio Público, dejando incólume su dependencia orgánica a la superioridad del respectivo cuerpo policial”.⁹⁵⁻⁹⁶

⁹⁴ Véanse artículos 83 de la Constitución Política; 4° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público; 4° de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, según su texto modificado por la Ley N° 19.806 sobre normas adecuatorias, y 80 del CPP.

⁹⁵ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 179. 2002.

⁹⁶ Sobre la materia se nos ha señalado por el General de Carabineros y Abogado, don Gustavo González Jure que “En relación con la delimitación de las competencias entre ambos, cabe destacar que tanto la letra como el espíritu del Constituyente, en el artículo 80 A del Código Político, deja en evidencia que al Fiscal le corresponde la función de dirigir la investigación preparatoria, y quienes la ejecutan materialmente son las instituciones policiales, a través de sus organismos especializados. GONZÁLEZ JURE, Gustavo. *Reforma Procesal Penal. El Ministerio Público. El juicio oral su incidencia en las funciones policiales*. Pág. 75. Imprenta de Carabineros. 2002. Si bien en un comienzo el proyecto de reforma constitucional le asignaba al Ministerio Público la misión de practicar la investigación preparatoria y de dirigir la actuación de la policía, posteriormente se precisó que al referido órgano le corresponderá dirigir en forma exclusiva la investigación fiscal preparatoria y que son los servicios policiales que establece la Constitución Política de la República quienes investigan. “El reemplazo de la expresión “investigar” por “dirigir la investigación” obedece al hecho de que quien ejecuta materialmente esas acciones es

La policía debe cumplir inmediatamente y sin más trámite las órdenes impartidas por los fiscales y jueces, cuya procedencia, conveniencia y oportunidad no pueden

Continuación nota ⁹⁶

la policía, prefiriéndose hacer una referencia genérica a las Fuerzas de Orden y Seguridad que hace el artículo 90 de la Constitución”.

La facultad de dirección del fiscal determina una especie de subordinación funcional de la policía en tareas de investigación; en ningún caso orgánica o jerárquica, toda vez que la reforma en nada altera la dependencia de las instituciones policiales de sus propios mandos y de la Administración.

Ahora bien, tomando en consideración la normativa constitucional y su debate parlamentario, respecto de la creación del Ministerio Público, estimamos que la tarea del fiscal es direccionar en forma estratégica, encausando jurídicamente la investigación en un determinado sentido bajo su responsabilidad, pero el cómo realizar las indagaciones debe reservarse a las Instituciones Policiales, a través de sus organismos especializados en la investigación criminalística, pues se trata del ejercicio de funciones inherentes y que además son de carácter eminentemente técnico-policial.

Especialmente ilustrativas son a este respecto las palabras expresadas en su oportunidad por la Sra. Ministra de Justicia de la época, doña María Solcidad Alvear, en su intervención al inaugurar el Seminario “Los Desafíos en las relaciones Policía-Ministerio Público” realizado en la Universidad Central el año 1999, quien en la parte pertinente manifestó: “Sería erróneo, sin embargo, representarse un Ministerio Público que realiza por sí mismo las tareas concretas de investigación y que decide cada uno de los pasos que la Policía, en cuanto órgano colaborador, debe seguir en una investigación a su cargo. Como lo demuestra toda la experiencia comparada, eso no es posible ni deseable. Es la policía, tanto por capacidad operativa como por preparación, la encargada —en lo general— de la investigación concreta, en tanto que el rol del Ministerio Público debería concentrarse en controlar esa tarea específica y encausarla estratégica y jurídicamente con miras al eventual juicio”.

La función del fiscal dice relación con la dirección estratégica de la investigación, discriminando los antecedentes aportados por la policía para encausarla jurídicamente hacia el juicio oral. Se trata entonces, de no maximizar la intervención del fiscal en términos de inhibir o sustituir a la policía en tareas que le son propias. Al respecto, la Comisión de la Cámara en su Informe expresó: “Crear que el Ministerio Público pueda reemplazar a la Policía es insólito y los Sres. Diputados de la Comisión que viajaron a Alemania pudieron comprobarlo en forma empírica. La Policía siempre realizará las primeras indagaciones. Posiblemente habrá que atender a una situación en que se establezca una coordinación, fruto de una relación construida”. GONZÁLEZ JURE, Gustavo. *Reforma Procesal Penal. El Ministerio Público. El juicio oral su incidencia en las funciones policiales*. Pág. 82. Imprenta de Carabineros. 2002.

A mayor abundamiento, en la audiencia de la H. Comisión del Senado donde participaron el Fiscal Salvi de Italia y catedráticos de Argentina y Brasil, señalaron que la policía, desde que toma conocimiento de un hecho que presente caracteres de delito, tiene todas las facultades para investigar de inmediato sin perjuicio del informe que deban dar al fiscal. GONZÁLEZ JURE, Gustavo. *Reforma Procesal Penal. El Ministerio Público. El juicio oral su incidencia en las funciones policiales*. Págs. 83 y 84. Imprenta de Carabineros. 2002.

Ahora bien, con el objeto de hacer practicable la dirección de la investigación de los delitos por parte del Ministerio Público, el artículo 80 A de la Carta Fundamental, el artículo 1º de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, el artículo 4º de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, y los artículos 80 y 180 del Código Procesal Penal, consagran la denominada “facultad de imperio del Ministerio Público”, esto es, la facultad de los fiscales de impartir órdenes directas a las Fuerzas de Orden y Seguridad durante la investigación, las cuales deben ser cumplidas de inmediato y sin más trámite, sin que puedan calificar la procedencia, conveniencia y oportunidad de la orden.

Solamente tratándose de actuaciones o diligencias que priven, restrinjan o perturben al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, la policía deberá requerir del fiscal la exhibición de la autorización judicial previa, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 9º y 80, inciso tercero, del Código Procesal Penal.

Con todo, en los casos urgentes incorporados al Código por la Ley N° 19.789, antes citada, o sea, cuando la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, la autorización judicial podrá ser exhibida posteriormente.

calificar, sin perjuicio de requerir la exhibición de la *autorización judicial previa*, cuando correspondiere, salvo los casos urgentes previstos en el artículo 9° en su parte final (autorización por cualquier medio idóneo) en los que autorización judicial se exhibirá posteriormente.

Por otra parte, se prevé que deben existir comunicaciones entre el Ministerio Público y la policía en relación con las actividades de investigación de un caso particular, las que se realizarán “*en la forma y por los medios más expeditos posibles*” según prevé el artículo 81. De acuerdo con ello, actualmente resulta completamente natural que fiscales y policías se comuniquen por teléfono, correo electrónico, fax, etc.

Finalmente, deben llevarse registros policiales por la Policía de las diligencias que realizan.

Investigaciones y Carabineros deben levantar un registro de la información recopilada dejando constancia inmediata de las diligencias practicadas, con indicación de día, hora y lugar en que se realizaron y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación, dejando además constancia en dicho registro, de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez. El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y en lo posible por las personas que hayan intervenido en los actos o proporcionado alguna información. Cabe consignar que el Ministerio Público puede requerir en cualquier momento los registros de las actuaciones policiales (artículos 88 y 228).

Las actuaciones de investigación realizadas por la policía tienen el carácter de secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

El imputado y demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y documentos de la investigación policial, salvo orden del fiscal que disponga el secreto para tales personas, respecto de determinados documentos, registros o actuaciones, circunstancia que no puede exceder de 40 días. No obstante ello, el imputado o cualquier otro interviniente puede solicitar al juez de garantía, que ponga término al secreto o lo limite en cuanto a su duración, actuaciones o personas a quienes afecte. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas (artículo 182).

Por mandato expreso del legislador, el fiscal no podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participare el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

Finalmente, cabe tener presente que dichos registros en caso alguno pueden reemplazar las declaraciones del policía en el juicio oral. De esta forma, el funcionario policial aprehensor, testigo o perito necesariamente debe concurrir a la audiencia del juicio oral y reproducir su actuación policial, a través de un testimonio fidedigno de todo lo realizado (artículos 228 inciso final y 340 inciso 2°).

2. FUNCIONES ESPECÍFICAS DE LA POLICÍA EN EL SISTEMA PROCESAL PENAL

En primer lugar, debe resaltarse que el sistema procesal penal sólo se ha preocupado de regular la fase investigativa, pero no la función preventiva que le corresponde a la Policía.

De acuerdo con ello, se ha señalado respecto de la función preventiva policial, que “en este sentido, ni las normas del Código Procesal Penal, ni los nuevos órganos creados para la reforma, ni las nuevas relaciones que se generan entre la policía y estos últimos, alteran las competencias, atribuciones y responsabilidades que la policía, en especial Carabineros, tiene en materia de resguardo del orden y la seguridad pública”.⁹⁷

En segundo lugar, nos encontramos con la función policial persecutoria de la policía, dentro de las cuales cabe distinguir aquellas diligencias que pueden ejecutar bajo las órdenes del fiscal del Ministerio Público, y las actuaciones que la policía está obligada o facultada a realizar por prescripción del legislador, sin orden del fiscal y autorización alguna, comúnmente conocidas como “actuaciones policiales de oficio, autónomas o sin orden previa”.

Consecuentemente con lo anterior, hemos de señalar que en nuestro sistema no se faculta a las policías a actuar autónomamente⁹⁸, sino que más bien podemos referirnos a una autonomía restringida, ya que existen ciertas actuaciones de la policía que ésta puede realizar sin orden previa.

2.1. *Función de investigación de los delitos bajo las órdenes del fiscal*

La regla general, de acuerdo al artículo 79 del CPP, es que la policía como auxiliar del Ministerio Público sólo puede, conforme a las instrucciones de los fiscales, llevar a cabo las tareas de investigación para el esclarecimiento y averiguación del hecho que presente caracteres de delito y sus partícipes.

Para tal efecto, deberá hacer constar el estado de las personas, cosas y lugares, identificará a los testigos del hecho investigados y consignará sus declaraciones y realizará las operaciones científicas conforme a lo previsto en el artículo 181.

Como actividad de investigación se encuentra el levantamiento del cadáver, en casos de muerte en la vía pública. En este caso la función policial consiste en describir el

⁹⁷ General de Carabineros y abogado, Gustavo GONZÁLEZ JURE, “Reforma Procesal Penal: Un nuevo escenario para la función policial”, Diplomado Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

⁹⁸ Como podría citarse el caso de EE.UU. o Alemania.

“Un ejemplo paradigmático de amplia discrecionalidad policial en el proceso penal es el caso inglés, en que la policía es la única jurídicamente habilitada para llevar a cabo las diferentes actuaciones que configuran la investigación preparatoria, de ponderar los antecedentes que recoja y decidir la persecución penal del respectivo delito. Hasta la dictación de la Prosecution of Offences Act de 1985, la policía tenía, además, el poder exclusivo sobre el curso del caso con posterioridad a la clausura de la investigación, esto es, el archivo del mismo o el ejercicio de la acción penal. Con la nueva ley, que crea el Crown Prosecution Service, los poderes policiales se debilitan si bien continúan siendo exorbitantes en comparación a los que poseen sus homónimos del continente europeo”. DELMAS-MARTY (M), “Procesos penales en Europa”, en HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ, Julián M. Ob. cit. Tomo I. Pág. 174.

lugar del hecho, consignar todo cuanto conduzca a su comprobación e identificación de los partícipes y demás actividades mencionadas en el acápite precedente. En este caso, *la orden de levantamiento del cadáver podrán ser realizadas por el jefe de la unidad policial correspondiente, en forma personal o por intermedio de un funcionario de su dependencia...*, debiendo dejarse constancia de lo obrado en un registro que posteriormente debe remitir al fiscal (artículo 90).

Conforme a las instrucciones impartidas por el Ministerio Público, esta atribución facultativa conferida al Jefe de la Unidad Policial correspondiente, sólo se debe hacer efectiva en los casos de Muerte en la Vía Pública causada por accidente de tránsito y en el resto de los casos de muerte por razones distintas, se debe proceder de acuerdo a las reglas generales, aun cuando la norma no hace distinción alguna.

El responsable del levantamiento del cadáver es el Jefe de la Unidad Policial correspondiente (Unidad o Destacamento), y las actuaciones de un funcionario de su dependencia, se hacen bajo su responsabilidad.⁹⁹

En relación con los medios de pruebas, de conformidad al artículo 187 del Código, los objetos, documentos e instrumentos de cualquier clase que parezcan haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado o los que de él provengan o los que puedan servir como medios de prueba, así como los que se encuentren en el sitio del suceso, serán recogidos, identificados y conservados bajo sello, levantándose un registro de la diligencia, conforme a las instrucciones que imparta el fiscal.

Con esta diligencia se inicia la denominada “cadena de custodia de la evidencia”, procedimiento que adquiere gran importancia al permitir probar posteriormente en el juicio oral que la evidencia encontrada en el sitio del suceso o durante la investigación es la misma que se presenta en esa audiencia.

En el sitio del suceso debe trabajar el personal experto que designe el fiscal conforme a lo previsto en el artículo 181 y 187, correspondiéndole a la Policía sólo resguardar el *Sitio del Suceso*, sin orden previa, conforme a lo previsto en el artículo 83, letra c).

Este personal policial experto designado por el fiscal deberá recoger, identificar y conservar bajo sello las evidencias de cualquier clase que parezcan haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que puedan ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos al fiscal, dejando constancia, en el registro que se levante, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaron a cabo esta diligencia (artículo 83 letra c) inciso 2º). En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible (artículo 83 letra c) inciso 3º).

⁹⁹ General de Carabineros y abogado, GONZÁLEZ JURE, Gustavo. “Reforma Procesal Penal: Un nuevo escenario para la función policial”. Diplomado Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad.

2.2. Actuaciones de la policía sin orden previa, autónomas o de oficio

Bajo el sistema proccsal penal del CPP se contemplan actuaciones autónomas o que la policía debe realizar sin orden previa del fiscal, por cuanto su autorización para realizarla emana directamente en la ley.

Las principales diligencias autónomas o que pueden realizarse sin orden previa se encuentran consagradas en el artículo 83, sin perjuicio de otras actuaciones que con semejante carácter se encuentran contempladas en otros preceptos como las relativas al control de identidad (artículo 85); registro de vestimentas, equipaje o vehículos del imputado (artículo 89); levantamiento de cadáveres en la vía pública (artículo 90); citación en caso de flagrancia (artículo 134); incautación inmediata (artículo 187); entrada y registro de lugares cerrados (artículo 206), etc.¹⁰⁰

Cabe hacer notar, en todo caso, que la regulación de este tipo de actuaciones se encuentran complementadas por instrucciones generales del Ministerio Público, dictadas de conformidad a lo dispuesto por el artículo 87 del CPP.

a) Prestar auxilio a la víctima

En la práctica, la Policía cumple un rol protagónico en brindar auxilio a la víctima en atención a que son normalmente los primeros con los cuales ella toma contacto luego de la comisión de un hecho punible, y cuenta con los medios además para brindarle una adecuada protección frente al imputado.

En este sentido, el artículo 83 letra a) dispone perentoriamente, y como primera actuación autónoma de la policía, la obligación de *prestar auxilio a la víctima*, o sea, la obligación de resguardar su integridad física y psíquica como primera medida a adoptarse en un procedimiento policial.

Sobre la materia, se nos ha señalado que “con esto el sistema revela que nada es más importante que cautelar los intereses de la víctima del hecho delictual, al extremo que se prioriza la conservación de su vida e integridad física por sobre la persecución criminal. En efecto, actuaciones como la detención en caso de flagrancia, el resguardo del sitio del suceso y el empadronamiento de testigos son actuaciones importantísimas, que naturalmente deben ser realizadas por la policía, pero que ceden en un caso concreto ante el interés de conservar la vida de una víctima.

“De ahí la gran relevancia que tiene para el logro de objetivos en la persecución criminal el que la policía tenga siempre predefinido la manera en que se actuará en aquellos casos en que exista una víctima con riesgo a su vida, un imputado en situación

¹⁰⁰ Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Págs. 154 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

de flagrancia, un lugar de los hechos con evidencia que puede desaparecer y testigos presenciales de los hechos. El trabajo paralelo que deberá realizar del equipo policial que primero llegue al lugar no puede ser improvisado, ya que de las decisiones que se tomen en ese momento dependerá prácticamente todo el devenir de la investigación y los resultados del proceso”.¹⁰¹

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 6º del CPP, dispone que: “*Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir*”, precepto a través del cual se persigue el propósito de lograr evitar que acaezca lo que se denomina “*victimización secundaria*”.

*b) Practicar la detención en caso de flagrancia*¹⁰²

Una persona puede ser detenida en caso de delito flagrante con el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere (artículo 125), contemplándose las situaciones de flagrancia en el artículo 130.

En caso de detención por delito flagrante, el agente policial que hubiere realizado la detención o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al Ministerio Público en un breve plazo que no puede exceder de 12 horas. Informado el fiscal, éste puede dejar sin efecto la detención u ordenar que sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo de 24 horas, contado desde el momento de la aprehensión. Si nada dice, la policía debe conducir al detenido ante la presencia del Juez de Garantía dentro del plazo indicado (artículos 131 y 132).¹⁰³

c) Resguardar el sitio del suceso

Para resguardar el sitio del suceso, la Policía impedirá el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el Ministerio Público designare.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en

¹⁰¹ General de Carabineros y abogado, GONZÁLEZ JURE, Gustavo. “Reforma Procesal Penal: Un nuevo escenario para la función policial”. Diplomado Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

¹⁰² Esta materia será tratada al referirnos a las medidas cautelares personales.

¹⁰³ Sobre la materia pueden consultarse Instructivos Generales 13 y 61 de la Fiscalía Nacional.

el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevarán a cabo esta diligencia;

En aquellos casos en que en la localidad donde ocurrieren los hechos no exista personal policial experto y la evidencia pueda desaparecer, el personal policial que hubiese llegado al sitio del suceso deberá recogerla y guardarla en los términos indicados en el párrafo precedente y hacer entrega de ella al Ministerio Público, a la mayor brevedad posible.¹⁰⁴

En el caso de delitos flagrantes cometidos en zonas rurales o de difícil acceso, la policía deberá practicar de inmediato las primeras diligencias de investigación pertinentes, dando cuenta al fiscal que corresponda de lo hecho, a la mayor brevedad.

d) Identificar a los testigos

El artículo 83 letra d) establece que sin requerir orden particular de los fiscales, la policía podrá identificar a los testigos y consignar sus declaraciones voluntarias (tratándose de los casos de flagrancia y resguardo del sitio del suceso).

e) Recibir las denuncias del público e informarlas inmediatamente por el medio más expedito al Ministerio Público (artículo 83 letra e)

Recibida una denuncia, la policía informará inmediatamente y por el medio más expedito al Ministerio Público. Sin perjuicio de ello, procederá, cuando correspondiere, a realizar las actuaciones autónomas o sin orden previa, respecto de las cuales se aplicará, asimismo, la obligación de información inmediata (artículo 84).

f) El Control de Identidad de Personas

No se requiere instrucción previa del fiscal para realizar el control de identidad de personas, en casos fundados, conforme a lo previsto en el artículo 85.¹⁰⁵

Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.¹⁰⁶

El conjunto de procedimientos relacionados con el control de identidad no pueden extenderse por un plazo superior a seis horas, transcurridas las cuales la persona deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa, o se niegue a acreditar su identidad caso en el cual se procederá a su detención, como autora de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Inciso agregado por Ley N° 20.253 de 14 de marzo de 2008. Véase RICHARD, Guillermo. *Ley N° 20.253. Agenda Corta Antidelincuencia*. Págs. 84 y siguientes. 2008. Legis. Santiago, Chile.

¹⁰⁵ Esta materia será analizada a propósito de las medidas cautelares personales.

¹⁰⁶ Artículo 85, inciso 2°.

¹⁰⁷ Artículo 85, incisos 4° y 5°.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona, deberán realizarse en la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.¹⁰⁸

g) Citación en caso de flagrancia

Quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, esto es, faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio (artículo 134 inciso 1°).

La policía podrá registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada. Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí el procedimiento de citación.

No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26.¹⁰⁹

En todos los casos señalados, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte.

h) Entrada y registro en lugares de libre acceso público

Carabineros y la policía en general están facultados para efectuar el registro de lugares de libre acceso público, en busca del imputado con orden de detención, rastros, huellas del hecho que se investiga o medios que puedan servir para la comprobación del mismo (artículo 204).

i) Entrada y registro en lugares cerrados

Para los efectos de determinar la forma en que puede llevarse a cabo la diligencia debemos distinguir:

– Entrada y registro con consentimiento expreso del propietario o encargado del recinto.

Cuando se presuma que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investiga, se encuentre en un lugar cerrado, se podrá ingresar si el propietario o encargado da su autorización, en cuyo caso la diligencia se practica de inmediato, previa individualización del funcionario a cargo, cuidando que ésta se realice causando el menor daño y molestias posibles, entregando al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro.

¹⁰⁸ Artículo 85, inciso 7°.

¹⁰⁹ Artículo 134, inciso 4°.

– No hay consentimiento del propietario o encargado del recinto.

Si el propietario o encargado del recinto no permite la entrada y registro, la policía deberá informar al fiscal, a fin de que recabe la respectiva autorización judicial. Sin perjuicio de lo anterior, el personal adoptará las medidas necesarias para evitar la fuga del imputado (artículo 205).

– Entrada y registro por autorización directa de la ley.

No se requerirá el consentimiento expreso del propietario o encargado ni la autorización judicial previa para la entrada y registro en un lugar cerrado (casa habitación u otra), cuando por las llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes, aparezca que en ese recinto cerrado se está cometiendo un delito (artículo 206).¹¹⁰

De dicho procedimiento deberá darse comunicación al fiscal inmediatamente terminado y levantarse un acta circunstanciada que será enviada a éste dentro de las doce horas siguientes. Copia de dicha acta se entregará al propietario o encargado del lugar.

Tratándose del delito de abigeato, la policía podrá ingresar a los predios cuando existan indicios o sospechas de que se está perpetrando dicho ilícito, siempre que las circunstancias hagan temer que la demora en obtener la autorización del propietario o del juez, en su caso, facilitará la concreción del mismo o la impunidad de sus hechos.

– Entrada y registro con orden judicial.

Esta será la forma común de ingresar a un edificio o recinto cerrado, mediante una resolución del juez garantía que autoriza la diligencia a Carabineros. La orden tiene una vigencia máxima de 10 días, no obstante, el juez que emita la orden puede establecer un plazo menor (artículos 208, 212, 214).

i) Interrogatorio al imputado

La policía podría proceder con el interrogatorio al imputado, en forma autónoma, sólo en presencia de su abogado defensor, pudiendo en caso contrario, sólo constatar la identidad del sujeto (artículo 91 CPP).

“La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Si, en ausencia del defensor, el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal¹¹¹. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare

¹¹⁰ En este sentido, véase Corte Suprema 27.2.2003. Rol 161.03/161/-03. *Revista Procesal Penal*. Págs. 39 y siguientes. N° 8. Abril 2003.

¹¹¹ Debemos dejar constancia que la declaración del imputado debe prestarse ante el fiscal de la causa y no ante los abogados asistentes de éste. En efecto, no obstante las facultades que se les han conferido a éstos para realizar ciertas diligencias (por ejemplo para comparecer a la audiencia de control de la detención o para tomar las declaraciones de testigos) no se encuentran facultados para tomarle declaración al imputado.

a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”.

Debemos tener presente, que los registros policiales no pueden reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral, por lo que no cabe duda que los atestados de los policía podrían versar en relación con las diligencias que les fueron encomendadas y tuvieron intervención durante la etapa de investigación y la contrainterrogación no cabe duda tiene que ser en relación con ello.¹¹²

En síntesis, la Policía en una investigación criminal siempre actuará, sea por instrucciones del Ministerio Público, las que pueden ser específicas o generales, o bien por contar con autorización expresa por parte del legislador, sin perjuicio de tener que efectuar siempre las labores preventivas establecidas en la Constitución y la ley.

Se ha resuelto que “La Defensa sostuvo que el inculpado no podía ser condenado por cuanto la investigación de los hechos se realizó de modo ilegal, ya que afirmó ella había sido conducida y realizada por un funcionario policial, siendo que la dirección de la misma debió hacerse por el Ministerio Público. La alegación de la Defensa no puede prosperar, pues existen varios textos legales que permiten la actuación investigativa de la policía sin requerir de instrucciones específicas del Ministerio Público. Al efecto, podemos citar lo dispuesto en el artículo 180 inciso 1° del Código Procesal Penal, que dispone que los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideren conducentes al esclarecimiento de los hechos. El artículo 4° de la Ley N° 18.961, Orgánica Constitucional de Carabineros, señala que “Carabineros de Chile prestará a las autoridades judiciales el auxilio de la fuerza pública que estos soliciten en el ejercicio de sus atribuciones. Además, colaborará con los fiscales del Ministerio Público en la investigación de los delitos cuando así lo dispongan, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales...”. A su turno, y en lo que concierne a la otra autoridad policial existente en nuestro país, el artículo 4° del Decreto Ley N° 2.460, de 1979, referido a la Ley Orgánica de la Policía de Investigaciones dispone “que la misión fundamental de la Policía de Investigaciones de Chile es investigar los delitos de conformidad a las instrucciones que al efecto dicte el Ministerio Público, sin perjuicio de las actuaciones que en virtud de la ley le corresponde realizar sin mediar instrucciones particulares de los fiscales”. El anterior marco normativo es concordante con lo dispuesto en el artículo 87 del CPP que se refiere a la posibilidad de entregar instrucciones generales a la policía para el cumplimiento de sus funciones, las que tampoco se acreditó que se hubieran incumplido en este proceso”.¹¹³

¹¹² Corte Apelaciones de Chillán. 7.1.2005. *Revista Procesal Penal* N° 31. Págs. 67 y siguientes. Enero 2005.

¹¹³ Tribunal Juicio Oral Viña del Mar. 18.7.2005. *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 164 y siguientes. Julio 2005.

2.3. Prohibición de informar

El legislador estableció una prohibición limitada a la policía y restringió la información a los medios de comunicación social acerca de la identidad de detenidos, imputados, víctimas, testigos u otras personas que se encuentren o puedan resultar vinculadas a la investigación de un hecho punible (artículo 92)¹¹⁴

VI. EL IMPUTADO

*El concepto de imputado, en fin de cuentas, expresa una relación; pero uno de los principios del método, en el cual pocos han puesto hasta ahora atención atañe a la necesaria correlación entre relación y el acto. Al imputado, diríase a la luz del buen sentido, debe corresponder la imputación. La imputación, ciertamente es un acto. Sin ese acto no puede haber aquel estado que se indica con la palabra imputado, como no puede haber un condenado sin condena.*¹¹⁵

1. CONCEPTO DE IMPUTADO

El imputado es la persona a quien se atribuyere participación en un hecho punible desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (artículo 7º inciso 1º).

¹¹⁴ El texto propuesto por el ejecutivo y aprobado por la Cámara de Diputados contenía otros incisos (primero y tercero) donde se prohibía a los funcionarios policiales dar información acerca de la diligencias que practiquen, sus resultados y las órdenes que deban cumplir, seguidamente se establecía un castigo penal por infracción a las disposiciones del artículo en referencia.

En la discusión parlamentaria, la Cámara aclaró que el objeto de la disposición era impedir que los funcionarios policiales proporcionen información a la prensa antes de que la conozca el fiscal o el tribunal. Se observó que la originalidad del proyecto en que no existe ya el secreto del sumario; todo es público en estos procesos, por lo que en principio, no habría ninguna razón para que la policía esté impedida de proporcionar la información a la que tienen acceso las partes. No tendría sentido tener un juicio oral abierto si se prohíbe informar.

Se agregó, además, que el material del proceso penal, estrictamente, desde el punto de vista público, sigue siendo de acceso restringido, mientras no sea transformado en actuaciones judiciales formales y bilaterales, que son públicas. Su acceso está limitado a los intervinientes, en atención a la protección del honor y de los intereses de aquellos que están amparados en el principio de inocencia.

El Senado finalmente estuvo de acuerdo en que le da mayor transparencia a la gestión policial, el hecho que sus actividades sean conocidas, siempre que exista debida coordinación con el fiscal a cargo del caso o esté prevista dentro de las instrucciones generales que sean aplicables, con el objeto de evitar que se vea afectada la investigación. En tal sentido flexibilizó la disposición, suprimiendo el inciso primero y el tercero y restringir la información sólo a los medios de comunicación social, acerca de identidades de personas vinculadas al hecho criminal. General de Carabineros y abogado, GONZÁLEZ JIRE, Gustavo. "Reforma Procesal Penal: Un nuevo escenario para la función policial". Diplomado Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Ob. cit.

¹¹⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Serie Clásicos del derecho procesal penal. Cuestiones sobre el proceso penal*. Vol. 2. Págs. 60 y 61. Editorial Jurídica Universitaria. 2002. México.

Para este efecto se entenderá por primera actuación del procedimiento *cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realicare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible* (artículo 7°).¹¹⁶

En consecuencia el imputado es el interviniente en contra de quien se dirige la pretensión punitiva, atribuyéndose participación en un hecho punible, desde la primera actuación del procedimiento, sin que obviamente sea menester que aquél se encuentre formalizado.¹¹⁷

La determinación de la calidad de imputado reviste particular importancia, atendido a que es a quien corresponde ejercer las *facultades, derechos y garantías* que la Constitución Política de la República, el CPP y otras leyes le reconocen (artículo 7° inciso 1°).

En consecuencia las facultades, derechos y garantías que el imputado tiene derecho a ejercer dentro del proceso se extienden desde la primera actuación del procedimiento, cualquiera sea la diligencia o gestión y *hasta la completa ejecución de la sentencia*.

Lo primero que debe establecerse para despejar el concepto de imputado, es analizar específicamente quien puede ser imputado, desde cuando y hasta que momento reviste ese carácter en el proceso penal.

En cuanto al artículo 7° se ha señalado que “la riqueza de esta norma es manifiesta y su importancia vital, por lo que nos detendremos un minuto en su dimensión sustancial.

“Esta norma regula con claridad los siguientes aspectos:

1° Define quien es el ‘imputado’ para el derecho: es ‘imputado’ la persona a quien se atribuye participación en un hecho punible a través de cualquier diligencia o gestión realizada por o ante un tribunal con competencia criminal, el Ministerio Público o la policía.

2°. Señala la oportunidad para hacer valer los derechos del imputado: las facultades, derechos y garantías que la Constitución y leyes reconocen al imputado, podrá hacerse valer por éste desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia.

3°. Puntualiza el concepto de ‘primera actuación del procedimiento’: se entenderá por tal cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación o de carácter cautelar o de otra especie, que se realicare por o ante un tribunal con competencia en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en que se atribuyere a una persona responsabilidad en el hecho punible”.¹¹⁸

¹¹⁶ Ej.: desde la detención por delito flagrante; desde la petición de información a una autoridad u otra persona; desde la autorización judicial para realizar una actuación determinada, etc.

¹¹⁷ Véase CAMPS ZELLER, José Luis. *La defensa del imputado en la investigación en el nuevo proceso penal*. Págs. 65 y siguientes. LexisNexis. 2003.

¹¹⁸ ZAPATA G., María Francisca. “El cinturón de seguridad del derecho de guardar silencio/Prestar declaración del Detenido: La Intervención oportuna y efectiva del defensor”. Pág. 265. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 6. Año 2005.

2. REQUISITOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA QUE PUEDA LLEVARSE A EFECTO VÁLIDAMENTE UN JUICIO EN EL CUAL PUEDA SER CONDENADO UN IMPUTADO

Los requisitos que deben concurrir respecto de una persona para que se pueda ejercer en su contra la acción penal dentro del proceso, de manera que nos permita llegar a la dictación de una sentencia definitiva condenatoria en el juicio oral, son los siguientes:

- a) Debe tratarse de una persona natural.
- b) Debe estar vivo.
- c) Debe ser personalmente responsable del delito o cuasidelito.
- d) Debe tratarse de una persona imputable.
- e) Debe estar presente en el juicio;
- f) Deben haberse llevado a cabo los procedimientos previos o antejuicios contemplados en ciertos casos para que una persona sea juzgada penalmente.

Pasemos pues a continuación a analizar brevemente cada uno de esos requisitos.

A. DEBE TRATARSE DE UNA PERSONA NATURAL

En nuestro Derecho, como regla general no se han contemplado sanciones penales respecto de las personas jurídicas, encontrándose excluidas de la responsabilidad penal, sin perjuicio que ella se pueda hacer efectiva respecto de las personas que las hubieren representado en la comisión de un hecho delictivo, y la responsabilidad civil hacerse valer también respecto de la persona jurídica que se hubiere beneficiado con el hecho delictivo.

Al efecto, establece el inciso segundo del artículo 58 que *“La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare”*.

En dicho precepto sólo se ha mantenido el concepto que contempla el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal, lo que conforme nos indica Enrique Cury “significa que, en general, la ley ha decidido correctamente a mi juicio, en favor de la teoría de la ficción, coincidiendo así con el concepto que de ellas proporciona el artículo 545 del CC. Con arreglo a la finalidad de la norma, la expresión “hayan intervenido en el acto punible” debe entenderse en un sentido amplio, que abarca tanto las formas de autoría como de participación y encubrimiento. No se trata, pues, sólo de los que han tomado “parte de la ejecución del hecho” (artículo 15 N° 1 CP), sino de cualquier concurrente.”¹¹⁹⁻¹²⁰

¹¹⁹ CURY, Enrique. *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Pág. 43. Editorial Jurídica de Chile. Primera edición. 1982. Santiago. Chile.

¹²⁰ Respecto de la materia, se ha sostenido por Enrique Cury que “la afirmación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede sostenerse sobre una adhesión incondicional a la teoría de la prevención general. En efecto, la pena que se les impone cumple únicamente una función intimidatoria,

En la actualidad dicha regla general reconoce las excepciones previstas en la Ley N° 20.393, publicada en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 2009, en la cual se prevé en nuestro ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de algunas personas jurídicas y sólo respecto de determinados delitos.

La referida ley se aprobó en el marco de las modificaciones legales que se consideraron necesarias de adoptar para incorporar al Estado de Chile al OCDE.

En dicha ley, se establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas de derecho privado y de las empresas del Estado. En consecuencia, la referida ley no es aplicable a las personas jurídicas de Derecho Público.

Por otra parte, la responsabilidad penal de las personas jurídicas sólo puede hacerse efectiva por los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho contemplados en el artículo 27 de la Ley N° 19.913, en el artículo 8° de la Ley N° 18.314 y en los artículos 250 y 251 bis del Código Penal., y siempre que dichos delitos fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o a quienes realicen actividades de administración y supervisión.

La responsabilidad penal de la persona jurídica no podrá hacerse efectiva si se han cumplido por ella con los deberes de dirección y supervisión, lo que se estima de pleno derecho que se ha cumplido si se ha adoptado por ella un modelo de prevención que contemple los elementos previstos en el artículo 4° de la mencionada ley.

La referida ley debe ser considerada excepcional dado que rompe con el principio básico de que la responsabilidad penal es personal y que por ello sólo se debe responder por los actos propios y jamás por las acciones u omisiones de otros (principio de culpabilidad), situación que no se da en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que son entes dotados de existencia sólo por una ficción legal, y que por ello siempre han de llegar a responder por los actos realizados por terceros. Es así, como por ejemplo, si se impone la sanción de disolución de la persona jurídica, la sanción llegará a recaer y afectar a personas distintas a quienes cometieron el delito, como sería el caso de accionistas que no participan en modo alguno en la administración y no siquiera pueden hacerlo por no tener el control.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas será un tema de gran discusión para los penalistas, dado que los llevará a revisar las bases del establecimiento de la responsabilidad penal, y que conlleva desde ya según el texto de dicha ley la existencia de nuevas circunstancias agravantes y atenuantes de responsabilidad; nuevas especies de penas, transmisión de responsabilidad penal, etc (artículos 6°, 7°, 8°, 18 de la Ley N° 20.393).

Continuación nota ¹²⁰

pero no significa retribución justa, pues no corresponde a culpabilidad alguna. La inexistencia de esta última constituye en efecto, una realidad de la experiencia tan manifiesta, que ni siquiera es preciso pararse a demostrarla. Ahora bien, una sanción penal que sólo obedece a finalidades disuasivas es, en mi opinión inaceptable. CURY, Enrique. Ob. cit. Tomo I. Pág. 43. 1982.

Finalmente, la responsabilidad penal de la persona jurídica sólo se puede hacer efectiva mediante la sentencia dictada en un proceso penal previo, el cual debe hacerse tramitado de conformidad con las normas previstas en el Código Procesal Penal, con las modificaciones que se contemplan en el Título III de la Ley N° 20.393 (artículos 20 a 29 de dicha ley).

En consecuencia, en los procesos penales en que se imputen los delitos y a las personas jurídicas previstos en la Ley N° 20.393, resulta obvio no es aplicable la regla del inciso 2° del artículo 58 del Código Procesal Penal, lo que en todo caso se establece en forma expresa en el inciso 3° del artículo de aquella ley.

B. DEBE ESTAR VIVO

La muerte de la persona natural que hubiere participado en la comisión de un delito genera la extinción de la responsabilidad penal conforme al N° 1 del artículo 93 del Código Penal, y de allí que la muerte del imputado genera el término del proceso penal que se hubiere iniciado mediante la dictación de un sobreseimiento definitivo conforme a lo previsto en el artículo 250 letra c).

En el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se establece la transmisión de ella conforme a lo previsto en el artículo 18 de la Ley N° 20.393.

C. DEBE SER PERSONALMENTE RESPONSABLE DEL DELITO O CUASIDELITO

En materia penal, sólo se puede sancionar a quien haya tenido algún grado de participación en el hecho delictivo en la forma configurada por la ley como autor, cómplice o encubridor, sin que pueda ser posible llegar a atribuir responsabilidad penal o entender que se dé esa vinculación con el hecho con motivo de acciones delictivas cometidas por terceros.

Al efecto, establece el inciso primero del artículo 58 que “la acción penal, sea pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito”.

Lo anterior se justifica como explica Enrique Cury al señalarnos que “el derecho penal es *personalísimo*, por lo menos en dos sentidos. En primer lugar, ello implica que la pena o medida de seguridad y corrección en su caso sólo pueden *imponerse* al que personalmente se hizo acreedor a ellas, y no deben afectar a terceros, cualquiera sea el género de relaciones que tengan con él (matrimoniales, parentales, hereditarias, amistosas, etc.). En segundo lugar, que es también ese individuo en quien deben ejecutarse, esto es, el que debe sufrir sus efectos concretos. El derecho penal no admite representación. De aquí se deduce como consecuencia y no como un tercer aspecto autónomo de tal rasgo, que ni la pena o la medida de seguridad y corrección como tales, ni su ejecución, son transmisibles: la responsabilidad penal se extingue con la muerte del sujeto”.¹²¹

¹²¹ CURY, Enrique. Ob. cit. Tomo I. Pág. 41. 1982.

De acuerdo con ello, si pretendiera ejercerse una acción penal en contra de una persona que no es la personalmente responsable por la comisión del hecho punible el fiscal puede abstenerse de toda investigación respecto de esa persona por no encontrarse en tal caso en relación con ella ante un hecho constitutivo de delito, decisión que debe adoptar en forma fundada el fiscal y que debe ser sometida a la aprobación del juez de garantía (artículo 168).

Este principio reconoce la excepción respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas contemplada en la Ley N° 20.393, a quienes se les hace efectiva la responsabilidad respecto de hechos delictivos realizados por terceros que tienen con ella la vinculación prevista en la ley y fueren cometidos directa e inmediatamente en interés o para provecho de la persona jurídica (artículo 3° Ley N° 20.393).

D. DEBE TRATARSE DE UNA PERSONA IMPUTABLE

Al efecto, debemos tener presente que en el artículo 10 del Código Penal se establece la exención de la responsabilidad penal respecto de las personas y las situaciones que en ese precepto se contemplan. Las causales de exención de responsabilidad penal más resaltantes son las relativas al loco o demente (artículo 10 N° 1 C. Penal) y al menor de 18 años.¹²²

Debemos hacer presente que la consideración de la comisión de un hecho punible por dichas personas conduce atendido su carácter de inimputables necesariamente a la imposibilidad de condena para la imposición de una pena, y que su conducta sólo podría conllevar a la aplicación de una medida de seguridad cuando ello fuere necesaria en atención al carácter de peligrosidad.

En este caso, la investigación debe iniciarse para indagar acerca del hecho punible y la participación, siendo uno de los aspectos a cubrir la imputabilidad del imputado como se desprende de lo establecido en el artículo 458, debiendo designar un curador *ad litem* para que ejerza los derechos del imputado (artículo 459), lo que culminará con la solicitud de aplicación de medidas de seguridad (artículo 461), con los límites previstos en artículo 481, o formulará la acusación respectiva del fiscal si no se hubiere acreditado el carácter de inimputable.

Tratándose de los casos en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos previstos en la Ley N° 20.393, la persona jurídica es representada por el representante legal de la persona jurídica imputada, a quien el juez puede ordenar su arresto si no se presentare injustificadamente hasta la realización de la audiencia, la que debe efectuarse dentro del plazo máximo de 24 horas desde que se produzca la privación de libertad (artículo 23 inciso 1° Ley N° 20.393).

¹²² La Ley N° 20.084, de 5 de diciembre de 2005, estableció un nuevo régimen de responsabilidad penal adolescente. Se modificó así el artículo 10 del Código Penal en su numeral segundo, y se derogó el tercero. Con anterioridad a dicha normativa el menor entre los 16 y los 18 años quedaba sometido a una análisis de “discernimiento” para los efectos de determinar su imputabilidad.

E. DEBE ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO

Por regla general, un proceso penal no se puede llevar a cabo respecto de una persona que no se encuentre física y mentalmente presente en el juicio.

La exigencia de la presencia del imputado para ser juzgado hace que sea procedente que se decreta respecto de éste la prisión preventiva en caso de ausencia injustificada a petición del fiscal o del querellante conforme a lo previsto en el penúltimo inciso del artículo 141.

Respecto de los ausentes es menester que se lleve a cabo el procedimiento contra ausentes conforme a las normas previstas en el Título II del Libro I del CPP, las que conducen por regla general una vez determinada la situación de rebelde en el proceso y concluida la investigación a la dictación de un sobreseimiento temporal conforme a lo previsto en los artículos 101, en relación con el artículo 252 letra b).

En relación con las personas que caen en estado de enajenación mental, luego de la comisión del delito y durante el curso del proceso penal, ello conduce a la dictación de un sobreseimiento temporal conforme a lo previsto en el artículo 252 letra c), de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto.

Tratándose de los casos en que se pretende hacer efectiva la responsabilidad penal de la persona jurídica en los términos previstos en la Ley N° 20.393, si el representante legal de la persona jurídica no fuere habido, el fiscal solicitará al tribunal que designe un defensor penal público, quien realizará la función de curador *ad litem*, en representación de la persona jurídica. En todo caso, la persona jurídica podrá designar en cualquier momento a un defensor de su confianza (artículo 23 incisos 2° y 3° Ley N° 20.393).

Tratándose de la persona jurídica a quien pretende hacerse efectiva la responsabilidad penal por algunos de los delitos previstos en la Ley N° 20.393 no es posible concebir que ella no se encuentre presente en el juicio, dado que cuando la ley procesal exigiere la presencia del imputado como condición o requisito para la realización de una audiencia judicial, se entenderá que dicha exigencia es satisfecha con la presencia del curador *ad litem* o del defensor de confianza, en su caso, procediendo respecto de ambos el apercibimiento de arresto si no comparecieren a la audiencia respectiva (artículo 23 inciso final Ley N° 20.393).

F. DEBEN HABERSE LLEVADO A CABO LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS O ANTEJUICIOS CONTEMPLADOS EN CIERTOS CASOS PARA QUE UNA PERSONA SEA JUZGADA PENALMENTE

Como ejemplos de procedimientos previos o antejuicios podemos citar la querrela de capítulos y el desafuero. La omisión de esos procedimientos previos permite deducir la excepción de previo y especial pronunciamiento de falta de autorización para proceder criminalmente hasta la víspera o el inicio de la audiencia de preparación del juicio oral (artículos 263 letra b) y 264 letra d)).

Por otra parte, cabe tener presente que en algunos casos se contempla la instancia civil previa, ya sea para configurar el delito o crear una condición objetiva de punibilidad, como acontece en el delito de giro doloso de cheques con la notificación del protesto en sede civil para que consigne fondos dentro de tercero día, lo que conduce en tal caso en todo caso a la dictación de una sentencia penal absolutoria por la falta de configuración del delito.

Estos procedimientos previos siempre son aplicables a las personas naturales y no reciben aplicación alguna tratándose de hacer efectiva la responsabilidad penal de una persona jurídica en los términos previstos en la Ley N° 20.393.

3. MOMENTO DESDE Y HASTA EL CUAL UNA PERSONA REVISTE EL CARÁCTER DE IMPUTADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Una de las principales diferencias que presenta un sistema acusatorio adversarial en relación con el sistema inquisitivo es que se reconocen al imputado las facultades, derechos y garantías que le confiere la Constitución y las leyes por el solo hecho de haberse realizado una actuación del procedimiento dirigido en su contra.

La situación de imputado emana del mandato de la Constitución y la ley y no de la dictación de una determinada resolución judicial como acontecía en el antiguo procedimiento penal, en el cual se nos señalaba que el nacimiento del sujeto pasivo y la plenitud de sus derechos se generaba con la resolución auto de procesamiento, la cual ni siquiera existe en el nuevo sistema procesal penal.

La historia de la ley es clarísima en el nuevo sistema procesal para respondernos las inquietudes acerca de:

¿Qué debemos entender por primera actuación del procedimiento para estos efectos?

¿Quién puede ser el sujeto que realiza la actuación del procedimiento que confiere la facultad al imputado para ejercer sus derechos, facultades y garantías en el procedimiento?, y

¿Cuándo debemos entender que finaliza el procedimiento para que el imputado ejerza sus derechos, facultades y garantías en el procedimiento?

En relación a lo que debemos entender por primera actuación del procedimiento se nos señala en la historia del artículo 7° que “(...) la Comisión creyó útil estampar la idea de que el procedimiento incluye la etapa de la investigación, y que puede iniciarse tanto por diligencias de investigación propiamente tales como por otras actuaciones. En efecto, aunque la investigación es informal por naturaleza, hay determinados hechos que obligan al Ministerio Público a formalizarla ante el juez de garantía, como la solicitud de medidas cautelares. Para obtener esa claridad, se acordó intercalar la idea de que, para este efecto, esto es, para que el imputado haga valer sus derechos, se entiende por primera actuación del procedimiento que

se dirige en su contra cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie".¹²³

Debemos tener presente que el derecho del imputado de actuar ejerciendo sus derechos antes de la formalización de la investigación resulta elarísimo de diversos preceptos, siendo los más trascendentes para estos efectos los artículos 93 y 94 que le confieren derechos y garantías al imputado desde el momento mismo a partir del cual se le practica su detención y en especial, el artículo 186 que permite a cualquier persona afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente solicitarle al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella o solicitarle al juez que le fije un plazo al fiscal para formalizar la investigación.

Sobre el particular, se nos ha señalado acertadamente que "esta interpretación legal desformaliza el concepto de procedimiento penal y deja atrás ciertas posesiones de la doctrina nacional que asociaron, en el antiguo régimen procesal penal, el surgimiento de los derechos y facultades procesales del imputado a la adquisición de la calidad de parte o "procesado" del mismo derivada de la dictación del auto de procesamiento.

"El propósito del legislador fue ampliar la cobertura de protección de una persona imputada de un delito, desvinculándola de cualquier actuación formalizada de los órganos de persecución penal que pudiera obstaculizarla o impedirla. En efecto, la ley no ha exigido que se formalice la investigación para que una persona adquiriera la calidad de imputado, pues tal opción habría significado hacer dependiente el pleno ejercicio de los derechos del imputado a una actuación unilateral y potestativa del órgano de persecución penal".¹²⁴

En cuanto a las autoridades de persecución penal que pueden realizar primera actuación del procedimiento la historia de la ley dejó expresa constancia que "(...) buscando una mayor precisión, la Comisión juzgó apropiado no hacer referencia a "las autoridades de persecución penal que este Código establece", sino mencionar en forma determinada a los tribunales con competencia en lo criminal, el Ministerio Público y la policía, lo que salva también el hecho de que ninguno de ellos está propiamente establecido en este Código, sino que en la Constitución Política y en sus respectivas leyes orgánicas".¹²⁵

Finalmente, en cuanto al instante del procedimiento hasta el cual se pueden ejercer las facultades, derechos y garantías por parte del imputado, la historia de la

¹²³ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Pág. 116. Febrero 2003.

¹²⁴ HORVITZ LENNON, María y LÓPEZ, Julián. Ob. cit. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Págs. 223 y 224. Mayo 2002.

¹²⁵ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Págs. 116 y 117. Febrero 2003.

ley nos indica que “para evitar dudas respecto de la oportunidad en que finaliza el procedimiento, a que se refiere el inciso primero, la Comisión prefirió sustituirla por la “completa ejecución de la sentencia”, lo que se explica perfectamente porque ese es el último momento hasta el cual el Estado podría continuar actuando respecto del imputado, a diferencia de los otros intervinientes”¹²⁶, lo que se señala además expresamente en el artículo 466.

De acuerdo con ello, el imputado es claramente un interviniente del proceso penal, concepto que difiere al de parte, dado que ellos tienen la facultad de actuar en el proceso penal aun cuando no hayan realizado acto formal alguno dentro de éste. Al efecto, se nos señala en la historia de la ley que “La Comisión ‘tuvo en cuenta (...)’ que el concepto de ‘interviniente’ no corresponde al actual concepto de ‘parte’ en el proceso. Los intervinientes son aquellas personas con facultades de actuación en el procedimiento, aun cuando no tengan la calidad de parte, como ocurre con la víctima que no ha deducido querella”.¹²⁷

En conclusión, el imputado, atendido a que es el principal sujeto del proceso penal, se le reconoce como interviniente no sólo respecto de las actuaciones de la investigación, sea formalizada o desformalizada, preparación de juicio oral y juicio oral (artículo 12), sino que también respecto de la ejecución penal (artículo 466), última etapa o fase del proceso dentro de la cual no pueden intervenir otros intervinientes del proceso penal como son la víctima y el querellante.¹²⁸

¹²⁶ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Pág. 116. Febrero 2003.

¹²⁷ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Pág. 136. Febrero 2003.

¹²⁸ Sobre el particular, el destacado autor argentino Julio B. Maier nos señala que “considero *participes o participantes (intervinientes)* en el procedimiento penal a aquellas personas que, idealmente, están interesados jurídicamente en el desenlace del procedimiento y que, con el fin de defender esos intereses, cuentan con facultades procesales autónomas, en el sentido de que ellos tienen el derecho de intervenir durante todo o casi todo el curso del procedimiento penal. Se trata de aquellas personas que la doctrina estudia casi siempre bajo el rubro de *sujetos procesales*, aunque pueda existir alguna discrepancia acerca del contenido exacto del concepto.

Quedan fuera de él, en cambio, no sólo los auxiliares de estos participantes principales —que, cuando el tema merece atención, son estudiados en alguna sección interna relativa a los protagonistas principales, cuya mejor definición queda señalada por la carencia de autonomía y la accesoriedad de su intervención, sino, sobre todo, otras personas que también intervienen en el procedimiento y que son titulares de deberes o de derechos en él— como el testigo o el perito, cuya intervención es episódica, circunstancial u ocasional, y meramente contingente.

Por lo demás, ya se sabe que la utilización de la palabra *parte* es, al menos, inconveniente, cuando no errónea, en el Derecho procesal penal y en el procedimiento común cuyo origen se remonta al llamado Derecho europeo continental. Por ello, se utiliza a las palabras *participante o interviniente* en el procedimiento como sinónimos. B. MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. II. Parte General. Sujetos procesales*. Pág. 183. 1ª edición. Ediciones del Puerto. Buenos Aires, 2003.

Como sujeto encargado de cautelar en cualquier etapa del procedimiento que el imputado pueda ejercer sus facultades, derechos y garantías se contempla expresamente la actuación, de oficio o a petición de parte, del juez de garantía, pudiendo incluso ordenar la suspensión del procedimiento si las medidas por el adoptadas no impidieren que se produjere una afectación sustancial de los derechos del imputado (artículo 10).

4. DIVERSAS ETAPAS POR LAS CUALES PUEDE ATRAVESAR UN IMPUTADO EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Como hemos visto precedentemente, en el sistema procesal penal el imputado tiene reconocido por el legislador el ejercicio de sus facultades, derechos y garantías desde la primera actuación del procedimiento hasta la completa ejecución de la sentencia que se dicte en su contra.

De acuerdo con ello, es que podemos reconocer respecto del imputado diversas etapas por las cuales puede atravesar durante el procesal penal:

Primera etapa:	Imputado informal o no formalizado.
Segunda etapa:	Imputado detenido.
Tercera etapa:	Imputado formal o formalizado.
Cuarta etapa:	Imputado citado, sujeto a una medida cautelar personal del artículo 155 o preso.
Quinta etapa:	Imputado beneficiado por el principio de oportunidad, suspensión condicional del procedimiento o acuerdo reparatorio.
Sexta etapa:	Imputado sobreseído o acusado.
Séptima etapa:	Imputado acusado o sometido a juicio.
Octava etapa:	Imputado Condenado o absuelto.
Novena etapa:	Condenado rematado o imputado rematado.
Décima etapa:	Condenado que se encuentra cumpliendo condena o sujeto a alguna de las medidas de cumplimiento de la pena en libertad.

Nos referimos a continuación a cada una de dichas etapas.

PRIMERA ETAPA: IMPUTADO INFORMAL O NO FORMALIZADO

Nos encontramos con un imputado informal o no formalizado, cuando el Ministerio Público ha iniciado una investigación, pero no ha formalizado ni requerido aún ninguna medida cautelar respecto del imputado, habiéndose limitado a la realización de diversas diligencias relacionadas con su persona que no importan una privación, amenaza o perturbación de sus derechos constitucionales (por. ej., Solicitud de antecedentes bancarios, interrogatorio de vecinos, etc.).

En este caso, el imputado afectado por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente se encuentra facultado para solicitarle al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueren objeto de ella o solicitarle al juez que le fije un plazo al fiscal para formalizar la investigación (artículo 186).

Este imputado se encuentra en libertad, puesto que el Fiscal no puede disponer ninguna medida privativa o restrictiva sin autorización judicial previa (artículo 9°).

SEGUNDA ETAPA:
IMPUTADO DETENIDO

El imputado detenido debe ser puesto a disposición del juez de garantía dentro de las 24 horas para que en una audiencia se verifique el control de la detención (artículos 131 y 132).

TERCERA ETAPA:
IMPUTADO FORMAL O FORMALIZADO

El imputado formalizado es aquel a quien el fiscal le ha comunicado en una audiencia ante el juez de garantía que se desarrolla una investigación en su contra respecto de uno o mas delitos determinados y cual es la participación que se le atribuye en ellos (artículo 229).

Debemos resaltar que la formalización de la investigación nunca trae como consecuencia inmediata, directa y necesaria la adopción de una medida cautelar personal, debiendo ella ser solicitada por el fiscal y decretada por parte del juez de garantía, siendo la prisión preventiva la ultima ratio cautelar a la cual se puede acudir (artículo 139 inciso 2°).

CUARTA ETAPA:
IMPUTADO CITADO, SUJETO A UNA MEDIDA CAUTELAR PERSONAL DEL
ARTÍCULO 155 O PRESO.

Una vez formalizada la investigación puede decretarse una medida cautelar personal, siempre que el fiscal lo solicite y el juez de garantía la decrete concurriendo los supuestos legales. Las medidas cautelares personales admiten un orden de precedencia, de menor a mayor intensidad, siendo ellas la citación, una o más de las cautelares del artículo 155 y finalmente y como última medida es procedente que se decrete la prisión preventiva (artículos 122 y 139 inciso 2°).

QUINTA ETAPA:
IMPUTADO BENEFICIADO POR EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD,
SUSPENSIÓN CONDICIONAL DEL PROCEDIMIENTO O ACUERDO REPARATORIO

Como formas de descongestionar el proceso penal y permitir la terminación o suspensión del mismo, fundamentalmente en relación con los delitos de menor

gravedad, se contemplan el principio de oportunidad y salidas alternativas de suspensión condicional del procedimiento y acuerdo reparatorio en los casos establecidos en la ley.

En estos casos procede que abandonada la acción penal por haberse beneficiado el imputado por el principio de oportunidad, decretada la suspensión condicional del procedimiento o aprobado el acuerdo reparatorio termina o se suspende el ejercicio de la pretensión punitiva, por lo que debe cesar las medidas cautelares que existieren en contra del imputado.

SEXTA ETAPA:

IMPUTADO SOBRESEÍDO O ACUSADO

Cerrada la investigación, el fiscal debe dentro de 10 días siguientes solicitar al juez de garantía el sobrescimiento definitivo o temporal, comunicar decisión de no perseverar en la investigación o formular la acusación.

Si el imputado es acusado deberá realizarse la audiencia de preparación de juicio oral, en la cual puede el fiscal con acuerdo del imputado pedir que se aplique el procedimiento abreviado.

Decretado el sobreseimiento, debe cesar la prisión preventiva, aunque la resolución no se encontrare ejecutoriada.¹²⁹

SÉPTIMA ETAPA:

IMPUTADO ACUSADO O SOMETIDO A JUICIO

Si se cuenta con una manifestación de voluntad del acusado concordante con la del Fiscal para ser juzgado en un procedimiento abreviado, el imputado acusado será juzgado en un juicio oral a desarrollarse ante el tribunal de juicio oral, ante el cual se sustentará la acusación y defensa, se rendirán las pruebas y se dictará la respectiva sentencia.

El imputado antes o luego de ser acusado y mientras no se hubiere dictado una sentencia condenatoria ejecutoriada tiene derecho a solicitar la modificación o revocación de las medidas cautelares¹³⁰, siendo el tiempo de la medida uno de los antecedentes a considerar para los efectos de dejarla sin efecto o modificarla.¹³¹

¹²⁹ Véase artículo 153.

¹³⁰ Véase artículo 144.

¹³¹ Véase artículo 152.

OCTAVA ETAPA:

IMPUTADO CONDENADO O ABSUELTO

El carácter de condenado o absuelto se produce con motivo de la dictación de la sentencia definitiva penal, ya sea en el juicio oral o procedimiento abreviado.

Si el imputado es absuelto, deberá ponerse término a la prisión preventiva, aun cuando no se encuentre ejecutoriada la sentencia definitiva, sin perjuicio de poderse aplicar alguna de las medidas cautelares del artículo 155 (artículo 153).

NOVENA ETAPA:

CONDENADO REMATADO

El condenado rematado o reo rematado es aquel respecto del cual se ha dictado una sentencia penal condenatoria ejecutoriada, pudiendo procederse al cumplimiento de la pena establecida en ella (artículos 79 C. Penal, 141, 355 y 468), debiendo procederse a su ejecución ante el juez de garantía (artículo 467).

En esta fase concluye la presunción de inocencia, quedan sin efecto las medidas cautelares personales y se debe pasar por el condenado a la etapa de cumplimiento de la pena.

Nos encontraremos ante la inocencia plena si se ha dictado sentencia absolutoria, o con la pérdida de la inocencia por hallarnos ahora frente a un condenado, que como tal deberá pasarse a regir por las normas del régimen penitenciario contemplado para quienes deben cumplir penas privativas o restrictivas de libertad.

DÉCIMA ETAPA:

CONDENADO QUE SE ENCUENTRA

CUMPLIENDO CONDENA O SUJETO A ALGUNA DE LAS
MEDIDAS DE CUMPLIMIENTO DE LA PENA EN LIBERTAD

Se encuentra en esta situación el condenado al cual se le han otorgado en la sentencia definitiva penal alguno de los beneficios de cumplimiento de la pena en libertad, como lo son la remisión condicional de la pena, la reclusión nocturna y la libertad vigilada, en los casos y en la forma contemplada en la ley.

En estas medidas de cumplimiento alternativo de la pena privativa o restrictiva de la libertad, se consideran diversas medidas restrictivas de la libertad del condenado que goza del beneficio.

Durante el período de ejecución de la pena o medida de seguridad se puede acudir por el condenado ante el juez en resguardo de sus derechos y facultades.¹³²

¹³² Véase artículo 466.

5. DERECHOS Y GARANTÍAS DEL IMPUTADO

5.1. Consideraciones generales¹³³⁻¹³⁴

Todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, *los derechos y garantías* que le confieren las leyes y le otorgue el tribunal (artículo 93 inciso 1°).

¹³³ Sobre el particular se nos ha señalado que el imputado es objeto de la coacción estatal en tanto debe soportar el procedimiento penal y, dado el caso, también debe tolerar intervenciones enérgicas contra su voluntad, en su libertad personal o en su integridad personal (como, p. ej., la prisión preventiva o la extracción de una prueba de sangre). En este sentido el es medio de prueba (p. ej. como objeto de exámenes). Durante mucho tiempo, en el proceso inquisitivo de derecho común, su posición casi se limitó a ese papel de objeto, es decir, el imputado era puesto en manos de la intervención de la persecución estatal, prácticamente indefenso. Sólo con la irrupción del pensamiento liberal en el proceso penal reformado del siglo XIX se abre paso paulatinamente la idea de que el imputado es también, y ante todo, debe ser reconocido como sujeto procesal dotado de derechos autónomos en el proceso. En la actualidad, la situación del imputado como sujeto del proceso está organizada legalmente hasta el detalle por una gran cantidad de derechos. ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Pág. 124. Agosto 2000. Ediciones Del Puerto. Buenos Aires.

¹³⁴ La justificación del otorgamiento de las garantías procesales al imputado se justifica por Ferrajoli señalándonos que “si la historia de las penas es una historia de horrores, la historia de los juicios es una historia de errores, sino también de sufrimientos y vejaciones cada vez que el proceso se ha hecho uso de medidas instructoras directamente afflictivas, desde la tortura hasta el abuso moderno de la prisión preventiva”. “Alii cives latronum telis, alii iudicum sententia pereunt”, lamentaba Carrara con palabras de Paolo Risi, advirtiendo que la “justicia penal”, en ausencia de garantías, genera para los ciudadanos “peligros tal vez mayores que los suscitados por las pasiones de los culpables”. Por otra parte, el proceso como la pena, se justifica precisamente en cuanto técnica de minimización de la reacción social frente al delito: de minimización de la violencia, pero también del arbitrio que de otro modo se produciría con formas aun más salvajes y desenfrenadas. “Las bárbaras naciones”, escribía Francesco Pagano, “no conocen el proceso. Sus causas se deciden con el hierro en la mano o con el parecer y arbitrio de un senado compuesto por los jefes de la nación y de un rey, caudillo en la guerra, juez y sacerdote en la paz”: el paso a la civilización, añadia, así como el grado de libertad y de despotismo, se miden por la “manera de juzgar”.

“Lo que diferencia al proceso del acto de tomarse la justicia por la propia mano o de otros métodos bárbaros de justicia sumaria es el hecho de que éste persigue, en coherencia con la doble función preventiva del derecho penal. Dos finalidades diversas: el castigo de los culpables y, al mismo tiempo, la tutela de los inocentes. Es esta segunda preocupación lo que está en la base de todas las garantías procesales que lo circundan y que condicionan de distintas maneras las instancias represivas expresadas por la primera. La historia del proceso penal puede ser leída como la historia del conflicto entre ambas finalidades, lógicamente complementarias pero contrastantes en la práctica. Podemos, en efecto, caracterizar el método inquisitivo y el método acusatorio según el acento que el primero pone sobre una y que el segundo pone sobre la otra. Es obvio que ni el proceso inquisitivo desconoce la cuestión de la tutela del inocente, ni tampoco el acusatorio descuida el fin de la represión de los culpables. Los dos métodos se distinguen sobre todo por partir de dos concepciones diversas tanto del Poder Judicial como de la verdad. Mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de la verdad. De ello se deriva que el primero confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario. FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Págs. 603 y 604. Editorial Trotta. Tercera edición. 1998. Madrid. España.

Sobre el particular, debemos tener especialmente presente que en el Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 107 se dejó constancia que: “El encabezamiento, en cuanto establece, de manera imperativa, que el imputado tendrá los derechos que luego se explicitan, fue reparado, pues la disposición sólo contempla los principales, existiendo otros que le conceden las leyes o los que pueda conferirle el tribunal por estimarlos necesarios para su defensa. En definitiva, se acordó sustituir el encabezamiento y recoger en él, con las adecuaciones pertinentes, la redacción que tiene el artículo 67 del Código vigente (...)(...) Al margen de la regla general aprobada, se acordó expresar, en el encabezamiento del inciso segundo, que, de modo especial, tendría derecho a los beneficios que este artículo le confiere. En apoyo de esa determinación, se aclaró que en el actual sistema se reconocen, en teoría, tres categorías de derechos al inculcado: aquéllos especialmente enumerados en el artículo 67, aquéllos que el juez decida otorgarle y otros que no están incluidos en la ley, como, por ejemplo, el derecho a presentarse voluntariamente a declarar”.¹³⁵

Por *derecho* se debe entender, según la acepción más cercana del diccionario de la Real Academia, como “la facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor”, o que el dueño de una cosa nos permite en ella.

En el mismo sentido, se define por Couture al *derecho* como “atributo; facultad; poder jurídico de hacer u omitir algo o de exigir a los demás una determinada conducta”.¹³⁶

Sin embargo, para entender a cabalidad la real dimensión de los derechos dentro de una democracia resulta importante reseñar brevemente las enseñanzas de Ferrajoli sobre la materia.

Nos señala el destacado autor italiano que “los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar por el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos *excludendi alios*, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto

¹³⁵ LONDOÑO, Fernando y otros. *Reforma Procesal Penal. Génesis. Historia Sistematizada y Concordancias*. Tomo I. *Código Procesal Penal*. Pág. 116. Editorial Jurídica de Chile. Febrero 2003.

Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Págs. 116 y 117. Febrero 2003.

Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Pág. 116. Febrero 2003.

Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7°. Ob. cit. Pág. 486. Febrero 2003.

¹³⁶ COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Pág. 217. Depalma Ediciones. 1988. Buenos Aires.

activa como pasiva, que los sustrae al mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra y vinculándola a su tutela y satisfacción.

“Siendo así, la constitucionalización rígida de estos derechos sirve para injertar una dimensión sustancial no sólo en el derecho sino también en la democracia. Y el constitucionalismo, de que Neil Mac Cormick hizo ayer una apasionada defensa, es no tanto, según él ha dicho, un elemento antitético de la democracia (política y formal), como, sobre todo, su necesario complemento sustancial. Efectivamente, las dos clases de normas sobre producción jurídica que se han distinguido— las *formales* que condicionan la *vigencia*, y las *sustanciales* que condicionan la *validez*— garantizan otras tantas dimensiones de la democracia: la dimensión formal de la “democracia política”, que hace referencia al *quién* y al *cómo* de las decisiones y que se halla garantizada por las normas formales que disciplinan las *formas* de las decisiones, asegurando con ellas la expresión de la voluntad de la mayoría; y la dimensión material de la que bien podría llamarse “democracia sustancial”, puesto que se refiere al *qué* es lo que no puede decidirse o debe ser decidido por cualquier mayoría, y que está garantizando por las normas sustanciales que regulan la *sustancia* o el *significado* de las mismas decisiones, vinculándolas so pena de invalidez, al respecto de los derechos fundamentales y de los demás principios axiológicos establecidos por aquélla.

Así, los derechos fundamentales se configuran como otros tantos vínculos sustanciales impuestos a la democracia política: vínculos negativos, generados por los *derechos de libertad* que ninguna mayoría puede violar; vínculos positivos generados por los *derechos sociales* que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. Y la democracia política, como por lo demás el mercado, se identifica con la *esfera de lo decidible*, delimitada y vinculada por aquellos derechos. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede legítimamente decidir la violación de un derecho de libertad o no decidir la satisfacción de un derecho social. Los derechos fundamentales, precisamente porque están igualmente garantizados para todos y sustraídos a la disponibilidad del mercado y de la política, forman la *esfera de lo indecible que* y de lo *indecidible que no*; y actúan como factores no sólo de legitimación sino también y, sobre todo, como factores de deslegitimación de las decisiones y de las no decisiones.¹³⁷

Por garantías constitucionales se debe entender, según la acepción más cercana del diccionario de la Real Academia, los derechos que la Constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos.

En cambio, Couture define la *garantía* como “tutela, amparo, protección jurídica”.¹³⁸

En el derecho constitucional se nos ha señalado que debe ceñirse el significado de la expresión garantías a la protección práctica y efectiva, es decir, a las instituciones

¹³⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Págs. 23 y 24. Editorial Trotta. 1999. Madrid.

¹³⁸ COUTURE, Eduardo. *Vocabulario Jurídico*. Pág. 302. Depalma Ediciones. 1988. Buenos Aires.

particulares determinadas creadas al amparo o protección de derechos constitucionales. Las garantías protegen los derechos en su existencia dentro del orden jurídico institucional y en su ejercicio en la vida práctica, porque los derechos constitucionales pueden ser afectados en dos formas: a) mediante actos, leyes o normas de carácter legal, como los reglamentos, ordenanzas o edictos, que afectan la existencia misma de un derecho reconocido por la Constitución; b) o mediante actos ejecutivos, que afectan la efectividad del ejercicio del derecho. Ese amparo o protección merece el nombre de garantía cuando logra el máximo de su eficacia práctica, y consiste, siempre, en una acción judicial.

De acuerdo con ello, la defensa de la libertad tiene como garantía específica el *habeas corpus*; y la defensa de la constitución tiene como garantía específica a la constitucionalidad, que adopta la forma de acción o excepción o recurso de inconstitucionalidad.¹³⁹

Ferrajoli nos señala que las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: *las garantías liberales*, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; *las garantías sociales*, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos, el garantismo de un sistema jurídico es cuestión de *grado*, que depende de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes público por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos".¹⁴⁰⁻¹⁴¹

De acuerdo con lo anterior, resulta de meridiana claridad que el CPP confiere al imputado determinados derechos, en otras palabras, le dota de atributos, facultades; poder jurídico de hacer u omitir algo dentro del proceso o de exigir a los demás una determinada conducta a su respecto.

¹³⁹ SÁNCHEZ VIAMONTE, Carlos. *El constitucionalismo*. Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires. Págs. 103 y siguientes.

¹⁴⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Págs. 23 y 24. Editorial Trotta. 1999. Madrid.

¹⁴¹ El profesor José Luis Cea nos ha señalado en el mismo sentido en nuestro Derecho Constitucional que "las garantías se refieren a conceptos y procesos jurídicos, comprendiendo el acceso, simple y directo, a los órganos que ejercen jurisdicción para que, en un proceso justo o debido, o a través de procedimientos sumarísimos y eficaces, otorguen real tutela, preventivamente o ex post, al ejercicio de los derechos esenciales". *Derecho Constitucional chileno*. Tomo II. *Derechos, Deberes y Garantías*. Pág. 35. Ediciones Universidad Católica de Chile. Enero 2004.

Para que esos derechos tengan una vigencia efectiva, se crean dentro del sistema procesal penal diversas instituciones particulares determinadas para el amparo o protección de esos derechos.

En este sentido, las principales garantías que se contemplan para la protección de los derechos son la permanente cautela del juez de garantía conforme a lo previsto en el artículo 10; el otorgamiento de nuevo plazo cuando por un hecho no imputable se hubiere visto impedido de ejercer un derecho dentro del plazo establecido en la ley conforme a lo establecido en el artículo 17; la nulidad de las actuaciones delegadas según se indica en el artículo 37; la nulidad de las actuaciones que se realizaren sin la presencia de un defensor cuando la ley exigiere expresamente su participación según se previene en el artículo 103; y como protección genérica respecto de la violación de los derechos y garantías contemplados en la Constitución y en los Tratados internacionales que se hubieren cometido durante el juicio oral o en la sentencia se contempla el recurso de nulidad en el artículo 373 letra a).

Ahora bien las garantías constitucionales conferidas a las partes no pueden ser objeto de restricción por parte del legislador. De esta forma el debido proceso y la igualdad ante la ley no pueden ser restringidas de forma alguna.¹⁴²

5.2. Principales derechos del imputado¹⁴³

Una vez sentado el principio general en orden a que todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren las leyes, agrega el inciso segundo del artículo 93 que: “*En especial, tendrá derecho a:*”

El mismo artículo 93 enumera aquellos derechos que *en especial*, le asisten al imputado. Tales derechos principales que se le reconocen son:

¹⁴² Véase sentencia librada por el TC con fecha 28 de enero de 2010, en causa rol N° 1.535-09, que declaró inaplicable en dicha causa el inciso 2° del artículo 277, en la parte que dispone que el recurso de apelación sólo puede interponerlo el Ministerio Público, al estimar que aquello constituía una violación al debido proceso consagrado en el artículo 19 N° 3 y al derecho de igualdad ante la ley.

¹⁴³ Para el análisis de los derechos y garantías del imputado hemos seguido el orden que se nos señala en el Libro I del CPP, sin perjuicio que ellos pueden ser agrupados de mejor manera ciñéndose a las instituciones con las cuales ellos se vinculan. De acuerdo con ello, podemos señalar que el imputado tiene derecho a un debido proceso, derecho a un juicio previo, derecho de defensa, derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, derecho a que se presuma la inocencia del imputado e inadmisibilidad de persecución múltiple. En relación con el ejercicio de la función jurisdiccional se puede sostener que el imputado tiene derecho a un juez independiente, imparcial y natural. En relación a los principios que deben informar el juicio, se ha señalado que el imputado tiene derecho a un juicio público, oral, conllevando ellos a su vez la aplicación de los principios de la inmediación, concentración y continuidad, que permiten que rijan el sistema probatorio de la sana crítica para el establecimiento de los hechos que debe efectuar el tribunal en la sentencia definitiva, y en general, en toda resolución que no sea de mero trámite que dicte en el proceso.

Sobre esta materia ver el apartado IV.3 del Capítulo I de esta obra, Los principios y garantías del sistema procesal penal.

5.2.1. Que se le informe de manera específica y clara acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes¹⁴⁴

Esta primera categoría contempla los denominados derechos de información del imputado.

En relación con la información acerca de los hechos que se imputaren debemos tener presente:

1. Toda orden de detención y prisión preventiva debe contener su motivo (artículo 154 Letra b) y ser debidamente intimada (artículo 125).

El funcionario público a cargo del procedimiento de detención deberá informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.

Asimismo, le informará acerca de los derechos establecidos en los artículos 93, letras a), b) y g), y 94, letras f) y g), del Código. Con todo, si, por las circunstancias que rodearen la detención, no fuere posible proporcionar inmediatamente al detenido la información prevista en este inciso, ella le será entregada por el encargado de la unidad policial a la cual fuere conducido. Se dejará constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se hubiere realizado, del funcionario que la hubiere entregado y de las personas que lo hubieren presenciado.

La información de derechos podrá efectuarse verbalmente, o bien por escrito, si el detenido manifestare saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le entregará al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el Ministerio Público.

En los casos comprendidos en el artículo 138, la información prevista en los incisos precedentes será entregada al afectado en el lugar en que la detención se hiciera efectiva, sin perjuicio de la constancia respectiva en el libro de guardia (artículo 135).

El fiscal y, en su caso, el juez, deberán cerciorarse del cumplimiento de esa obligación de información. Si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, informarán de sus derechos al detenido y remitirán oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren (artículo 136), debiendo dejar constancia en los respectivos registros de haber cumplido con las normas legales que establecen derechos y garantías del imputado (artículo 97).

Finalmente, en todo recinto policial, de los juzgados de garantía, de los tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público, de la Defensoría Penal Pública y recinto de detención policial y casa de detención, deberá exhibirse en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en que se consignent los derechos que asisten a las personas que son detenidas. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el Ministerio de Justicia (artículo 137).

¹⁴⁴ Artículo 93 letra a) CPP; 9.2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 7.4. Convención Americana de Derechos Humanos.

2. La investigación requiere ser formalizada por parte del fiscal en una audiencia ante el juez de garantía, debiendo en ella informar al imputado de desarrollarse una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (artículos 229 a 232), no pudiendo la acusación que se formule posteriormente referirse a hechos y personas que no se hubieren incluido en la formalización (artículo 259 inciso final).

3. La acusación, que debe ser formulada con antelación a la audiencia de preparación de juicio oral, debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y su calificación jurídica como la participación que se atribuye al acusado (artículo 259 letras b) y c)).

4. El juicio oral comienza concediendo la palabra al fiscal para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la hubiere interpuesto (artículo 325).

5. La sentencia no puede exceder el contenido de la acusación, por lo que no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella (artículo 341), adoleciendo de un motivo absoluto de nulidad la sentencia que incurriere en el vicio de ultra petita (artículo 374 letra f).

5.2.2. Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación¹⁴⁵

El imputado tiene derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra (artículo 8º inciso 1º), el que puede ser designado libremente por éste y ser de su confianza, siendo representado por un defensor público si no lo tuviere (artículo 102). El defensor público debe ser designado a petición del Ministerio Público o de oficio por el tribunal¹⁴⁶, pudiendo siempre el imputado elegir en cualquier momento un abogado particular, sustitución que no produce efectos hasta que el defensor designado acepte el mandato y fije domicilio.

La designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado. Si éste se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquél correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor.

Es del caso señalar que el legislador permite la autodefensa¹⁴⁷, pero limitadamente, ya que si el imputado prefiriere defenderse personalmente, el tribunal lo autorizará sólo

¹⁴⁵ Artículos 93 letra b) CPP; 14.3.d Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.d Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁴⁶ Puede requerirse la sustitución del defensor público por otro, pero ello exige exponer fundamento plausible (artículo 53 LOC Defensoría).

¹⁴⁷ La defensa corresponde al imputado. El letrado le "asiste", no ocupa el lugar de éste.

cuando ello no perjudicare la eficacia de la defensa; en caso contrario, le designará defensor letrado, sin perjuicio del derecho del imputado a formular planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el artículo 8°.

El abogado del imputado que se encuentre detenido puede conferenciar privadamente con aquel en el lugar en que se encuentre (artículo 96), teniendo el abogado el derecho a requerir información sobre la detención o prisión del imputado.

La ausencia de defensor en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación acarreará la nulidad de la misma (artículo 103). Así ocurre con la audiencia en que se ventila la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237, inciso 3°), la audiencia de preparación del juicio oral (artículo 269 inciso 1°) y la audiencia del juicio oral (artículo 286).¹⁴⁸

Debemos tener presente que se ha sostenido que el abandono de la defensa puede ser declarado no sólo ante la ausencia física de un defensor, sino además en caso de ignorancia, ineptitud, y falta de destreza grave, reiterada e inexcusable del derecho procesal penal sustantivo o procesal penal basado en lo previsto en el inciso 2° del artículo 106, que prevé semejante declaración en *cualquier situación de abandono de hecho de la defensa*.

Al respecto se ha señalado, que “por tratarse el derecho a una defensa técnica de una garantía constitucional, el juez se encuentra autorizado para intervenir este vínculo privado cuando su ejecución denote falencia que puedan afectar en su esencia la garantía aludida.

“A pesar de los resguardos legales existentes a fin de garantizar la competencia técnica de los defensores públicos y licitados nada obsta a que el juez pueda, en casos calificados, declarar el abandono respecto de un defensor penal público.

“Sin embargo, esta facultad es de mayor importancia práctica en el caso de las defensas privadas, ya que el abogado de ejercicio liberal de la profesión no se encuentra sujeto a filtros previos de idoneidad a que son sometidos los defensores penales públicos y suelen tener menos experiencia que estos últimos.

“Es un hecho que el sistema de justicia criminal en actual vigencia, por imperativo fáctico y legal, impone una obligación de idoneidad profesional a todos los abogados que cumplan funciones como defensores.

“A partir de esta constatación es posible sostener que, la utilización del abandono de la defensa por causal de ignorancia grave del derecho, involucra una obligación que ha de ser ejercida por el órgano jurisdiccional en uso de sus funciones cautelares para dar contenido al derecho a la defensa técnica como garantía sustantiva y no meramente formal. La legitimidad del proceso así lo exige”.¹⁴⁹

¹⁴⁸ Sin perjuicio del abandono de la defensa y la designación del defensor de oficio en los casos de los artículos 269 y 286, y la aplicación de las sanciones correspondientes.

¹⁴⁹ Véase Jaime SALAS ASTRAIN, Problemas de proceso penal. Abandono de la defensa por inexperiencia o desconocimiento del derecho penal. Págs. 357 y 361. Librotecnia. 2009. Santiago. Chile.

*5.2.3. Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen*¹⁵⁰

En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen (artículo 3^a LOC Min. Público).¹⁵¹

El principio de objetividad consiste en entender que el Ministerio Público no es simplemente un querellante, sino que es un órgano público que representa el interés de la comunidad en la persecución del delito. Por lo tanto, no sólo debe considerar los hechos y circunstancias que configuren ese delito o agraven la responsabilidad del imputado, sino también aquellos que eximan, extingan o atenúen tal responsabilidad. Constituye el equivalente al principio de imparcialidad que actualmente guía la judicatura, pero se define de esta forma en consideración a que no es un tercero que arbitra el conflicto penal, sino que interviene como parte en el mismo”.¹⁵²

Durante la investigación, tanto el imputado como los demás intervinientes en el procedimiento podrán solicitar al fiscal todas aquellas diligencias que consideraren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos. El fiscal ordenará que se lleven a efecto aquellas que estimare conducentes.

Si el fiscal rechazare la solicitud, se podrá reclamar ante las autoridades del Ministerio Público según lo disponga la Ley Orgánica Constitucional respectiva, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la diligencia (artículo 183).

¹⁵⁰ Artículos 93 letra c) CPP; 14.3.d Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2.f Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵¹ Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en 2º trámite constitucional, discusión particular artículo 2º. “La Comisión tuvo presente que el contenido de esta disposición, con una redacción similar, se encuentra incorporada en el artículo 94 del proyecto de ley de nuevo Código Procesal Penal. Al respecto, coincidió en la necesidad que una norma de tal naturaleza se contemple en esta ley, que es la llamada a consignar los principios fundamentales que deben regir el funcionamiento del Ministerio Público, y, por lo mismo, se elimine el aludido artículo 94 del Código Procesal Penal, en su oportunidad. La Comisión acordó señalar que, en el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley. De acuerdo con ese criterio, deberán investigar con igual celo no sólo los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, sino también los que le eximan de ella, la extingan o la atenúen”. *Reforma Procesal Penal. Génesis*. Ob. cit. Págs. 211 y 212. Octubre 2003.

¹⁵² 1º Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en 2º trámite constitucional, discusión general. Exposición del señor Jefe de la Unidad Coordinadora de la Reforma Procesal Penal del Ministerio de Justicia, don Rafael Blanco; iii) Principios que informan la actuación del Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Génesis*. Ob. cit. Pág. 211. Octubre 2003.

5.2.4. Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación¹⁵³

Durante todo el procedimiento y en cualquiera de sus etapas el imputado tendrá siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirigiere.

La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto.

La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. Regirá, correspondientemente, lo dispuesto en el artículo 326.

Si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al Ministerio Público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.¹⁵⁴

5.2.5. Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare¹⁵⁵

En primer lugar, debe señalarse que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, podrá pedir al juez de garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de ella. También podrá el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación (artículo 186).

Por su parte, el juez de garantía se encuentra facultado para fijar un plazo al Ministerio Público para que formalice la investigación (artículo 186).

En segundo lugar, cuando el juez de garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al Ministerio Público, lo considerare necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitieren, podrá fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación, al vencimiento del cual se producirán los efectos previstos en el artículo 247 (artículo 234).

Respecto del conocimiento del contenido de la investigación, debemos tener presente que:

1º. Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

¹⁵³ Artículo 93 letra d).

¹⁵⁴ Artículos 98 CPP; 14.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.1. y 8.5 Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵⁵ Artículo 93 letra e) .

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copia, a su costa, de los registros y los documentos de la investigación fiscal y examinar los de la investigación policial.

2°. El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considere necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

3°. El imputado o cualquier otro interviniente podrá solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

4°. No se podrá decretar el secreto sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en las que participe el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor.

5°. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieran conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas (artículo 182).

5.2.6. Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare¹⁵⁶

El imputado tiene derecho a solicitar el sobreseimiento definitivo si concurre alguna de las causales contempladas en la ley (artículo 250), procediendo el recurso de apelación en contra de la resolución que rechazare dicha solicitud (artículo 93 letra f) y 370 letra b)).

Todos los derechos anteriores del imputado no son más que derivaciones del principio general, consistente en que ningún imputado puede ser juzgado sin que se le haya otorgado el derecho a ser oído, debiendo contar para ello con la asesoría letrada eficiente.

5.2.7. Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento¹⁵⁷

El derecho a guardar silencio del imputado lo resguarda para que haga efectiva su garantía de no tener que autoincriminarse¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Artículo 93 letra f).

¹⁵⁷ Artículos 93 letra g) CPP; 9.3 g) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8.2.g. Convención Americana de Derechos Humanos.

¹⁵⁸ SÁEZ MARTÍN, Jorge. "Eduardo. Forma y garantías de la autoincriminación". *Revista Procesal Penal* N° 44. Págs. 44 y Sgtes. Febrero 2006.

Se entiende que un sujeto se autoincrimina cuando presta una declaración en la cual reconozca total o parcialmente la existencia del hecho punible o su participación en él.

Dentro del CPP se contempla como regla general que el sujeto preste declaración ante el Fiscal (artículo 194), excepcionalmente ante la Policía y en presencia de su defensor (artículo 91); y ante el juez (artículos 93 inciso 2º letra d), 98 y 326).

Existe además reconocimiento de responsabilidad tácita en el procedimiento monitorio; y expresa en el procedimiento simplificado para que se omita la audiencia de juicio (artículo 395) y respecto del procedimiento abreviado, respecto de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren (artículo 406).

La autoincriminación se caracteriza porque debe ser personal; efectuada por persona capaz; libre y voluntaria, y por ello exenta de coacción y habiendo recibido previamente un trato digno; e informada previamente de sus derechos (artículo 93 letra a) y de los hechos que se le imputaren (artículo 93 inciso 2º letra a).

Un tema que no se ha regulado por nuestro legislador es la autoincriminación efectuada fuera del proceso penal, y con motivo de actuaciones que se realizan ante autoridades administrativas o en procesos distintos a los penales, en los cuales no se le reconocen al sujeto los derechos antes señalados, habiéndose empezado a cuestionar por ello la eficacia probatoria para el proceso penal de esas declaraciones.

Si el imputado se allanare a prestar declaración ante el fiscal y se tratare de su primera declaración, antes de comenzar el fiscal 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, incluyendo aquellas que fueren de importancia para su calificación jurídica, las disposiciones legales que resultaren aplicables y los antecedentes que la investigación arrojaré en su contra. A continuación, el imputado podrá declarar cuanto tuviere por conveniente sobre el hecho que se le atribuyere.

Debemos dejar constancia que la declaración del imputado debe prestarse ante el fiscal de la causa y no ante los abogados asistentes de éste. En efecto, no obstante las facultades que se les han conferido a éstos para realizar ciertas diligencias (por ejemplo para comparecer a la audiencia de control de la detención o para tomar las declaraciones de testigos) no se encuentran facultados para tomarle declaración al imputado.¹⁵⁹

En todo caso, el imputado no podrá negarse a proporcionar al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas que se le dirigieren con respecto a su identificación.

¹⁵⁹ "El señor Fiscal Nacional destacó que los acuerdos de la Comisión acerca de la intervención en los procesos del abogado asistente del fiscal le han reconocido la facultad para recibir las declaraciones de testigos, más no la del imputado; éste, según los artículos 193, 194 y 326 del Código de Procedimiento Penal, sólo puede declarar frente al fiscal. Por tanto, el abogado asistente, en el juicio oral, sólo puede hacer fe de las declaraciones prestadas ante él por los testigos; por tal razón, concluyó, es necesario introducir la distinción correspondiente, para que no quepa duda que la disposición, en lo que respecta a los abogados asistentes del fiscal, sólo se refiere a las declaraciones de los testigos". Discusión parlamentaria de la Ley N° 20.253, segundo informe de la Comisión de Constitución. Pág. 379.

En el registro que de la declaración se practicare de conformidad a las normas generales se hará constar, en su caso, la negativa del imputado a responder una o más preguntas (artículo 194).¹⁶⁰

En el juicio oral, luego de la exposición de la acusación y defensa, el acusado podrá prestar declaración. En tal caso, el presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que creyere conveniente respecto de la o las acusaciones formuladas. Luego podrá ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a aclarar sus dichos. En cualquier estado del juicio, el acusado podrá solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos (artículo 326).

Luego de concluidas las exposiciones finales del fiscal y del defensor en el juicio oral, se otorgará al acusado la palabra, para que manifieste lo que estimare conveniente (artículo 338).

No se tomará juramento a aquellos a quienes el tribunal sospechare que pudieren haber tomado parte en los hechos investigados (artículo 306).

5.2.8. *No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes*¹⁶¹

Se encuentra absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. En consecuen-

¹⁶⁰ Especial importancia reviste la doctrina sobre el derecho a no autoincriminarse llamado a regir la interrogación bajo detención policial que se estableció por la Corte Suprema de Estados Unidos en el caso *Miranda V. Arizona* la que "puede ser sistematizada como sigue:

a) La Fiscalía no puede usar declaraciones que provengan del interrogatorio del sujeto detenido, a menos que demuestre el uso de salvaguardias para asegurar el derecho a no autoincriminarse.

b) A menos que otros mecanismos completamente efectivos sean implementados para informarle al detenido su derecho a guardar silencio y para asegurar una permanente oportunidad para ejercerlo, previo a cualquier pregunta el sujeto debe ser advertido: a) que tiene derecho a guardar silencio, y que sus interrogadores están dispuestos a reconocer dicho derecho si el decide ejercerlo; b) que cualquier declaración que haga podrá ser usada en su contra en los tribunales; c) que tiene derecho a la presencia de un abogado, y d) que si no puede contratar un abogado, el Estado designará un defensor público que lo represente.

c) Estas advertencias son un requisito absoluto de la interrogación. Ningún monto de prueba acerca de que la persona haya conocido de sus derechos podrá sustituirlas.

d) Una vez que las advertencias se han realizado, si el individuo indica de cualquier manera, en cualquier momento, antes o durante el interrogatorio, que desea permanecer en silencio, el interrogatorio debe cesar. Si el individuo señala que desea un abogado, el interrogatorio debe cesar hasta que el profesional esté presente.

e) El derecho a permanecer en silencio y a tener un abogado presente puede ser renunciado, siempre y cuando el individuo realice dicha renuncia informada e inteligentemente. BAYTELMAN A., Andrés. *Informe de Investigación* N° 13. "Tiene derecho a guardar silencio...". La jurisprudencia norteamericana sobre declaración judicial. Centro de Investigaciones Jurídicas. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Pág. 7. Año 4. Mayo 2002.

¹⁶¹ Artículos 93 letra h) CPP; 7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 5.2. Convención Americana de Derechos Humanos.

cia, no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa. Sólo se admitirá la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal.

Se prohíbe, en consecuencia, todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos y la hipnosis.

Estas prohibiciones rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados (artículo 195).¹⁶²

Por otra parte, se toman medidas para velar por la espontaneidad de la declaración y que no sea fruto del agotamiento u hostigamiento del imputado.

Si el examen del imputado se prolongare por mucho tiempo, o si se le hubiere dirigido un número de preguntas tan considerable que provocare su agotamiento, se concederá el descanso prudente y necesario para su recuperación. Se hará constar en el registro el tiempo invertido en el interrogatorio (artículo 196).

Finalmente, se toman medidas para que la declaración no sea fruto del engaño o la confusión.

Debemos tener presente que en ningún caso se admitirán preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente, ni las que fueren formuladas en términos poco claros (artículo 330 incisos 3º y 4º).

5.2.9. No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía¹⁶³

Se reconoce expresamente el derecho a estar presente y ejercer las facultades legales frente a la acusación penal. Sin embargo se regula expresamente la rebeldía del imputado.

El imputado será declarado rebelde: a) Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido, o b) Cuando, habiéndose formalizado la

¹⁶² En el Primer Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, párrafo referente al artículo 122 se dejó constancia que “por aplicación de dicho principio, se explicitan luego algunas de las conductas que caerían dentro del concepto de métodos prohibidos, que son propios de la idea de entender que la confesión es un mecanismo de investigación. Hoy en día no se discute mayormente que la declaración del imputado sea un medio de defensa y no un medio de prueba. Esto parte de la idea de la voluntariedad de la declaración. También es un problema de filosofía. Ballesteros, en el siglo pasado, decía que la declaración era una defensa. El juez llama al inculcado para interrogarlo, a efecto de proveerle instrumentos de defensa y no para establecer, por ese camino, un medio de inculpação.

Se agregó, a lo anterior, que el principal medio de investigación del método inquisitivo es “estrujar” al imputado. Son métodos que se usan en Chile. Si se tiene el derecho a quedarse callado y se renuncia a él, lo lógico es ser tratado con lealtad”. Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Discusión Particular, Artículo 7º. Ob. cit. Pág. 136. Abril 2003.

¹⁶³ Artículo 93 letra i).

investigación en contra del que estuviere en país extranjero, no fuere posible obtener su extradición (artículo 99).

La declaración de rebeldía del imputado será pronunciada por el tribunal ante el que debiere comparecer (artículo 100).

Declarada la rebeldía, las resoluciones que se dictaren en el procedimiento se tendrán por notificadas personalmente al rebelde en la misma fecha en que se pronunciaren.

La investigación no se suspenderá por la declaración de rebeldía y el procedimiento continuará hasta la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, en la cual se podrá sobreseer definitiva o temporalmente la causa de acuerdo al mérito de lo obrado. Si la declaración de rebeldía se produjere durante la etapa de juicio oral, el procedimiento se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado compareciere o fuere habido.

El sobreseimiento afectará sólo al rebelde y el procedimiento continuará con respecto a los imputados presentes.

El imputado que fuere habido pagará las costas causadas con su rebeldía, a menos que justificare debidamente su ausencia (artículo 101).

Excepcionalmente, el juzgamiento en rebeldía es posible en el procedimiento monitorio (artículo 93 letra i).

En consecuencia, en nuestro derecho rige como regla general que el imputado no puede ser juzgado en ausencia.¹⁶⁴

5.3. Derechos del imputado privado de libertad

El imputado privado de su libertad, de acuerdo al CPP, tiene además, las siguientes garantías y derechos:

5.3.1. Conocer el motivo de su detención

El detenido tiene derecho a conocer el motivo de su detención y a que se exhiba la orden de detención, salvo que sea sorprendido *in fraganti* cometiendo un delito (artículos 94 letra a), 125 y 135 inciso 1°).

¹⁶⁴ Dentro de los derechos que el legislador le reconoce al imputado no se encuentra la de mantener el secreto o reserva de la identidad del imputado, salvo en la Ley N° 19.733 que contempla que está prohibido a los medios de comunicación social divulgar la identidad de los menores de edad que sean partícipes o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella. También les está prohibido divulgar la identidad de las víctimas de cualquier edad, tratándose de delitos de aborto, abandono de niños y personas desvalidas, crímenes y simple delito contra estado civil de las personas, del rapto, de la violación, del estupro, incesto y corrupción de menores y actos deshonestos. FELIÚ, Olga. *Boletín del Ministerio Público* N° 17. Diciembre de 2003. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ, Miguel Ángel. "La libertad de información y la reserva de identidad de los imputados. Informe en derecho". Pags. 161 y Sgtes. *Boletín del Ministerio Público* N° 18 Marzo 2004.

5.3.2. Ser informado

El detenido tiene derecho a ser informado de manera específica y clara, acerca de los hechos que se le imputaren y los derechos que le otorgan la Constitución y las leyes (artículos 93 letra a), 94 letra b) y 135 inciso 2°).

5.3.3. Guardar silencio

El detenido tiene derecho a guardar silencio y no ser obligado a declarar (artículos 93 letra g) y 135 inciso 2°).

5.3.4. Declarar

El detenido tiene derecho a declarar, si quiere, para dar su versión, pero sin que se le tome juramento. Mientras declara no puede ser sometido a presiones (artículos 93 letra g), 135 inciso 2°, 195 y 196).

5.3.5. No ser tratado como culpable

El detenido tiene derecho a que no se le considere culpable ni se le trate como tal mientras no sea condenado por una sentencia firme y, en todo caso, tiene derecho a no ser sometido a tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes. No puede ser obligado a someterse a exámenes corporales a menos que lo ordene el juez.

5.3.6. A que se sepa que está detenido

El detenido tiene derecho a que, en su presencia, se informe a su familia o a otras personas conocidas que se encuentra detenido, por qué motivo y en qué lugar (artículo 94 letra e)).

5.3.7. Comunicarse y ser visitado

El detenido tiene derecho a recibir visitas y comunicarse con el exterior, a menos que el juez lo prohíba hasta por un plazo máximo de 10 días (artículo 94 letra h)).

5.3.8. Ser asistido por un abogado

El detenido tiene derecho a ser asistido por un abogado de confianza y a entrevistarse privadamente con él (artículos 8° y 93 letra b), 94 letra f y 135 inciso 2°).

5.3.9. Plazos de la detención

El detenido tiene derecho a ser trasladado ante la presencia del juez, a más tardar, dentro de 24 horas. En la misma audiencia el Juez puede ampliar la detención hasta por 3 días más (artículos 131 y 132).

5.3.10. *Que un Juez se pronuncie sobre su detención*

El detenido tiene derecho a que un Juez examine la legalidad de su detención, las condiciones en que se encuentre y resuelva si procede o no dejarlo en libertad (artículo 95).

VII. LA DEFENSA¹⁶⁵

*Ahora no estoy ya seguro ni de haber defendido
la inocencia ni de haber hecho valer el deber ni de
haber hecho triunfar la justicia; y, sin embargo, si el
Señor me hiciese nacer de nuevo, comenzaría otra vez.
No obstante los fracasos, las amarguras, los
desengaños, el balance es activo; si hago el análisis de
él, me doy cuenta de que la partida capaz de colmar
todas las deficiencias consiste precisamente en
aquella humillación de deberme encontrar, junto
a tantos desgraciados, contra los cuales se
desencadena el vituperio y se encarniza el
desprecio, en el último peldaño de la escala.¹⁶⁶*

Señalamos en forma previa que el derecho de defensa se consagra en nuestro ordenamiento jurídico, con rango constitucional, en los artículos 19 N° 3 y 5° inciso 2° de nuestra Carta Fundamental y en diversos tratados internacionales.

El derecho de defensa concebido en forma amplia, debe ser entendido como la facultad que tiene toda persona para proveerse de la asesoría letrada y formular todas las peticiones y ejercer todas las acciones que estime pertinentes para el resguardo de los derechos contemplados en la Constitución y las leyes.

Conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos del Hombre, el derecho a defensa, incluye el:

- a) Derecho a ser oído, lo que comprende el derecho a conocer los cargos que se le imputan.
- b) Derecho a controlar y controvertir la prueba de cargo.
- c) Derecho a probar los hechos invocados para excluir o atenuar la reacción penal.
- d) Derecho a valorar la prueba y exponer las razones para obtener una sentencia favorable.
- e) Derecho a defenderse personalmente o, si no estuviere permitido, elegir un defensor que lo represente.

¹⁶⁵ Respecto de las consideraciones generales de la defensa nos remitimos integralmente al apartado 5.2.4. Derecho de Defensa, dentro de las garantías del sistema procesal penal contenido en el Capítulo I de esta obra.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Pág. 24. 1989. Editorial Temis. Bogotá. Colombia.

Tratándose del derecho de defensa en el proceso penal, hicimos presente que ella consiste en el derecho del imputado para formular los planteamientos y alegaciones que considere oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones expresamente previstas en el Código, pudiendo distinguir dos clases de defensa respecto del imputado: la defensa personal o material, que se desarrolla por el propio imputado; y la defensa técnica, que es desarrollada por el abogado defensor del imputado.

Al referirnos a las características de la defensa técnica a que tiene derecho el imputado¹⁶⁷, señalamos que una de ellas es que constituye una obligación para el Estado proveérsela en caso de no contar con un defensor para que lo asesore. En efecto, dado que la defensa técnica del imputado es obligatoria, debe designársele un defensor si no lo tuviere desde la primera actuación del procedimiento, correspondiéndole al Estado proveerle de los medios para ese efecto.

Al efecto, prevé el artículo 102 respecto del defensor del imputado que *“si no lo tuviere, el Ministerio Público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva. En todo caso, la designación del defensor deberá tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado.”*

Si el imputado se encontrare privado de libertad, cualquier persona podrá proponer para aquél un defensor determinado, o bien solicitar se le nombre uno. Conocerá de dicha petición el juez de garantía competente o aquel correspondiente al lugar en que el imputado se encontrare.

El juez dispondrá la comparecencia del imputado a su presencia, con el objeto de que acepte la designación del defensor”.

En relación a los sistemas de defensa pública *“En el derecho comparado es posible verificar la existencia de tres sistemas básicos de defensa oficial o pública: el honorífico, fundado tan sólo en la regla ética que obliga al abogado a defender gratuitamente a los imputados de escasos recursos, el organizado sobre la base de un oficina pública o de funcionarios estatales y el organizado en torno a abogados o asociaciones de abogados privados que reciben auxilio económico estatal o el*

¹⁶⁷ Señalamos como características de dicha defensa técnica que:

- 1) Es obligatoria
- 2) Debe ser ofrecida al imputado desde el inicio del proceso penal.
- 3) Debe ser ejercida por un defensor de la confianza del imputado.
- 4) Constituye una obligación para el Estado en caso de no contar con un defensor para que lo asesore.
- 5) Debe ser ejercida por el defensor de confianza del imputado durante todo el proceso penal.
- 6) Las comunicaciones del imputado con su defensor revisten el carácter de secretas.
- 7) El defensor es independiente para los efectos de ejercer su defensa.
- 8) El defensor es libre para los efectos de asumir y continuar con el ejercicio de una defensa.
- 9) El defensor debe abstenerse de efectuar declaraciones durante el juicio.
- 10) El defensor es responsable civil, penal y disciplinariamente de las acciones dolosas y negligentes en que incurra en su defensa.

*pago de sus servicios por el Estado como contraprestación a la asistencia técnica de quienes no pueden o no quieren procurarse privadamente la misma (sistema de pago por prestación de defensa penal pública) ”.*¹⁶⁸

En Chile, antes de la reforma procesal penal, la asistencia técnica letrada era proporcionada básicamente a través de egresados de las facultades de derecho que se encontraban efectuando su práctica profesional obligatoria de seis meses en una Corporación de Asistencia Judicial, o bien a través de la institución de los abogados de turno.

En efecto, la Ley N° 4.409 dispuso que los Consejos de los Colegios de Abogados debían crear y mantener consultorios jurídicos gratuitos para prestar asesoría a quienes gozaran de privilegio de pobreza. Por su parte la Ley N° 17.995 sustituyó dicho régimen y creó las Corporaciones de Asistencia Judicial. Por su parte el artículo 595¹⁶⁹ del COT disponía que los jueces de letras pueden designar mensualmente cada mes y por turnos, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente¹⁷⁰ las causas civiles, del trabajo y criminales¹⁷¹, que gozaren de privilegio de pobreza (institución también aplicable a los procuradores del Número y a los receptores).

¹⁶⁸ HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 250.

¹⁶⁹ Dispone actualmente este artículo que “Corresponde a los jueces de letras designar cada mes y por turno, entre los no exentos, un abogado que defienda las causas civiles y otro que defienda las causas del trabajo de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. Con todo, cuando las necesidades lo requieran, y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva podrá disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que se deban distribuir las causas entre los abogados designados.

En la misma forma y para los mismos fines harán los jueces de letras a quienes se refiere el inciso precedente, las correspondientes designaciones de procuradores y receptores.

Cuando alguna persona que goce del privilegio de pobreza no pueda ser servida por los abogados, procuradores y receptores nombrados, el juez de letras podrá designar un abogado, un procurador o un receptor especial que la sirva.

En las comunas o agrupaciones de comunas en donde hubiere dos o más jueces de letras, hará las designaciones generales prevenidas en los dos primeros incisos de este artículo, el más antiguo, y las especiales del inciso precedente el que conociere del negocio en que han de aplicarse.

Las designaciones generales de abogados, procuradores y receptores de turno deberán hacerse por las Cortes de Apelaciones para el territorio jurisdiccional en que éstas tengan su residencia.

¹⁷⁰ Sobre la carga de servir gratuitamente el turno judicial, el TC, en sentencia de 31 de enero de 2008, recaída en la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad rol N° 755-07-INA, declaró inaplicable en la causa seguida ante la Corte Suprema Rol 662606, la expresión gratuitamente a que alude el inciso primero del artículo 595, efectuándose en dicha sentencia un completo resumen de la institución de turno.

Sobre la misma materia, ver también el informe del Consejo de Administración de la OIT relativa a la reclamación del Colegio de Abogados, de 11 de noviembre de 2008.

¹⁷¹ Por sentencia del TC de 29 de julio de 2009, se acogió el requerimiento del Presidente del Colegio de Abogados, declarando que la expresión “gratuitamente”, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales es inconstitucional y, en consecuencia, se entenderá derogada desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia (lo que ocurrió el 01 de agosto de 2009), sin efectos retroactivos.

Finalmente es del caso mencionar en la asistencia letrada gratuita un importante número de consultorios jurídicos gratuitos implementados por algunas universidades, organizaciones sociales, la Iglesia, o la municipales, entre otros.

I. LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA Y
JUSTIFICACIÓN DE SU ESTABLECIMIENTO EN CHILE²⁷²⁻²⁷³

*El abogado transforma la vida en lógica y el juez transforma la lógica en justicia.*²⁷⁴

En el Mensaje del Ejecutivo del Proyecto de Ley de Defensoría Penal Pública se justifica la creación de ese sistema al señalar que el objetivo de la reforma procesal penal es lograr procesos en que se respeten a lo largo de toda su tramitación los derechos y garantías esenciales de las personas, tanto de las víctimas como de los imputados.

Entre esos derechos, uno de los principales, sin duda alguna, es el derecho de defensa. Éste exige en los procesos de orden criminal, como han puesto de relieve los estudios más modernos, que al imputado se le reconozca el derecho a intervenir

²⁷² De acuerdo a lo señalado en la Declaración Pública de 5 de junio de 2000 del Colegio de Abogados de Chile, debemos recordar que “con anterioridad a la vigencia de la actual Constitución, la Ley N° 4.409 imponía a los Consejos de los Colegios de Abogados dentro de sus respectivas jurisdicciones, “crear y mantener consultorios jurídicos gratuitos para pobres y vigilar la correcta actuación de los abogados llamados por la ley a asistir a las personas que gozan de privilegio de pobreza”.

“Con posterioridad, el referido sistema fue sustituido por la Ley N° 17.995, que creó las Corporaciones de Asistencia Judicial con sede en Santiago, Valparaíso y Concepción y que, de hecho, fueron las continuadoras legales de los Servicios de Asistencia Judicial que mantenían los Colegios de Abogados del país. La tuición de estas Corporaciones quedó bajo la órbita del Ministerio de Justicia como culminación de un proceso sucesivo de cercenamiento de las facultades y atribuciones de los Colegios de Abogados, ya esencialmente constreñidos y limitados a través del Decreto Ley N° 3.621, de 8 de mayo de 1981, el cual, además de considerar a los Colegios Profesionales como simples asociaciones gremiales, procede a derogar la colegiatura obligatoria como requisito del ejercicio profesional”.

En el Mensaje N° 94-340 de 6 de junio de 1999 del Proyecto de ley que crea la Defensoría Penal Pública, se señala que el sistema de las Corporaciones de Asistencia Judicial, no permiten tener por completamente satisfechas las exigencias de un moderno sistema judicial penal. Éstas descansan, mayoritariamente, sobre la base de la prestación de la defensa por licenciados en Derecho que están haciendo su práctica profesional gratuita durante un lapso de seis meses. En rigor, esa defensa, por más encomiable que pueda ser y que generalmente se presta bajo la supervisión directa de abogados ya titulados de la mismas Corporaciones, ni siquiera es otorgada por abogados propiamente tales, sino por personas que aspiran a serlo, de manera que difícilmente podrán hacer frente en igualdad de condiciones a un letrado especializado en sostener la acusación como será el Fiscal en el futuro proceso penal. Además, se produce una continua rotación de postulantes a cargo de cada caso, de modo que desde el punto de vista de los imputados o acusados atendidos por este sistema, no ofrece ninguna garantía de continuidad, lo que redundará en una mayor ineficiencia.

Por otra parte, como se indica en la Declaración Pública de 5 de junio de 2000 del Colegio de Abogados de Chile, debemos recordar que “hoy en día, de manera paralela a las funciones desempeñadas por las Corporaciones de Asistencia Judicial dependientes del Ministerio de Justicia, existe el sistema de abogacía de turnos, consagrada en el Título XVII del Código Orgánico de Tribunales intitulado

Continuación notas 172 a 174

“De la Asistencia Judicial y del Privilegio de Pobreza”. Su artículo 595 faculta a los Jueces de Letras para designar cada mes y por turnos, entre los no exentos, un abogado que defienda gratuitamente las causas civiles, otro que defienda las causas del trabajo y un tercero que defienda las causas criminales de las personas que hubieren obtenido o debieran gozar del mencionado privilegio. El precepto agrega que, cuando las necesidades lo requieran y el número de abogados en ejercicio lo permita, la Corte de Apelaciones respectiva puede disponer que los jueces de letras designen dos o más abogados en cada turno, estableciendo la forma en que deban distribuir las causas entre los abogados designados. Normas semejantes se dan para que los jueces de letras designen a procuradores y receptores de turno. El artículo 596 de ese mismo cuerpo legal señala que, en el evento que los procesados no designaren procurador y abogado en el acto de notificárseles el auto de procesamiento, serán representados y defendidos por los procuradores del número y abogados que estuvieren de turno.

En el Mensaje N° 94-340 de 6 de junio de 1999 del Proyecto de ley que crea la Defensoría Penal Pública, se señala que el sistema de abogados de turno también presenta problemas estructurales que en impide considera que pueda llegar a satisfacer las exigencias constitucionales del derecho de defensa. El mayor problema que presente este mecanismo es que no permite en caso alguno dar por satisfecha la obligación constitucional y legal del propio Estado de proveer de defensa letrada a las personas que carecen de ella, ya que el sistema descansa en la caridad de los profesionales, que deben dedicar gratuitamente parte de su jornada de trabajo a atender a estas personas. Luego, el sistema es discriminatorio para los profesionales jurídicos que deben soportar una carga pública que no pesa sobre otros profesionales liberales. Y tanto es así, que este sistema comenzó a ser abandonado y declarado inconstitucional en Europa, donde tuvo su origen hace más de 30 años (ejemplo, en Austria en 1971, España en 1981, etc.).

Finalmente, como se indica en la Declaración Pública de 5 de junio de 2000 del Colegio de Abogados de Chile las experiencias recogidas en otros países en relación a esta materia, no dista mucho de la nuestra. En algunos el derecho de defensa queda absorbido por la labor de organizaciones benéficas privadas, con consultorios gratuitos jurídicos para pobres, generalmente dependientes de las Universidades, Ayuntamientos o Iglesias. En la mayoría, sin embargo, el derecho de defensa se ejerce a través de organizaciones reguladas. Estas últimas, a su vez, se expresan principalmente a través de dos modalidades distintas. En la primera de ellas, una ley entrega a los Colegios de Abogados, la organización y fiscalización de la defensa de oficio. Es el caso de España, por ejemplo, que a través de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita entrega a los Colegios de Abogados la regulación del llamado turno de oficio, que tiene a su cargo la función de velar por el cumplimiento del derecho constitucional a la defensa que asiste a todo ciudadano. De esta manera es el Colegio quien lleva un registro de los abogados adscritos a dicho turno. El Colegio recibe las solicitudes de asistencia jurídica gratuita que se formulan en su ámbito territorial y tiene competencia para la concesión provisional de este beneficio. De la misma manera es el Colegio que, a través de una Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita, tutela, concede o deniega el derecho a la gratuidad. Este derecho a la defensa se extiende no sólo, en el caso de la mayoría de los países europeos, a las defensas penales, sino también problemas jurídicos civiles, de familia, de menores, sociales, administrativos, y constitucionales. La ley y el reglamento respectivo fijan, con cargo al Erario Nacional, módulos de compensación económica para los abogados que presten los servicios, materia en relación a la cual los Colegios se relacionan con el Gobierno a través del Ministerio de Justicia.

Una segunda manera de regular el sistema es a través de la creación de un órgano público especializado, que aplique al organismo respectivo el marco regulatorio de los estatutos administrativos propio de los empleados públicos. Es el sistema de las defensorías penales públicas que, bien pueden crearse como sistemas monopólicos, o bien, como sistemas mixtos, con la coexistencia de instituciones calificadas que igualmente puedan prestar servicios jurídicos gratuitos.

²⁷³ Véase CAROCCA PÉREZ, Àlex. *La defensa penal pública*. LexisNexis. 2002. Santiago. Chile.

²⁷⁴ COUTURE, Eduardo Jorge. *Los mandamientos del abogado*. Comentados. Pág. 10. Iure Editores. México.

durante toda su tramitación, desde que se inicia la persecución penal, a fin de poder ir desvirtuando la imputación formulada en su contra. Ello alcanza especial realidad en el desarrollo del juicio oral, ya que éste jamás será válido si no se ha permitido al imputado defenderse eficazmente, en igualdad de condiciones con el Ministerio Público que actuará como acusador.

De acuerdo a esta concepción, el respeto del derecho de defensa constituye un componente esencial de la noción misma de proceso. Este, como medio de resolución de conflictos, se caracteriza por su carácter participativo, ya que permite una intervención ordenada de aquellos que se pueden ver afectados por una decisión judicial, interactuando con el tribunal, de modo de lograr una solución de mejor calidad y vinculación a las partes. Esa participación en el juicio, es lo que asegura el derecho de defensa. De allí su importancia para la configuración de un proceso válido.

Si la garantía de la defensa implica el derecho a poder intervenir eficazmente en la formación de la resolución jurisdiccional, se comprende que en toda clase de procesos, se permita no sólo la participación personal de los interesados, sino que autoriza que ella se pueda efectuar a través de un profesional letrado. Ello permite pueda llevarse al complejo lenguaje jurídico los argumentos defensivos y que, incluso, pueda mantener la serenidad que generalmente el afectado pierde ante un evento de esta naturaleza, por la gravedad de los intereses en juego.

Estas razones se dan con mayor claridad todavía tratándose de un proceso de orden penal. En ellos la defensa exige siempre que el imputado cuente con la asesoría de un profesional jurídico que le permita desarrollar eficazmente sus alegaciones y rendir sus pruebas a lo largo de todo el proceso. Es evidente que la garantía se satisface con la designación por parte del propio imputado del profesional jurídico de su confianza, cuando cuenta con los medios económicos para ello. Sin embargo, bien sabemos que las personas alcanzadas por el sistema penal, son generalmente las personas de escasos recursos y de los niveles socioeconómicos más bajos, por lo que casi siempre carecen de los medios económicos para pagar los honorarios profesionales de los abogados. Aunque también puede suceder que aun disponiendo de tales recursos, no consigan, por cualquier otra razón, de un profesional jurídico que voluntariamente se haga cargo de su defensa.

Cualquiera sea la causa por la que el imputado carezca de abogado que lo defienda, surge la obligación del Estado de proveerlo de uno. Es la única manera de asegurar efectivamente el derecho de defensa del imputado, ya que sin un profesional jurídico que pueda hacer valer sus derechos e intereses, se verá notoriamente en desventaja frente al Ministerio Público, que por definición está integrado por abogados, para desenvolverse en los procedimientos que contienen complejas regulaciones.

El cumplimiento de esta obligación estatal, supone en los sistemas judiciales modernos, la creación de un mecanismo más o menos complejo para proveer de defensa jurídica a todos aquellos imputados o acusados que en el curso de un proceso, en cualquiera de sus etapas y por cualquier motivo, se vean privados de un defensor de confianza.

En consecuencia, la defensa de oficio, como se la ha denominado tradicionalmente en nuestro sistema, siguiendo a la legislación española, o defensa penal pública,

como empieza a ser llamada ahora último, satisface una condición indispensable para que pueda tener lugar la tramitación de un justo o debido proceso. Conforme a ello, todo imputado o acusado debe disponer de un profesional letrado que haga valer en el proceso sus alegaciones, rinda sus pruebas y contradiga las alegaciones y pruebas de la contraria.

Por lo tanto, no existe ninguna posibilidad de obtener la evolución de nuestro procedimiento penal hacia una satisfacción mayor de las exigencias de un Estado democrático, si no se contemplan mecanismos eficientes para dispensar asistencia jurídica a todas las personas que no puedan procurársela por sí mismos, como precisamente exige en forma directa nuestra propia Constitución Política (artículo 19 N° 3, incisos 2° y 3° CPR). Pero no sólo eso, sino que es también un derecho consagrado en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, suscritos y ratificados por Chile (artículo 5°, inciso 2° CPR), que contemplan garantías de orden procesal. Entre ellos, cabe destacar la Convención Americana de Derechos Humanos, según la cual toda persona durante el proceso tiene el “derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrase defensor dentro del plazo establecido por la ley” (artículo 8° N° 2, letra e) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

En la Declaración Pública de 5 de junio de 2000 del Colegio de Abogados de Chile también se justifica el establecimiento del sistema al señalarnos que la creación de mecanismos adecuados para el ejercicio del Derecho de Defensa se hace más urgente desde la creación del Ministerio Público y su organización de fiscalías a lo largo del país, que permitirán sostener la acción penal con rigor y eficacia, dada la infraestructura de que está dotado y el esmero adoptado en la elección de sus asesores.

La defensa es un componente básico del proceso, el que durante todo su dinámico desarrollo requiere de la intervención profesional de un letrado que esté capacitado para hacer las alegaciones, rendir las probanzas y formular las reflexiones y razones que permitan eximir o bien, a lo menos, aminorar la responsabilidad del justiciable en una relación equilibrada entre quienes formulan cargos y quienes hacen valer los respectivos descargos.

Dado lo anterior, es opinión pacífica la necesidad de crear, de manera paralela al Ministerio Público, un sistema de defensoría adecuado que permita, especialmente a las personas sin recursos, acceder a una defensa eficiente que garantice eficazmente sus derechos constitucionales.

2. OBJETIVOS Y FUNCIONES DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA¹⁷⁵

La regulación de la defensa penal pública se contiene en la Ley N° 19.718, publicada en el Diario Oficial del 10 de marzo de 2001, que crea la Defensoría Penal Pública

¹⁷⁵ Los aspectos orgánicos de la Defensoría Penal Pública han sido transcritos de la Separata “El Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública”, de los profesores Carlos Pecchi Croce y Cristián Maturana Miquel. Año 2003. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

y modificada por las Leyes N^{os}. 19.762¹⁷⁶; 20.074¹⁷⁷, y 20.084¹⁷⁸. Ésta contempla un sistema mixto compuesto por a) Una oficina pública jerarquizada, compuesta por abogados funcionarios (subsistema público) y b) la prestación temporal de servicios jurídicos, a través de procesos de licitación y adjudicación con fondos públicos.¹⁷⁹

La Defensoría es un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia.

Su finalidad es proporcionar defensa penal a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de la respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado, asegurando, de esta manera, el derecho a defensa por letrado y el derecho a la igualdad de las partes en el juicio.

Como adelantáramos, la finalidad señalada por la ley puede ser cumplida por la Defensoría a través de sus propios funcionarios (Defensores locales) o a través de abogados cuyos servicios de defensa hayan sido licitados por los mecanismos que señalaremos más adelante.

Estas formas de prestar los servicios se traduce en la existencia de dos subsistemas de defensa penal pública: pública propiamente tal y privada. Sus características y diferencias serán señaladas más adelante.

3. BENEFICIARIOS DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA

Una de los elementos que conforman el derecho a defensa es que existan mecanismos que permitan a las personas designar a un letrado defensor cuando carezcan totalmente de medios económicos para hacerlo o, en el evento de contar con medios económicos limitados, para pagarle a su abogado en proporción a sus caudales.

La Defensoría Penal Pública cumple con el objetivo antes señalado: toda vez que sus beneficiarios son todas aquellas personas imputadas o acusadas que carezcan de abogado y requieran y requieran de un defensor.¹⁸⁰

¹⁷⁶ Diario Oficial de 13.10.2001.

¹⁷⁷ Diario Oficial de 14.11.2005.

¹⁷⁸ Diario Oficial de 7.12.2005.

¹⁷⁹ El diseño de este sistema mixto se completa con el Reglamento sobre Licitaciones y Prestación de Defensa Penal Pública, contenido en el Decreto Supremo de Justicia N° 495, de 20 de mayo de 2002 (publicado en el D.O. el 19 de agosto de 2002); y las Bases Administrativas Generales para la Licitación de Defensa Penal Pública, oficializadas mediante Resolución N° 38 de la Defensoría Penal Pública, con fecha 17 de enero de 2003 (publicada en el D.O. el 6 de febrero de 2003), las que fueron modificadas por las Resoluciones N° 271, de 23 de noviembre de 2004 (D.O. 6. 12. 2004) y N° 105 de mayo de 2006 (D.O. 5.6.2006).

¹⁸⁰ Conforme los datos estadísticos de la Defensoría Penal, "Desde el inicio de la reforma procesal penal, el 15 de diciembre 2000, hasta el día 30 de septiembre del año 2009, la defensoría ha prestado servicios de defensa penal pública a 1.272.046 imputados. Durante el año 2008 fueron 296.787 los

Además, se ha establecido que los servicios que preste la Defensoría son gratuitos por regla general para aquellas personas que carezcan de medios económicos para pagarlos.

Sin embargo, por excepción se permite a la Defensoría cobrar a los beneficiarios por sus servicios, total o parcialmente, siempre que dispongan de recursos para financiarlos privadamente, tomando en consideración su nivel de ingresos, capacidad de pago y en número de personas que integren el grupo familiar que de los ingresos dependan, de acuerdo con los que se señale en el reglamento.

En el evento de que fuere procedente el cobro de honorarios por parte de la Defensoría, se deberá informar de ello al beneficiario en cuanto inicien las gestiones en su favor, entregándole copia del arancel vigente y de las modalidades de pago del servicio.

La Defensoría deberá elaborar anualmente un arancel o tabla de precios para determinar lo que se cobre a los beneficiarios en el que se considerarán, entre otros, los costos técnicos y el promedio de los honorarios de la plaza. Estas tarifas deberán ser competitivas con las que se cobren en la plaza.¹⁸¹

Los honorarios que deberá pagar el beneficiario se determinarán en atención al costo de los servicios prestados por la defensa y las etapas del proceso en que se asistiere al beneficiario. Esta determinación de honorarios la hará el Defensor Regional una vez que se ponga término a la defensa penal.

De la decisión que se adopte en cuanto al precio, el beneficiario podrá reclamar ante el Defensor Regional y, en todo caso, de manera incidental, ante el juez o tribunal que conozca o hubiere conocido las gestiones relativas al procedimiento.

Las resoluciones del Defensor Regional que fijen el honorario adeudado tendrán el carácter de título ejecutivo. El cobro de estos honorarios puede ser encomendados a terceros.

La Ley N° 20.084, publicada en el diario oficial el 7 de diciembre de 2005, contiene la nueva normativa sobre Responsabilidad Penal Adolescente, que establece,

Continuación nota ¹⁸⁰

imputados atendidos y en los últimos doce meses, del 1 de octubre 2008 al 30 de septiembre 2009, fueron 317.051 los imputados ingresados, lo que da una referencia respecto a la cantidad de imputados que ingresan anualmente a la Defensoría, se comprueba además un aumento en el flujo de ingreso de un 8,5% respecto de la cantidad de imputados ingresados en igual periodo el año anterior (12 meses a septiembre 2008).

Es importante hacer notar que desde que la reforma entró en vigencia en la totalidad del país en junio 2005, las cifras de ingreso de imputados crecieron de manera sostenida. Si tomamos como fecha de inicio para la observación de datos enero de 2006, de manera de dejar seis meses de estabilización de la entrada en vigencia en la región metropolitana, podemos verificar que en el 1° trimestre del 2006 ingresaban 45.918 causas trimestrales, lo que implicó un crecimiento de 18,7% comparado con el 1° trimestre del año 2007. Al comparar el 3° trimestre con años anteriores comprobamos que entre el 3° trimestre 2007 y el 3° trimestre 2008 la cantidad de imputados ingresados creció en un 20,4%, luego la comparación entre el 3° trimestre 2008 y el 3° trimestre 2009 muestra que este porcentaje decae notablemente con un 5,9%. Informe estadístico trimestral periodo julio-septiembre 2009, Defensoría Penal Pública.

¹⁸¹ Los aranceles de los servicios de defensa penal pública se contienen en resoluciones exentas de la Defensoría. Las últimas de ellas son las N° 593 y N° 708, de 2008.

un sistema de justicia especializado para jóvenes mayores de 14 años y menores de 18, que han cometido infracciones a la legislación penal.

La normativa contempla el deber de especialización para los defensores penales públicos que asuman causas de adolescentes (al igual que los jueces de garantía, los jueces del tribunal de juicio oral en lo penal, así como los fiscales adjuntos), recursos para la generación de una Unidad de Defensa Penal Juvenil en la Defensoría Penal Pública y la licitación de causas.¹⁸²

4. ESTRUCTURA ORGANIZACIONAL DE LA DEFENSORÍA PENAL PÚBLICA

Como ya hemos reseñado, las funciones que se encomiendan a la Defensoría pueden ser prestadas directamente por sus funcionarios o encomendadas a terceros que presten dichas funciones por cuenta de la Defensoría. Esto ha dado origen a dos subsistemas de defensa penal: público y el privado.

Bajo este prisma, la Defensoría cuenta con diversos órganos, todos ellos a implementar tanto el subsistema público como privado. Ellos son la Defensoría Nacional, las Defensorías Regionales, las Defensorías Locales, los abogados y personas jurídicas con quienes se convenga la prestación del servicio de la defensa penal, el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública y los Comités de Adjudicación Regionales.

4.1. Subsistema público

La Defensoría se organizará en una Defensoría Nacional y en Defensorías Regionales. Las Defensorías Regionales organizarán su trabajo a través de las Defensorías Locales y de los abogados y personas jurídicas con quienes se convenga la prestación del servicio de la defensa penal.

4.1.1. Defensoría Nacional

Los órganos que componen la Defensoría Nacional son el Defensor Nacional, el Director administrativo nacional y 5 unidades especializadas.

a) El Defensor Nacional

El Defensor Nacional es el jefe superior del Servicio. Para ser nombrado Defensor Nacional, se requiere:

- Ser ciudadano con derecho a sufragio.
- Tener a lo menos diez años el título de abogado.
- No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para ingresar a la administración pública.

¹⁸² Artículo 29, Ley N° 20.084.

Las funciones que la ley le encomienda son:

a) Dirigir, organizar y administrar la Defensoría, controlarla y velar por el cumplimiento de sus objetivos.

b) Fijar, oyendo al Consejo, los criterios de actuación de la Defensoría para el cumplimiento de los objetivos establecidos en la ley.

c) Fijar los criterios que se aplicarán en materia de recursos humanos, de remuneraciones, de inversiones, de gastos de los fondos respectivos, de planificación del desarrollo y de administración y finanzas.

d) Fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública. En uso de esta facultad no podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares.

e) Aprobar los programas destinados a la capacitación y periódica del personal. Para estos efectos, reglamentará la forma de distribución de los recursos anuales que se destinarán a estas actividades, su periodicidad, criterios de selección de los participantes y niveles de exigencias mínimas que se requerirán a quienes realicen la capacitación.

f) Nombrar y remover a los defensores regionales, en conformidad a la ley.

g) Determinar la ubicación de las defensorías locales y la distribución en cada una de ellas de los defensores locales y demás funcionarios, a propuesta del Defensor Regional.

h) Elaborar anualmente el presupuesto de la Defensoría, oyendo al Consejo sobre el monto de los fondos por licitar, y administrar, en conformidad a la ley, los recursos que le sean asignados.

i) Representar judicial y extrajudicialmente a la Defensoría.

j) Contratar personas naturales o jurídicas en calidad de consultores externos para el diseño y ejecución de procesos de evaluación de la Defensoría, con cargo a los recursos del Servicio.

k) Llevar las estadísticas del Servicio y elaborar una memoria que dé cuenta de su gestión anual. Para este efecto, publicará a lo menos un informe semestral con los datos más relevantes e incluirá en la memoria información estadística desagregada de los servicios prestados por el sistema en el ámbito regional y nacional. Estos antecedentes serán siempre públicos y se encontrarán a disposición de cualquier interesado, sin perjuicio de lo cual una copia de la memoria deberá ser enviada al Presidente de la Cámara de Diputados, al Presidente del Senado, al Presidente de la Corte Suprema, al Ministro de Justicia y al Ministro de Hacienda.

l) Ejercer las demás atribuciones que la ley le confieran.

El Defensor Nacional será subrogado por el Defensor Regional que determine mediante resolución, pudiendo establecer entre varios el orden de subrogación que estime conveniente. A falta de designación, será subrogado por el Defensor Regional más antiguo.

Procederá la subrogación por el solo ministerio de la ley cuando, por cualquier motivo, el Defensor Nacional se encuentre impedido de desempeñar su cargo.

b) Director Administrativo Nacional

El Director Administrativo Nacional organizará y supervisará las unidades administrativas del Servicio, sobre la base de las instrucciones generales, objetivos, políticas y planes de acción que fije el Defensor Nacional.

c) Unidades administrativas

La Defensoría contará con cinco unidades administrativas, las que quedarán a cargo de un jefe de unidad. Las unidades señaladas en la ley son las siguientes:

- a) Recursos Humanos.
- b) Informática.
- c) Administración y Finanzas.
- d) Estudios.
- e) Evaluación, Control y Reclamaciones. Dentro de la función de evaluación se comprenderá el estudio, diseño y ejecución de los programas de fiscalización y evaluación permanente respecto de las personas naturales y jurídicas que presten servicios de defensa penal pública.

4.1.2. Defensorías Regionales

La Defensoría Regional es la encargada de la administración de los medios y recursos necesarios para la prestación de la defensa penal pública en la Región, o en la extensión geográfica que corresponda, a los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta que sea de competencia de un juzgado de garantía o de un tribunal de juicio oral en lo penal y de las respectivas Cortes, en su caso, y que carezcan de abogado.

Existirán 14 Defensorías Regionales, una en cada una de las regiones del país, y dos en la Región Metropolitana de Santiago. La Defensoría Regional estará a cargo de un Defensor Regional.

Las Defensorías Regionales tendrán su sede en la capital regional respectiva. En la Región Metropolitana de Santiago, la sede y su distribución territorial serán determinadas por el Defensor Nacional.

El Defensor Regional será nombrado por el Defensor Nacional, previo concurso público de oposición y antecedentes.

Durará cinco años en el cargo y podrá ser designado sucesivamente, a través de concurso público, cada vez que postule a un nuevo período.

El Defensor Regional cesará en su cargo por las causales establecidas en el Estatuto Administrativo.

Requisitos para ser nombrado Defensor Regional:

- Ser ciudadano con derecho a sufragio.
- Tener a lo menos cinco años el título de abogado.

- No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para el ingreso a la administración pública.

Funciones del Defensor Regional:

a) Dictar, conforme a las instrucciones generales del Defensor Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la Defensoría Regional y para el adecuado desempeño de los defensores locales en los casos en que debieren intervenir. En uso de esta atribución no podrá dar instrucciones específicas ni ordenar realizar u omitir actuaciones en casos particulares.

b) Conocer, tramitar y resolver, en su caso, las reclamaciones que se presenten por los beneficiarios de la defensa penal pública, de acuerdo con la ley.

c) Supervisar y controlar el funcionamiento administrativo de la Defensoría Regional y de las Defensorías Locales que de ella dependan.

d) Velar por el eficaz desempeño del personal a su cargo y por la adecuada administración del presupuesto.

e) Comunicar al Defensor Nacional las necesidades presupuestarias de la Defensoría Regional y de las Defensorías Locales que de ella dependan.

f) Proponer al Defensor Nacional la ubicación de las Defensorías Locales y la distribución en cada una de ellas de los defensores locales y demás funcionarios.

g) Disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la Defensoría Regional y a las Defensorías Locales, así como la debida atención de los imputados y de los acusados.

h) Autorizar la contratación de peritos para la realización de los informes que solicitaren los abogados que se desempeñen en la defensa penal pública, y aprobar los gastos para ello, previo informe del jefe de la respectiva unidad administrativa regional.

i) Recepcionar las postulaciones de los interesados en los procesos de licitación, poniendo los antecedentes a disposición del Consejo.

j) Entregar al Defensor Nacional, una vez al año, un informe de las dificultades e inconvenientes habidos en el funcionamiento de la Defensoría Regional y sus propuestas para subsanadas o mejorar su gestión.

k) Proponer al Consejo las bases de las licitaciones a nivel regional.

l) Ejercer las demás funciones que le encomiende la ley y las que le delegue el Defensor Nacional.

El Defensor Regional determinará mediante resolución el defensor local que lo subrogará, pudiendo establecer entre varios el orden de subrogación que estime conveniente. A falta de designación, lo subrogará el defensor local más antiguo de la Región o de la extensión territorial de la Región que esté a su cargo, cuando en ella exista más de un Defensor Regional.

Procederá la subrogación por el solo ministerio de la ley cuando, por cualquier motivo, el Defensor Regional se encuentre impedido de desempeñar su cargo.

Cada Defensoría Regional tendrá las jefaturas y contará con las unidades administrativas que determine el Defensor Nacional para el cumplimiento de los objetivos señalados en la ley.

Además, contarán con un Director Administrativo Regional que organizará y supervisará las unidades administrativas que se determinen, sobre la base de las instrucciones que dicte el Defensor Regional.

Las funciones de Defensor Nacional y las de Defensor Regional son incompatibles con todo empleo remunerado, con excepción de las actividades docentes hasta por un máximo de doce horas semanales. Les queda expresamente prohibido el ejercicio de la profesión de abogado, salvo en casos propios o de su cónyuge.

4.1.3. Defensorías Locales

Las Defensorías Locales son las unidades operativas en las que se desempeñarán los defensores locales de la Región. Si la Defensoría Local cuenta con dos o más defensores locales, se nombrará un defensor jefe.

La ubicación de las Defensorías Locales en el territorio de cada Defensoría Regional será determinada por el Defensor Nacional, a propuesta del respectivo Defensor Regional, pudiendo existir hasta ochenta Defensorías Locales en el país, las que serán distribuidas conforme a criterios de carga de trabajo, extensión territorial, facilidades de comunicaciones y eficiencia en el uso de los recursos. Habrá 145 defensores locales.

Los defensores locales serán funcionarios a contrata y el acceso a los empleos correspondientes se efectuará por concurso público.

Los defensores locales asumirán la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y, en todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia judicial a que fuere citado. Asimismo, la asumirán siempre que, de conformidad al CPP, falte abogado defensor, por cualquier causa, en cualquiera etapa del procedimiento.

La defensa por los defensores locales se mantendrá hasta que la asuma el defensor que designe el imputado o acusado, salvo que éste fuere autorizado por el tribunal para defenderse personalmente.

Para ser defensor local, se requiere:

- Ser ciudadano con derecho a sufragio.
- Tener título de abogado.
- No encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para el ingreso a la administración pública.

Los defensores locales no podrán ejercer la profesión de abogado en materias penales, salvo en casos propios o de su cónyuge.

4.2. Subsistema privado

Este subsistema funciona a través de un procedimiento de licitaciones, en las que se seleccionarán a las personas jurídicas o abogados particulares que prestarán defensa penal pública, según las bases y condiciones que fije el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública.

Podrán participar en estas licitaciones:

- Las personas naturales que cuenten con el título de abogado y cumplan con los demás requisitos para el ejercicio profesional.
- Las personas jurídicas, públicas o privadas, con o sin fines de lucro, que cuenten con profesionales que cumplan los requisitos para el ejercicio profesional de abogado.

a) Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública

El Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública es el cuerpo técnico colegiado encargado de cumplir las funciones relacionadas con el sistema de licitaciones de la defensa penal pública.

Sus funciones son:

- a) Proponer al Defensor Nacional el monto de los fondos por licitar, a nivel nacional y regional.
- b) Aprobar las bases de las licitaciones a nivel regional, a propuesta de la Defensoría Regional respectiva.
- c) Convocar a las licitaciones a nivel regional, de conformidad a esta ley y su reglamento.
- d) Resolver las apelaciones en contra de las decisiones del Comité de Ad Regional que recaigan en las reclamaciones presentadas por los participantes en los procesos de licitación.
- e) Disponer la terminación de los contratos de prestación de servicios de defensa penal pública celebrados en virtud de licitaciones con personas naturales o jurídicas, en los casos contemplados en el contrato respectivo y en la ley.
- f) Cumplir las demás funciones señaladas en esta ley.

En el ejercicio de estas atribuciones, el Consejo no podrá intervenir ni sugerir de manera directa o indirecta los criterios específicos de prestación de la defensa penal pública.

El Consejo estará integrado por:

- a) El Ministro de Justicia, o en su defecto, el Subsecretario de Justicia, quien lo presidirá.
- b) El Ministro de Hacienda o su representante.
- c) El Ministro de Planificación y Cooperación o su representante.
- d) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Consejo de Rectores.
- e) Un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Colegio de Abogados con mayor número de afiliados del país.

Será obligación de la Defensoría Nacional brindar el apoyo administrativo necesario para el funcionamiento del Consejo.

Los miembros académicos del Consejo servirán sus cargos por un período de cuatro años, podrán ser designados nuevamente y se renovarán por parcialidades.

El cargo de integrante del Consejo es incompatible con el de consejero de las Corporaciones de Asistencia Judicial, y no podrá desempeñarlo quien tuviere interés directo o indirecto respecto de alguna persona natural o jurídica que prestare o estuviere postulando a prestar servicios de defensa penal pública.

En caso de muerte, renuncia, ausencia injustificada o cualquier inhabilidad o incapacidad sobreviniente que afectare a uno o más consejeros, serán reemplazados en forma definitiva o transitoria, según proceda, mediante el mismo sistema de designación con que correspondiere proveer ese cargo. Si el reemplazo fuere definitivo, el nuevo consejero servirá el cargo por el tiempo que faltare al titular predecesor para enterar su período, pudiendo luego ser nuevamente designado conforme a la ley. La ausencia injustificada y la inhabilidad o incapacidad sobreviniente serán calificadas por el Consejo, con exclusión del integrante que se viere afectado.

Corresponderá al Presidente del Consejo presidir las sesiones ordinarias y extraordinarias, y dirimir los empates de votos que se produjeren.

El Consejo sesionará ordinariamente dos veces al año, sin perjuicio de las sesiones extraordinarias que sea necesario realizar, las que deberán ser convocadas por el Presidente del Consejo con, al menos, diez días de anticipación.

El quórum de funcionamiento del Consejo será de la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio, y para adoptar sus acuerdos requerirá el voto de la mayoría de los presentes.

*b) El Comité de adjudicación
regional, las licitaciones y los convenios directos*

Su función primordial es resolver la licitación en cada región. Estará integrado por:

a) Un representante del Ministerio de Justicia, que no podrá ser el Secretario Regional Ministerial de Justicia.

b) El Defensor Nacional u otro profesional de la Defensoría Nacional designado por éste, que no podrá ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización.

c) El Defensor Regional u otro profesional de la Defensoría Regional designado por éste, que no podrá ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización.

d) Un académico de la Región, del área de la economía, designado por el Defensor Nacional.

e) Un juez con competencia penal, elegido por la mayoría de los integrantes de los tribunales de juicio oral en lo penal y los jueces de garantía de la Región respectiva.

Los miembros que deban ser elegidos lo serán de acuerdo con el procedimiento que determine el reglamento. Sin embargo, no podrá desempeñarse como miembro del Comité de Adjudicación Regional quien tuviere interés directo o indirecto respecto de alguna persona natural o jurídica que prestare o estuviere postulando a prestar servicios de defensa penal pública.

4.2.1. La licitación

Se trata del procedimiento general para determinar a los prestadores de la defensa penal pública.

Se inicia la proposición de las bases hecha por el Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública. En las bases se establecerán, a lo menos, el porcentaje de casos previstos que se licita y, si la hubiere, la posibilidad de efectuar ofertas parciales; el período por el cual se contratará la prestación del servicio de defensa penal pública, que no podrá ser prorrogado, y las condiciones en las que éste deberá desarrollarse por los abogados que resultaren comprendidos en la adjudicación. Excepcionalmente, podrán contemplar la posibilidad de que, en localidades determinadas, el servicio se extienda desde la primera audiencia judicial, cuando la cobertura prestada por los defensores locales fuere insuficiente.

La convocatoria a concurso público deberá publicarse por tres veces en un diario de circulación regional y, al menos, por una vez en un diario de circulación nacional. El llamado especificará, a lo menos, el objeto de la licitación, el plazo para retirar las bases y el lugar donde estarán disponibles, la fecha, hora y lugar de entrega de las ofertas y la fecha, hora y lugar del acto solemne y público en que se procederá a la apertura de las propuestas.

Los postulantes a la licitación deberán señalar específicamente el porcentaje del total de casos al que postulan y el precio de sus servicios.

La licitación se resolverá por el Comité conforme a los siguientes criterios:

- Costo del servicio por ser prestado.
- Permanencia y habitualidad en el ejercicio de la profesión en la Región respectiva.
- Número y dedicación de abogados disponibles, en el caso de las personas jurídicas.
- Experiencia y calificación de los profesionales que postulen.
- Apoyo administrativo de los postulantes.
- Si la persona natural o jurídica que postula a la licitación se encontrare prestando el servicio de defensa penal pública o lo hubiere prestado con anterioridad, se considerará además las eventuales sanciones que se le hubieren aplicado y el número de personas que hubieren solicitado el cambio de defensor.

La decisión del concurso será pública y fundada. Cualquier reclamación interpuesta por alguno de los participantes será conocida y resuelta por el Comité de Adjudicación Regional. Contra su resolución sólo procederá recurso de apelación ante el Consejo.

El Comité de Adjudicación Regional declarará desierta la licitación cuando concurra, al menos, una de las siguientes circunstancias:

- a) No se presente postulante alguno a la licitación.
- b) Presentándose uno o más postulantes, ninguno cumpla con lo establecido en las bases de licitación.

c) Presentándose uno o más postulantes, ninguna de las propuestas resulte satisfactoria.

En caso de que la licitación sea declarada desierta, o de que el número de postulantes aceptados sea inferior al requerido para completar el total de casos licitados, el Consejo lo comunicará al Defensor Nacional para que éste disponga que la Defensoría Regional respectiva, a través de los defensores locales correspondientes, asuma la defensa de los casos comprendidos en el porcentaje no asignado en la licitación.

Esta labor se deberá realizar por el plazo que el Consejo señale, el que no podrá ser superior a seis meses, al cabo del cual se llamará nuevamente a licitación por el total de casos o por el porcentaje no cubierto, según corresponda.

Los contratos a que dé lugar una licitación serán suscritos por el Defensor Nacional.

El pago de los fondos licitados se efectuará según lo establezca el reglamento. En cada uno de estos pagos se retendrá, a título de garantía, un porcentaje del mismo, según se determine en las bases de la licitación.

Además de este fondo de reserva, el Consejo deberá exigir al abogado o a la persona jurídica respectiva boleta bancaria de garantía, o cualquier otra caución que estime suficiente con el objeto de asegurar la adecuada prestación de los servicios licitados.

Si se abriere proceso administrativo del cual pudiere resultar la aplicación, a la persona natural o jurídica que preste servicios de defensa penal pública, de alguna de las sanciones previstas en la ley, las garantías sólo se entregarán o devolverán, según procediere, en la parte que excediere el monto que pudiere ser condenada a pagar a dicho título.

4.2.2. *Convenios directos*

Este mecanismo sólo se contempla de manera excepcional, sólo cuando una licitación sea declarada desierta o el número de postulante sea inferior al requerido. En este caso el Defensor Nacional podrá celebrar convenios directos, por un plazo fijo, con abogados o personas jurídicas públicas o privadas que se encuentren en condiciones de asumir la defensa penal de los imputados, hasta que se resuelva una nueva licitación. En la prestación de sus servicios, estas personas naturales o jurídicas se sujetarán a las mismas reglas aplicables a aquellas que fueren contratadas en virtud de los procesos de licitación.

5. DESIGNACIÓN DEL DEFENSOR EN EL CASO PARTICULAR

Para los efectos de designar al defensor que defenderá al beneficiario en el caso concreto, la Defensoría Regional elaborará una nómina de los abogados que, en virtud de los procesos de licitación, deberán asumir la defensa penal pública de los imputados o acusados en la región respectiva. Para estos efectos todos los abogados se individualizarán con sus propios nombres y, según proceda, se reflejará su pertenencia a una persona jurídica licitada.

Dicha nómina, permanentemente actualizada, será remitida a la o las defensorías locales, juzgados de garantía, tribunales de juicio oral en lo penal y Cortes de Apelaciones de la Región.

El imputado o acusado elegirá de la nómina al abogado que, estando disponible, asumirá su defensa. Se entiende que estarán disponibles los abogados que no alcancen el porcentaje total de casos en que les correspondiere asumir la defensa, en virtud de la licitación.

El abogado disponible que hubiere sido elegido queda designado como defensor del imputado o acusado.

Ahora, el imputado o acusado tendrá derecho a solicitar en cualquier momento, con fundamento plausible, el cambio de su defensor penal público, petición sobre la cual se pronunciará el Defensor Regional. El reemplazante será designado por el imputado o acusado en la forma ya indicada.

Se entenderá, por el solo ministerio de la ley, que el abogado designado tiene patrocinio y poder suficiente para actuar en favor del beneficiario, en los términos que señala el inciso primero del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, debiendo comparecer inmediatamente para entrevistarse con él e iniciar su labor de defensa.

Designado, el defensor penal público no podrá excusarse de asumir la representación del imputado o acusado.

6. SISTEMAS DE CONTROL, RECLAMACIONES Y SANCIONES

Las personas naturales y jurídicas que presten servicios de defensa penal pública estarán sujetas al control y responsabilidad previstos en esta ley.

El desempeño de los defensores locales y de los abogados que presten defensa penal pública será controlado a través de las siguientes modalidades:

- a) Inspecciones.
- b) Auditorías externas.
- c) Informes, que serán semestrales y final.
- d) Reclamaciones.

6.1. *Inspecciones y auditorías externas*

Las inspecciones de las defensorías locales, de los abogados y de las personas jurídicas que presten defensa penal pública se llevarán a cabo sin aviso previo.

Durante la inspección se podrá:

- Examinar las actuaciones de la defensa, según la metodología que determine el reglamento.
- Revisar las instalaciones en que se desarrollen las tareas.
- Verificar los procedimientos administrativos del prestador del servicio.
- Entrevistar a los beneficiarios del servicio y a los jueces que hayan intervenido en los procedimientos respectivos.

- Asistir a las actuaciones de cualquier procedimiento en el que la persona jurídica o el abogado que esté siendo objeto de inspección se encuentre prestando defensa.

- En general, recabar todos los antecedentes que permitan formarse una impresión precisa acerca de las actividades objeto de la inspección.

Al término de la inspección, se deberá emitir un informe que será remitido a Defensor Regional respectivo.

Dentro de los diez días siguientes, el Defensor Regional pondrá el informe en conocimiento del defensor local, del abogado o de la persona jurídica, según corresponda, para que en diez días formule las observaciones que estime convenientes.

6.2. Auditorías externas

Las auditorías externas tendrán por objeto controlar la calidad de la atención prestada y la observancia de los estándares básicos, previamente fijados por el Defensor Nacional, que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública. Serán realizadas aleatoriamente, de acuerdo con las normas que se establezcan en el reglamento, por empresas auditoras independientes.¹⁸³

Durante las inspecciones y auditorías externas, los abogados u otros profesionales que participen en la defensa penal pública no podrán negarse a proporcionar la información requerida sobre los aspectos materia del control.

No quedarán incluidas en las informaciones que deban proporcionar aquellas que se encuentren amparadas por el secreto profesional.

Las informaciones, datos, notas personales o de trabajo de los abogados y cualquier referencia obtenida durante las inspecciones y auditorías externas y que sean relativas a casos particulares en los que se esté prestando defensa penal pública, serán confidenciales.

Las infracciones de que tratan los dos párrafos precedentes serán sancionadas con las penas que señala el artículo 247 del Código Penal.

6.3. Informes

Los defensores locales, los abogados y las personas jurídicas que presten defensa penal pública estarán obligados a entregar informes semestrales a la Defensoría Regional o Nacional, para la mantención de un sistema de información general.

¹⁸³ Sobre los estándares de calidad de la prestación de servicios profesionales de defensa que debe prestar la Defensa Penal Pública consultar los completos trabajos realizados sobre el particular por HORVITZ L., María Inés. "Estándares de prestación de Defensa Penal Pública"; MIGUEL SOTO. "En torno a los denominados estándares básicos que debe cumplir la defensa penal pública"; y TAVOLARI O., Raúl. "Estándares Básicos de actuación de la Defensa Penal". *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1. Año 2002. Pág. 141. Se recomienda la lectura de dichos trabajos porque constituyen una guía excelente para determinar la diversas labores que deben desarrollarse para poder llevar a cabo una defensa penal técnica de calidad.

Ésta se cumplirá por medio de formularios o por transferencia electrónica de datos, en la forma que determine el Defensor Nacional.

Los informes semestrales deberán contener, a lo menos:

- a) Las materias, casos y número de personas atendidas.
- b) El tipo y cantidad de las actuaciones realizadas.
- c) Las condiciones y plazos en los que se hubiere prestado el servicio.
- d) Los inconvenientes que se hubieren producido en la tramitación de los casos.

Además de los informes semestrales, las personas naturales y jurídicas que pres-ten defensa penal pública en conformidad a esta ley deberán entregar, al término del período para el que fueron contratadas, un informe en el cual se contenga el balance final de su gestión.

Los informes semestrales o finales podrán ser objetados por el Defensor Regional dentro de los treinta días siguientes a su recepción. En dicho caso, las objeciones deberán ser puestas en conocimiento del interesado para que efectúe las correcciones necesarias en un plazo de treinta días.

Si ello no ocurriere, o las correcciones no fueren satisfactorias, se deberán elevar los antecedentes al Defensor Nacional para la aplicación de las sanciones que se establecen en esta ley.

Tanto los informes semestrales como el informe final, con sus correcciones, deberán mantenerse en un registro público, a disposición de los interesados.

6.4. Reclamaciones

La Ley señala un procedimiento de reclamaciones para los beneficiarios de la defensa penal pública. Ellas podrán ser presentadas ante la Defensoría Nacional, Regional o Local, indistintamente. La Defensoría Nacional y la Local deberán remitir inmediatamente las reclamaciones a la Defensoría Regional respectiva.

6.4.1. Reclamaciones ante la defensoría regional

Recibida la reclamación por parte de la Defensoría Regional, se pondrá en conocimiento del defensor local o abogado que ejerza o hubiere ejercido la defensa reclamada, quien deberá evacuar un informe dentro del plazo de cinco días. Si el abogado perteneciere a una persona jurídica, se enviará a esta copia de los antecedentes. Si fuere necesario, la Defensoría Regional adoptará de inmediato medidas para asegurar la debida defensa del afectado.

Recibido el informe o vencido el plazo para su presentación, el Defensor Regional elevará los antecedentes al Consejo o se pronunciará sobre la reclamación dentro del plazo de diez días, según corresponda.

La resolución del Defensor Regional será apelable para ante el Defensor Nacional dentro de cinco días, contados desde que se notifique al afectado la resolución.

Sin perjuicio de lo anterior, si el abogado contra quien se reclamare fuere un defensor local, tanto los Defensores Regionales como el Defensor Nacional le podrán

imponer directamente las sanciones administrativas que correspondan de acuerdo a la legislación vigente, si fuera procedente.

6.4.2. Reclamaciones ante el Defensor Nacional

El Defensor Nacional conocerá de las reclamaciones que se refieran a actuaciones propias del Defensor Regional.

Recibida la reclamación por el Defensor Nacional, éste requerirá un informe al Defensor Regional, el que deberá ser evacuado dentro del plazo de cinco días.

Si la reclamación fuere presentada en la misma Defensoría Regional, ésta deberá remitir los antecedentes al Defensor Nacional, conjuntamente con el informe respectivo, dentro del plazo de cinco días. El Defensor Nacional resolverá dentro del plazo de diez días.

7. RESPONSABILIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LA DEFENSA PENAL PÚBLICA

Todos los abogados que presten defensa penal pública estarán sujetos, en el cumplimiento de sus deberes, a las responsabilidades propias del ejercicio de la profesión y, además, a las que se regulan en esta ley.

Asimismo, los defensores penales públicos ejercerán su función con transparencia, de manera de permitir a los defendidos el conocimiento de los derechos que les confiere la ley, así como de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las actividades que emprendan en el cumplimiento de sus funciones.

7.1. Responsabilidad de los defensores locales

Los defensores locales están sujetos a responsabilidad administrativa de acuerdo con las normas contenidas en la Ley N° 18.834, sobre Estatuto Administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles.

7.2. Responsabilidad de los prestadores de defensa penal

Sin perjuicio de su responsabilidad civil y penal, las personas naturales o jurídicas que presten servicio de defensa penal pública, sea en virtud del contrato a que dio lugar el proceso de licitación o del convenio directo, incurrirán en responsabilidad en los siguientes casos:

a) Cuando su defensa no fuere satisfactoria, de acuerdo con los estándares básicos, definidos por el Defensor Nacional, que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública.

b) Cuando no hicieren entrega oportuna de los informes semestrales o del informe final, o consignaren en ellos datos falsos.

c) Cuando incurrieren en incumplimiento del contrato celebrado.

Las sanciones que podrá aplicarse serán las siguientes:

a) Multas establecidas en los contratos respectivos. Las multas se aplicarán por el Defensor Regional en los casos de defensa no satisfactoria y no entrega oportuna

de informes. En la resolución, se dispondrá que se impute al valor de la multa la suma que se encontrare retenida como garantía y, si no fuere suficiente, se señalará el incremento del porcentaje a retener de las cantidades que se devengaren a favor del prestador del servicio hasta el entero pago de la sanción.

De la resolución del Defensor Regional se podrá apelar, dentro del plazo de cinco días de notificada, ante el Defensor Nacional, quien resolverá en los diez días siguientes.

b) Terminación del contrato Esta sanción se dispondrá por el Consejo, a requerimiento del Defensor Regional, cuando incurrieren en incumplimiento del contrato celebrado.

Las resoluciones del Defensor Nacional que apliquen sanciones, serán reclamables ante la Corte de Apelaciones, dentro de los diez días siguientes a la fecha de su notificación.

Conocerá de la reclamación la Corte de Apelaciones que sea competente sobre el territorio jurisdiccional en que se prestaren o se hubieren prestado los servicios de defensa penal pública. Si hubiere más de una Corte de Apelaciones, conocerá aquella cuyo asiento se encuentre en la capital de la Región.

La Corte de Apelaciones dará traslado al reclamado por cinco días, ordenará traer a la vista el proceso administrativo y resolverá en cuenta sin más trámite, salvo que estime conveniente traer el asunto en relación para oír a los abogados de las partes, en cuyo caso se agregará a la tabla de la misma Sala con preferencia. El fallo que resuelva la reclamación no será susceptible de recurso alguno.

Las sanciones aplicadas a los prestadores del servicio de la defensa penal pública deberán ser consignadas en un registro público, que se encontrará a disposición de cualquier interesado en la defensoría regional respectiva y en las dependencias de la Defensoría Nacional.

VIII. LA VÍCTIMA

*¿Nos oyen cuando lloramos?*¹⁸⁴

1. INTERVENCIÓN Y PAPEL DE LA VÍCTIMA EN EL PROCESO PENAL¹⁸⁵

Antes de abordar el tema de la víctima en particular, estimamos conveniente resolver algunas interrogantes previas:

¹⁸⁴ KASSINDJA, Fauziya y MILLAR BASHIA, Layli. *¿Nos oyen cuando lloramos?* Plaza Janés. 1999. Barcelona. España. Esta es la odisea de una joven africana por escapar de la brutal práctica de la mutilación genital femenina, una de las tradiciones más atentatorias contra la dignidad y la libertad de la mujer, que aún hoy se practica en muchos países.

¹⁸⁵ Sobre la materia puede consultarse *De los delitos y las víctimas. La víctima y el sistema penal*. MAIER, Julio B. Págs. 186 y siguientes. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2001.

¿Es posible dentro de un sistema acusatorio, en el cual deben intervenir dos partes con igualdad de armas, otorgarle derechos a la víctima dentro del proceso penal?

¿Se le reconocen derechos a la víctima dentro del nuevo proceso penal chileno?

En cuanto a la primera interrogante, se ha señalado que en un proceso acusatorio, en el cual se contempla la igualdad de armas de las partes dentro del proceso penal, normalmente se consagra el monopolio respecto de la acción penal pública, lográndose con ello que el conflicto se configure sólo con la intervención de dos partes: La parte activa, que es representada por el Ministerio Público, y la parte pasiva, se encuentra representada por el imputado.

La razón por la cual se adopta esta medida de consagración monopólica en el ejercicio de la acción penal radica en que procesos estructurados como una competencia entre dos partes y en los cuales el juez debe asumir un papel pasivo principalmente respecto de las pruebas que deben rendirse para acreditar los hechos de la acusación destinados a destruir la presunción de inocencia, para la mantención de la igualdad de armas que deben regir la competición no podría permitirse la introducción de un tercer sujeto, sin perjuicio que además, autorizar la intervención de la víctima, aun que sea en forma modesta, podría causar serias fricciones.¹⁸⁶

Por otra parte, se ha criticado la tendencia a la privatización del proceso penal que se genera con la consagración de las salidas alternativas, en las que la satisfacción de los intereses de la víctima se coloca en primer plano para posibilitar la terminación anticipada del proceso, y por otra parte, con la introducción del forzamiento de la acusación se atribuye al querellante particular la persecución penal de los delitos de acción penal pública. Las razones de esa crítica se fundamentan en que la solución privada que pone término al proceso penal deja sin remediar el plus del injusto que justificó la tipificación del ilícito como criminal sin lograrse con ello el cumplimiento de un orden preventivo general; y por otra parte, puede conducir a retornar a la ley del mas fuerte, en que la solución viene determinada por la dinámica de las presiones, la amenaza y el chantaje.¹⁸⁷

Sin embargo, otro sector de la doctrina es partidario de consagrar un ejercicio de la acción penal pública por parte de la víctima y contemplar salidas alternativas diversas al juicio oral para la solución del conflicto penal que se hace valer dentro del proceso.

La consagración del querellante particular conjunto autónomo, más que un querellante conjunto adhesivo en el caso de la víctima, se justifica por haberse comprobado que el querellante particular resulta una figura muy útil dentro del proceso, puesto que moviliza mucho la justicia y le quita trabajo al Ministerio Público —que por lo general está sobrecargado de trabajo.¹⁸⁸

¹⁸⁶ MIRJAN R., Damaska. *Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*. Págs. 345 y 346. Editorial Jurídica de Chile. Abril. 2000.

¹⁸⁷ HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 290. 2002.

¹⁸⁸ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Pág. 328. 2ª edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999.

Además, el proceso penal es la vía que tiene la víctima para obtener la reparación frente a la violación de los más importantes bienes jurídicos protegidos por el tipo penal, que se le reconocen como derechos y garantías individuales integrantes de la persona humana y por sobre los intereses que puede poseer el Estado.^{189, 190}

Finalmente, la consagración de salidas alternativas que permiten la reparación de la víctima no importa abrir una vía para que canalice su venganza a través del Estado. Cuando la víctima ingresa al proceso penal busca, fundamentalmente, una reparación; sobre todo, muchas veces, una reparación pecuniaria, y no la venganza. Son muy raros los casos en que la víctima no busca un arreglo económico, sino la imposición de una pena. Modernamente, cuando ya ha entrado en crisis la pena de prisión, muchos comienzan a preguntarse si, en última instancia, esta actitud de procurar una reparación económica no es mucho más sana, mucho más útil a la sociedad que la imposición de una pena que, en realidad, no le sirve a nadie.¹⁹¹

De acuerdo con ello, se señala que es conveniente incorporar al actor civil al proceso penal, puesto que ello impide que los ciudadanos se vean obligados a repetir sus acciones, dado que frecuentemente el juicio penal versa casi sobre las mismas pruebas que el juicio civil correspondiente.¹⁹²

Sin embargo, como reconocen los mismos defensores de una mayor privatización del derecho penal y procesal penal, ello no implica una disolución “en modos de administración de justicia privados que dependan, fundamentalmente, de la autonomía de la voluntad de las personas asociadas y no del poder político central que gobierna

¹⁸⁹ En este sentido, se señala en la prevención de la causa Rol 304 de 3 de febrero de 2000 por el Tribunal Constitucional a propósito de la modificación del Código Orgánico que crea los juzgados de garantía y tribunales orales, que “*nunca debe dejar de considerarse que es el delincuente el que genera el proceso penal y que el objeto del delito –persona o cosa– es la que busca amparo jurisdiccional a través de la sentencia y la reparación de sus garantías constitucionales violentadas a través del proceso penal.*”

“*El juez de garantía, como juez, debe velar porque a ninguno de los intervinientes en el proceso se le violenten sus garantías. Como consecuencia a este juez no debería encargársele especialmente el aseguramiento de los derechos del imputado en cuya protección sólo deberá intervenir cuando quien lo defiende no lo haga en la forma que la ley determine u otro sujeto procesal atente contra ellos violándose así su derecho al debido proceso.*”

“*El juez de garantía diseñado por el legislador en cumplimiento del mandato del artículo 74 existe para garantizar el pleno ejercicio de la jurisdicción, destinada, en este caso, a castigar a los culpables de delitos demostrados; a garantizar la igual protección de las partes involucradas en el conflicto penal –víctima y delincuente–, y todo ello para que se logre la pronta y cumplida administración de justicia restableciéndose así el imperio de la Constitución y la ley quebrantados por aquel que decidió violentarlas.*”

¹⁹⁰ Del artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto San José de Costa Rica) se desprende también derechos de las víctimas o sus familiares. (Caso Villagrán Morales y otros 19.11.1999) como se señala en documento “Debido Proceso en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, del Profesor José ZALAZQUETTI.

¹⁹¹ BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 329. 2ª edición. 1999.

¹⁹² BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 330. 2ª edición. 1999.

la asociación”. Ello aparece especialmente evidente en delitos graves respecto de los cuales las soluciones alternativas, composicionales o de reparación aparecen –en el actual estadio de evolución social– como impracticables o inconvenientes.¹⁹³

El mensaje de la reforma constitucional que culminó con la dictación de la Ley N° 19.519, que creó el Ministerio Público, no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública. El texto original del mensaje establecía que *“Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales”*. Consecuentemente no se admitía originalmente en el proyecto la intervención de la víctima en cuanto titular de derechos a este respecto, confiriéndosele el ejercicio exclusivo de la acción penal al Ministerio Público. Ya en el primer trámite constitucional se presentaron indicaciones en orden a permitir claramente el ejercicio de la acción penal pública al ofendido por el delito, recogiendo finalmente en forma expresa en el texto constitucional aquello, en el inciso segundo del artículo 80 A de la CPR¹⁹⁴ en orden a que *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*.

Por otra parte no debe dejar de tenerse presente que todo el desarrollo del debido proceso, constitucionalmente garantizado e incorporado como un derecho fundamental, cuya tutela efectiva importa un imperativo para el Estado, no sólo mira al imputado en cuanto a la protección de sus derechos, sino que especialmente debe considerar al ofendido, a la víctima del ilícito, quien tiene el mismo derecho fundamental a una tutela judicial efectiva de sus intereses de parte de los órganos jurisdiccionales y del ente autónomo encargado de la dirección de la investigación.

Así lo ha entendido el TC al disponer que: *“...Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado”*.¹⁹⁵

En consecuencia, dando respuesta a la segunda interrogante: ¿Se le reconocen derechos a la víctima dentro del nuevo proceso penal chileno?

¹⁹³ HORVITZ L., María Inés y LÓPEZ M., Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 291. 2002.

¹⁹⁴ Actual inciso 2° del artículo 83 CPR.

¹⁹⁵ Rol N° 986.

Podemos señalar que en nuestro país se consagra con rango constitucional en el inciso primero del actual artículo 83 de nuestra Carta Fundamental el cual impone al Ministerio Público la función de adoptar medidas para proteger a las víctimas y los testigos y en el inciso segundo del mismo artículo 83 en el cual señala que “*el ofendido por el delito... podrán ejercer igualmente la acción penal*”¹⁹⁶, sin perjuicio de una serie de derechos que consagra la normativa procesal, a la que nos referiremos más adelante.¹⁹⁷⁻¹⁹⁸

Con esta regulación pensamos que se cumple con la misión de resaltar una de las funciones actuales fundamentales de la justicia penal, como es la de responder a las necesidades de las víctimas y la proteger sus intereses, con lo cual se logrará incrementar la confianza de éstas en el sistema y fortalecer su cooperación.¹⁹⁹

1.1. El derecho de la víctima a la tutela judicial efectiva

Un proceso penal racional y justo no sólo debe resguardar efectivamente los intereses del imputado, sino que, en la misma jerarquía, los derechos de la víctima de gozar de garantías equivalentes y efectivas en orden a acceder a la justicia, entendida ésta como el derecho al ejercicio de la jurisdicción, cuestión que conforme a la CPR

¹⁹⁶ Sobre el particular, se dejó expresa constancia en el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado que: “(...) el Mensaje reservaba el monopolio exclusivo de la acción penal pública al Ministerio Público. La indicación [(Documento de trabajo alternativo)] (...) deja abierta también la posibilidad de accionar al ofendido, en conformidad a la ley. Es claro que el fiscal y la víctima pueden discrepar en cuanto al carácter de la participación del inculcado y a la calificación jurídica de los hechos, así como en el ejercicio mismo de la acción penal. En tal sentido, si quien ha sufrido las consecuencias del delito, o sus representantes, no se conforman con la decisión del Ministerio Público, podrán accionar por su cuenta, en la forma que señale la ley procesal penal. La consagración constitucional de este derecho del ofendido es una concreción, en este plano, de las garantías fundamentales de orden procesal que asegura el número 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental”.

En el mismo sentido en el Segundo informe de esa Comisión se señala que: “La importancia del inciso (...) en comento estriba en que permite accionar a la víctima en caso de que el Ministerio Público no lo haga, o en que aquélla no se conforme con el sentido que éste hubiera impreso al procedimiento”.

¹⁹⁷ En la actualidad a la víctima se le reconocen derechos en el proceso penal a nivel mundial, y en particular en el proceso penal latinoamericano. Véanse ESER, Albin. *De los delitos y las víctimas. Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales*. Págs. 15 y siguientes. Ad-Hoc. Buenos Aires. 2001; BERTOLINO, Pedro. *La víctima en el proceso penal latinoamericano*. Rubinzal Culzoni Editores. 2003. Buenos Aires. Por Chile se incluye trabajo de TAVOLARI, Raúl. *La situación de la víctima del delito en el proceso penal chileno*. Págs. 225 y siguientes. Véase mismo autor en *Instituciones del Nuevo Proceso Penal. Cuestiones y Casos*. Págs. 284 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. 2005.

¹⁹⁸ Sobre derechos constitucionales de las víctimas. véase RICHARD, Guillermo. *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal*. Págs. 23 y siguientes. Editorial Fallos del Mes. 2003.

¹⁹⁹ SAMPEDRO ARUBLA, Julio Andrés. *La Humanización del proceso penal. Una propuesta desde la victiminología*. Pág. 69. Legis. 2003. Colombia.

constituye un derecho fundamental que el Estado debe respetar y promover. Este derecho fundamental se encuentra consagrado, aunque no bajo dicha denominación, en el numeral 3º del artículo 19, al consagrarse la igualdad de todas las personas en el ejercicio de los derechos, lo que comprende naturalmente la igualdad de posibilidades ante los órganos jurisdiccionales y por y para ello, el derecho a la acción.

La garantía jurídica de la igualdad implica sólo la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición: *“la igualdad ante la ley consiste en que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. Y que deben considerarse iguales los supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro, haya de considerarse falta de un fundamento racional y —sea por ende arbitraria— por no ser tal factor diferencial necesario para la protección de bienes y derechos, buscada por el legislador”*.²⁰⁰

Podemos así señalar que la tutela judicial efectiva constituye un derecho autónomo, presupuesto mínimo de todo Estado de Derecho, que persigue y posibilita que las personas accedan al proceso como medio ordinario de resolución de los conflictos, complementado adjetivamente por los restantes derechos que integran el denominado debido proceso. Es por lo anterior que el legislador, la administración y sus agentes en general, se encuentran impedidos de establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción, cuestión que se extiende a la fase previa al juicio mismo, constituido por las actividades de investigación, sobremanera al considerar que según ordena la CPR, dicha investigación resultante deba ser también racional y justa.²⁰¹

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido reconocido en forma expresa por nuestro Tribunal Constitucional, el que ha señalado “Que las Constituciones europeas consagran el derecho fundamental de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus intereses y derechos, destacándose especialmente lo dispuesto por la Carta española, en su artículo 24.2. Dicha disposición, por la vía de los procesos de amparo constitucional extraordinario, ha generado una abundante jurisprudencia que, en lo que interesa, permite concluir que los derechos de la víctima y del imputado en el proceso penal deben gozar de garantías efectivas equivalentes y que su custodio es el juez.

El Estado proclama como valor fundamental que los seres humanos “nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, además de manifestar que en Chile las personas son iguales ante la ley, sin que existan privilegios de ninguna especie. Es por ello que la Constitución, más allá de las normas citadas de su texto, reconoce de manera expresa el conjunto valorico normativo que configura la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, declarando también que los derechos fundamentales deben ser respetados y promovidos por todos los órganos del Estado, incluido

²⁰⁰ Tribunal Constitucional español, sentencia 103/1983, de 22 de noviembre de 1983.

²⁰¹ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 27 y siguientes. 2003.

especialmente el Ministerio Público, según se desprende de los artículos 1º, 5º, 6º y 19, números 2º, 3º y 26, de la Carta Fundamental.

En este sentido, este derecho fundamental, que incluye entre sus elementos esenciales el acceso a la jurisdicción, es definido por los especialistas como *“aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, ‘Derecho Constitucional’, tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias”*.²⁰²

*“Debe igualmente tenerse presente lo razonado de manera reiterada por esta Magistratura, en orden a que el artículo 19, número tercero, de la Constitución, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, ha establecido a la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso (ver, entre otras, sentencias de los procesos roles 389, 478, 529, 533, 568, 654, 661, 806, 815 y 986), concepto hoy difundido en el mundo como el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, ya considerado en esta sentencia. En este orden de ideas, la querella, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal”*²⁰³. Por dichas consideraciones el TC declaró inaplicable en dicha causa, el inciso segundo del artículo 277, que sólo permite al Ministerio Público la interposición del recurso de apelación en contra del auto de apertura del juicio oral, por exclusión de pruebas.

2. DEBER DE PROTECCIÓN A LA VÍCTIMA

Establecido por una parte que la víctima es un sujeto procesal interviniente, con pleno reconocimiento de sus facultades dentro del proceso, debemos tener presente, por otra parte, que se contempla también con rango constitucional como uno de los objetivos del proceso penal el deber de proteger a la víctima y a los testigos.

Al efecto, el inciso 1º del artículo 83 de la Carta Fundamental, dispone que al Ministerio Público *“le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos”*. Por su parte, en el inciso final de ese precepto, respecto de las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, se dispone que *“la*

²⁰² TC, sentencia de 19 de agosto de 2008, en causa Rol N° 815-2007, considerandos 9 y siguientes. En el mismo sentido, sentencia de fecha 28 de enero de 2010, en causa Rol N° 1.535-09.

²⁰³ TC, sentencia de fecha 28 de enero de 2010, en causa Rol N° 1.535-09.

*adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderá a los órganos establecidos en el Código de Justicia Militar, en conformidad a las normas de este Código y las leyes respectivas".*²⁰⁴⁻²⁰⁵

Estos principios constitucionales respecto de la protección de la víctima fueron claramente recogidos y desarrollados en la Ley N° 19.640, Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y en el CPP.

En el artículo 1° de esa LOC Min. Público se reitera el principio contenido en el artículo 83 de la Carta Fundamental, señalándose que al Ministerio Público *le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos.*²⁰⁶

Por su parte, el artículo 6° del CPP, modificado por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002 que le agregó el actual inciso segundo, dispone perentoriamente que:

El Ministerio Público estará obligado a velar por la protección de la víctima del delito en todas las etapas del procedimiento penal. Por su parte, el tribunal garantizará conforme a la ley la vigencia de sus derechos durante el procedimiento.

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

²⁰⁴ Sobre el particular, se señaló por el senador Gabriel Valdés que "la creación del Ministerio Público, además de cumplir con la ya impartante misión de separar las funciones de investigar y de juzgar, viene a mejorar substancialmente la actual situación procesal en que se encuentra la víctima de un delito.

(...) a este órgano podrá la víctima demandar protección, lo que hoy día no existe como concepto. En nuestro actual proceso, la ley obliga expresamente a la defensa del inculcado, obligación que no está contrarrestada respecto de la víctima.

La realidad nos ha demostrado que en los casos que se ventilan ante nuestros tribunales, en la mayoría de ellos, el ofendido no dispone de los medios necesarios para pagar los honorarios de un abogado privado, no existiendo, en consecuencia, quien pueda velar por sus intereses particulares, quedando normalmente en la indefensión, en tanta que el ofensor siempre tendrá defensa". Intervención en Sala en Sesión 40ª celebrada el día martes 15 de abril de 1997, respecto de la aprobación del proyecto en general sobre reforma constitucional.

²⁰⁵ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 37 y siguientes. 2003.

²⁰⁶ Al aprobarse esa norma se dejó expresa constancia por la diputada María Pía Guzmán que: "(...) al fiscal le corresponde proteger a la víctima y a los testigos. Es así como, por primera vez, en el artículo 27 del proyecto se establece la creación de una unidad de víctimas y testigos. Sus funciones serán informar a la víctima de sus derechos, del curso del procedimiento y de sus resultados, lo que hoy nadie hace. Debe brindar a la víctima una atención adecuada, procurando evitarle cualquier molestia innecesaria, facilitándole el ejercicio de las facultades que la ley le confiere y adoptando medidas para protegerla.

Todos sabemos que en nuestro actual procedimiento esto es una utopía, porque justamente lo que sucede es un proceso de segunda victimización. Ya no solamente se es víctima del robo con intimidación o de la violación, sino que la ida al tribunal y la presentación frente al actuario constituye una segunda victimización. Esto se acaba, porque estos fiscales, abogados profesionales, necesariamente van a tener esta unidad de protección a la víctima y testigos mediante las funciones que he señalado". Intervención en Sala, discusión general, Sesión 7ª Ordinaria. 339ª Legislatura Extraordinaria, 20/10/98.

*Asimismo, la policía y los demás organismos auxiliares deberán otorgarle un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.*²⁰⁷

La protección de intereses de la víctima constituye uno de los principios básicos del nuevo sistema procesal penal como se deja expresa constancia en el mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal. Al efecto, se señala que *“parece necesario destacar (...) la introducción, a nivel de los principios básicos del sistema, el principio de la promoción de los intereses concretos de las víctimas de los delitos. En virtud de éste se impone a los fiscales la obligación de velar por sus intereses y, a los jueces, la de garantizar sus derechos durante el procedimiento. Estas declaraciones generales dan lugar a diversas normas desarrolladas a lo largo del proyecto, por medio de las cuales se busca darles efectividad. Entre las más importantes están aquellas que le otorgan a la víctima el carácter de sujeto procesal aún en el caso de que no intervenga como querellante, reconociéndole un conjunto de derechos que buscan romper su actual situación de marginación. Entre otros, se encuentran el derecho a ser informada de los resultados del procedimiento, a solicitar medidas de protección ante eventuales futuros atentados y a recurrir contra el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria”*.²⁰⁸

En relación con los funcionarios del Ministerio Público a quienes le corresponde asumir la obligación de brindar protección a las víctimas se contemplan en la LOC Min. Público diversas disposiciones, que velan por el cumplimiento de esa función a lo largo de toda la estructura de ese órgano público.

En primer lugar, respecto del Fiscal Nacional se establece en el artículo 18 de la LOC Min. Público que podrá en forma discrecional, excepcional y de oficio asumir la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimaren constitutivos de delitos, cuando la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo hiciere necesario para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía.²⁰⁹

²⁰⁷ Véase *La Víctima en el nuevo proceso penal*. Ob. cit. Págs. 56 y siguientes. 2003.

²⁰⁸ Mensaje del Ejecutivo N° 110-331 de 1995, Título “Contenido del Proyecto”, subtítulo 2 “Principios básicos”.

²⁰⁹ Comisión (2° Inf.): “Al término del debate, la Comisión acordó diferenciar en dos preceptos las distintas hipótesis que se consideran en la disposición.

En el primero, que pasa a ser artículo 18 del texto que proponemos, se considera la actuación directa del Fiscal Nacional sólo respecto de aquellos hechos que se estimen constitutivos de delitos en que la investidura de las personas involucradas como imputados o víctimas lo haga necesario para garantizar que se actuará con absoluta independencia y autonomía.

En cambio, tratándose de hechos que, por su gravedad o por la complejidad de su investigación, hagan necesario su conducción a nivel nacional, se facultó al Fiscal Nacional para disponer, de oficio y de manera excepcional, la intervención personal y directa de un fiscal regional determinado. Asimismo, también de oficio y de manera excepcional, podrá disponer que un Fiscal Regional distinto de aquel en cuyo territorio se hubieren perpetrado los hechos asuma la dirección de la investigación cuando la necesidad de operar en varias regiones así lo exigiere”.

Además, conforme a lo previsto en la letra f) del artículo 20 de la LOC *la Fiscalía Nacional contará con las siguientes unidades administrativas: f) División de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.*

Un Director Ejecutivo Nacional organizará y supervisará las unidades administrativas de la Fiscalía Nacional, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional.

*El Director Ejecutivo Nacional y los jefes de las unidades administrativas serán funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional.*²¹⁰

Respecto del Fiscal Regional se dispone en la letra g) del artículo 32 de la LOC Min. Público que: *corresponderá al Fiscal Regional: g) Disponer las medidas que faciliten y aseguren el acceso expedito a la Fiscalía Regional y a las fiscalías locales, así como la debida atención de las víctimas y demás intervinientes.*

Además, conforme a la letra e) del artículo 34 de la LOC Min. Público, *cada Fiscalía Regional contará con las siguientes unidades administrativas: e) Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos, que tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley procesal penal.*²¹¹

²¹⁰ En el Primer Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados en 1º trámite constitucional, discusión particular artículo 13 se dejó constancia que: *"La Comisión prestó especial importancia a esta (...) División, que no figura en la propuesta original, por considerar de trascendental importancia evaluar la atención de las víctimas a nivel nacional y promover políticas de mejoramiento de los servicios, de ampliación de la cobertura y de promoción del acceso de la ciudadanía al sistema de justicia criminal, así como la elaboración de instrucciones destinadas a implementar tales políticas".*

²¹¹ Respecto de esta Unidad de Atención de Víctimas y Testigos se dejó constancia por la Comisión Mixta que: *"La honorable Cámara de Diputados detalló las funciones que debería cumplir la unidad de atención de víctimas y testigos. Ellas serían las de informar a las víctimas de sus derechos, del curso de su procedimiento y de sus resultados; brindar a las víctimas una atención adecuada a su carácter de tales, procurando evitarles cualquier molestia innecesaria y facilitando el ejercicio de las facultades que la ley les reconoce, y adoptar todas las medidas necesarias para la protección de las víctimas y de los testigos.*

El honorable Senado eliminó este precepto, ya que juzgó contradictorio con la línea seguida en su proposición de texto de limitarse a renunciar a estas unidades desarrollar las atribuciones de una sola de ellas. Tuvo en cuenta, además, que las diversas modalidades de la labor de atención a las víctimas y testigos de los hechos que son investigados por el Ministerio Público están desarrolladas en el artículo 95 del CPP, con bastante mayor latitud.

El rechazo de este precepto por la honorable Cámara se fundamentó en el hecho de que entendió necesario que existiera, a nivel de fiscalías regionales, estas unidades de atención de víctimas y testigos, ya que serán las que asistirán a las personas involucradas en dichas calidades en algún hecho delictivo.

La Comisión Mixta estuvo de acuerdo con esa inquietud, pero aceptó las razones del honorable Senado que lo llevaron a no contemplar esta unidad administrativa en un artículo separado.

Con el objeto de conciliar ambos aspectos, acordó precisar en la letra d) del artículo 34, relativo a la organización de las fiscalías regionales, que la Unidad de Atención a las Víctimas y Testigos tendrá por objeto el cumplimiento de las tareas que a este respecto le encomiende al Ministerio Público la ley

Un Director Ejecutivo Regional organizará y supervisará las unidades administrativas, sobre la base de las instrucciones generales que dicte el Fiscal Regional.

El Director Ejecutivo Regional y los jefes de las unidades administrativas serán funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Regional.

Finalmente, conforme a lo previsto en el inciso 1° del artículo 44 de la LOC Min. Público dentro de cada fiscalía local los fiscales adjuntos ejercerán directamente las funciones del Ministerio Público en los casos que se les asignen. Con dicho fin dirigirán la investigación de los hechos constitutivos de delitos y, cuando proceda, ejercerán las demás atribuciones que la ley les entregue, de conformidad a esta última y a las instrucciones generales que, dentro del ámbito de sus facultades, respectivamente impartan el Fiscal Nacional y el Fiscal Regional.

Los fiscales adjuntos estarán igualmente obligados a obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso que les hubiere sido asignado, a menos que estimen que tales instrucciones son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional. De concurrir alguna de estas circunstancias, podrán representar las instrucciones.

La objeción deberá ser presentada por escrito al Fiscal Regional dentro de las 24 horas siguientes a la recepción de la instrucción particular de que se trate. El Fiscal Regional la resolverá también por escrito. Si acoge la objeción, el fiscal adjunto continuará desempeñando sus tareas según corresponda, de conformidad a las normas generales. En caso contrario, el fiscal adjunto deberá cumplir la instrucción. Cuando el Fiscal Regional rechaza una objeción formulada por un fiscal adjunto y le ordene dar cumplimiento a la instrucción original, se entenderá que asume plena responsabilidad por la misma.

Tratándose de instrucciones relativas a las actuaciones procesales impostergables, el fiscal adjunto deberá darles cumplimiento sin perjuicio de la objeción que pudiera formular de acuerdo a lo previsto en los incisos precedentes.

El Fiscal Nacional en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 17 letra a) inciso segundo de la LOC Min. Público ha emitido el Instructivo N° 11 que se contiene en el Oficio N° 143 de 12 de octubre de 2000, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo Código Procesal Penal y el Instructivo N° 32 que se contiene en el Oficio N° 237 de 12 de diciembre de 2000, sobre testigos en la etapa de investigación y de su protección.

La importancia creciente de la Atención de Víctimas y Testigos aparece resaltada en las diversas cuentas públicas del Ministerio Público. A modo ejemplar en la cuenta pública del año 2002 se señala en lo que dice relación con la atención y protección

Continuación nota ²¹¹

procesal penal. Al mismo tiempo, enmendó la letra f) del artículo 20, relativo a la organización interna de la Fiscalía Nacional, en el sentido de que la División de Atención a las Víctimas y Testigos tendrá por objeto velar por el cumplimiento de dichas funciones". Informe de la Comisión Mixta, Sesión 35 Ordinaria, 1/9/99, discusión particular artículo 27 (suprimido).

de víctimas y testigos, que “cabe destacar que se tiene el deber constitucional de protegerles, así como la obligación de respetar y promover sus derechos. Por otra parte, este Ministerio Público está consciente de que el otorgamiento de un trato digno al ofendido por el delito, el aseguramiento de la vigencia de sus derechos y su adecuada protección, constituyen factores que condicionarán el éxito de la reforma procesal penal. En este sentido, se ha destinado parte importante de los recursos materiales y humanos existentes en coadyuvar a la construcción de un sistema legal que conciba al ofendido por el delito como un fin en sí mismo y uno de los protagonistas fundamentales de la nueva justicia criminal”.²¹²

²¹² La cuenta anual 2009 de la Fiscalía Nacional recoge también la relevancia de la atención a las víctimas al señalar el Fiscal Nacional que “Durante el año 2008, se diseñó un programa de ‘Mejoramiento de la atención que brinda el Ministerio Público a Víctimas y Testigos’, cuyo proyecto piloto fue inaugurado en la Región de Coquimbo, en el mes de agosto. Este programa, que focaliza los esfuerzos en relación a la atención de las víctimas y testigos, considera un modelo basado en tres conceptos: Orientación, Protección y Apoyo, de ahí su sigla OPA.

Orientación a la víctima o testigo: a través de la entrega de información básica sobre su investigación, sus derechos y el curso de lo mismo; considerando, además, la entrega de antecedentes respecto de la oferta de atención pública o privada en el ámbito reparatorio psicológico y social.

Protección: para aquellos víctimas o testigos que sean intimidados o amenazados con el fin de hacerlas desistir de su participación en el proceso penal. En ese evento, los atendedores de las Fiscalías evalúan su nivel de “intimidación” y, de acuerdo a sus resultados, se busca implementar oportunamente las medidas de protección necesarias.

Apoyo a la víctima o testigo. Buscando facilitar su participación en el proceso, los funcionarios de las fiscalías evalúan las necesidades de víctimas y testigos, para disminuir el impacto emocional y la inversión de tiempo y recursos que puede implicar su paso por el sistema penal.

Tal y como señalé en su oportunidad, este modelo no sólo se implementaría, sino que además sería sometido a evaluación. En efecto, a través de un estudio de satisfacción realizado por una empresa externa, los usuarios calificaron el servicio de Orientación entregado con un 6,3, en una escala de 1 a 7, considerando su calidad, utilidad y claridad. También refirieron que la intimidación que sienten disminuye después de la acción que realiza la Fiscalía en el contexto de la toma de declaración.

Para aquellas víctimas más vulnerables, hemos contemplado procesos de trabajo específicos. De este modo, las víctimas de violencia intrafamiliar, de delitos sexuales y de alto riesgo, reciben los servicios de orientación, protección y apoyo de manera diferenciado y especializada, con la participación y asesoría de los profesionales de las Unidades de Atención a Víctimas y Testigos.

MODELO DE INTERVENCIÓN INMEDIATA A VÍCTIMAS DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR:

Estoy convencido que, en materia de Violencia Intrafamiliar, y con una visión de Estado, aún tenemos el desafío de generar y articular políticas públicas a fin de establecer un sistema interinstitucional integrado que optimice los recursos existentes, identifique y focalice oportunamente el déficit que puede existir de oferta especializada, acoge de manera sensible a las víctimas y les entregue una atención de calidad. La persecución penal y la protección a los víctimas que nos corresponde como Ministerio Público es sólo un eslabón de la cadena de servicios que una víctima de Violencia Intrafamiliar requiere para avanzar en la superación de este problema. La tarea es ardua, pero estoy convencida que realizando un esfuerzo mancomunado, donde cada institución o sector contribuya, es posible avanzar hacia una sociedad que vele por el goce y ejercicio efectivo de los derechos de las personas.

Continúa nota

Debemos hacer presente que el incumplimiento injustificado de la obligación de brindar protección a la víctima genera una responsabilidad para el Estado conforme a lo previsto en el artículo 5º de la LOC Min. Público²¹³, sin perjuicio de hacer efectiva la responsabilidad administrativa, civil y penal que pudiere afectar al personal del Ministerio Público que hubiere incurrido en semejante omisión conforme a lo previsto en el artículo 11 de la LOC Min. Público.²¹⁴ La autoridad, el procedimiento y la sanción que puede ser aplicada para hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los fiscales adjuntos por incumplimiento de las obligaciones que les corresponden se regula en los artículos 48 a 51 de la LOC Min. Público.

En relación con la Policía debemos tener presente que en el sistema procesal penal, se le confieren funciones autónomas, esto es, aquellas que debe cumplir por el solo mandato de la ley, sin que se requiera para tal efecto que exista una orden previa por parte del fiscal o de un tribunal. Dentro de las funciones autónomas que la policía debe cumplir en el proceso penal para los efectos de velar por la aplicación del principio de protección de la víctima nos encontramos con las de prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en los casos de flagrancia conforme a la ley; y recibir las denuncias respecto de la comisión del delito, sin perjuicio de informar ellas de inmediato al Ministerio Público.²¹⁵

Finalmente, es necesario tener presente que conforme a lo previsto en la letra a) del artículo 14 del Código Orgánico de Tribunales, corresponderá a los jueces de garantía: a) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal.

Continuación nota ²¹²

En tal sentido, la violencia intrafamiliar constituye un aspecto de especial relevancia para el Ministerio Público, principalmente por la condición de vulnerabilidad en la que se encuentran las víctimas. Por esta razón, ordené la elaboración de un modelo especializado, cuyo propósito es brindar una protección oportuna y efectiva, de forma tal que las víctimas se puedan sentir a resguardo, valorando, además, como satisfactoria la atención que se les brinda.

...

En este sentido, ratifico el fuerte compromiso que tienen y deben tener todos los funcionarios y fiscales, en su respectivo ámbito de competencia, para responder a los usuarios del sistema en sus necesidades de Orientación, de Protección y de Apoyo, lo que permitirá, alcanzar y mantener altos estándares de calidad en la atención. Durante el año 2009, seguiremos trabajando en mejorar los pilotos instaurados e iremos incorporando, paulatinamente, en otras regiones, los referidos modelos”.

²¹³ El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público.

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

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

²¹⁴ El personal del Ministerio Público estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere afectar.

²¹⁵ Artículos 83 y 84.

Respecto de los tribunales oral en lo penal debemos tener presente que ellos deben velar porque los asistentes no lleven armas ni ningún elemento que perturbe el orden de la audiencia o adopten un comportamiento intimidatorio, provocatorio o contrario al decoro²¹⁶, sin perjuicio de adoptar algunas de las medidas contempladas en la ley para limitar la publicidad de la audiencia del juicio oral, a petición de parte y por resolución fundada, si ellas fueren necesarias para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio.²¹⁷

En el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado al analizar el artículo 6º del CPP, en relación con el rol de jueces y del Ministerio Público en la protección de la víctima, se “razonó, a propósito del papel que el precepto hace jugar a los jueces y al Ministerio Público, que en sentido estricto las funciones de ambos son de diferente naturaleza. En el caso de este último, si bien la Constitución le impone determinada obligación, como es la protección de las víctimas, ello no lo convierte en garante de sus derechos. Distinto es el caso del juez, el cual, por diversos mecanismos, tiene la obligación de garantizar los derechos tanto del imputado como de las víctimas, y cuenta para ese objeto con amplias facultades, tanto cuando es requerido por ellos, o por iniciativa propia, dentro del marco legal. En uno y otro caso, sin embargo, la actividad a que la ley les insta es a proteger a la víctima, y por ello se coincidió en denominar el artículo como “Protección de la víctima”.²¹⁸⁻²¹⁹

3. CONCEPTO DE VÍCTIMA

Conforme la Declaración de Naciones Unidas sobre los Principios Fundamentales a las Víctimas del Delito y de Abuso de Poder de 1961, “Es *víctima* toda persona que de forma individual o colectiva, haya sufrido daños, lesiones físicas o morales, cualquier tipo de sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de cualquier derecho fundamental como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación vigente en los Estados miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder”.

La definición indicada no se remite simplemente a las personas individualmente consideradas, sino que abarca también a aquellas que de forma colectiva sufren daños o lesiones. La amplitud se refiere también al tipo de perjuicios que incluye. Es así como considera el sufrimiento emocional, los daños, las lesiones físicas o morales, la pérdida financiera y el menoscabo de cualquier derecho fundamental.

²¹⁶ Artículo 293.

²¹⁷ Artículo 289.

²¹⁸ 2º Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, Artículo 5º.

²¹⁹ Véase PIEDRABUENA Richard, Guillermo. Ob. cit. Págs. 43 y siguientes. 2003.

Dentro del CPP, de acuerdo a lo previsto en el inciso 1º del artículo 108, se considera víctima a la persona ofendida por el delito.

Respecto de esta definición debemos tener presente lo siguiente:

a) La expresión víctima debe ser considerada como sinónimo de ofendido, habiéndose optado por la primera terminología por estimar que en el actual estado del derecho y de las ciencias sociales esta expresión es plenamente aceptada, e incluso ha dado origen a una nueva disciplina criminológica, cual es la victimología.²²⁰⁻²²¹

b) Dentro del concepto de víctima se deben comprender a las personas naturales y jurídicas.²²²

c) La víctima u ofendido con el delito es el sujeto pasivo del delito²²³, es decir, el titular de los bienes que se ven afectados por el delito (la empresa dueña del bien mueble robado, por ejemplo).

También es ofendido por el delito el sujeto pasivo de la acción, esto es, el que sufre la acción delictiva, aunque no sea titular del bien jurídico afectado (así, el trabajador de la empresa a quien se le ha robado el bien mueble).

²²⁰ 2º Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, Artículo 5º: *"La Comisión examinó la mayor pertinencia de emplear el concepto de 'víctima' o de 'ofendido', puesto que ambos son utilizados por el artículo 80 A de la Constitución. En definitiva, resolvió mantener el de 'víctima', por estimar que en el actual estado del derecho y de las ciencias sociales esta expresión es plenamente aceptada, e incluso ha dado origen a una nueva disciplina criminológica, cual es la victimología"*.

²²¹ En el mismo sentido, en Informe de la Comisión Mixta sobre discusión particular del artículo 135 (108) se deja constancia que el rechazo por parte de la H. Cámara de Diputados de esta disposición obedece a que, por razones de precisión técnica, es preferible referirse al ofendido por el delito sin anteponerle el adverbio "directamente", porque hablar de "directamente ofendido" puede hacer pensar que la víctima es un concepto distinto de la noción de ofendido. La supresión de ese término, en cambio, disipa cualquier inquietud en cuanto al sentido de ambas expresiones.

La Comisión Mixta estuvo de acuerdo con ese punto de vista, resolviendo suprimir también el concepto de "directamente ofendido" en otros artículos en que se emplea, como el artículo 54.

²²² Por otra parte, cabe tener presente que el Profesor Sr. Piedrabuena (Anexo) observó que: *"El concepto de víctima debe ser ampliado a las personas jurídicas que también pueden estar ofendidas directamente por el delito, aclarándose las normas del proyecto que parecen estimar que sólo las personas naturales o determinados parientes pueden considerarse como víctimas y formular querrela"*. Anexo del 1º Informe Comisión Constitución, Legislación y Justicia; Opinión del Consejero del Colegio de Abogados de Chile y representante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, don Guillermo Piedrabuena Richard. Por otra parte, en el Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, artículo 135 (108), se deja constancia que estimó la Comisión que la propuesta parece inspirarse en el artículo 39 del Código de Procedimiento Penal —norma que se repite en el proyecto en el artículo 67, a raíz de la responsabilidad penal—, que se coloca en el caso de que el responsable de un delito sea una persona jurídica, ordenando que respondan por ella las personas naturales que la representaron. En la especie, sin embargo, las personas jurídicas están consideradas en el inciso primero, es decir serán directamente ofendidas por el delito".

²²³ CORTI ORTIZ, Pedro. "La víctima en la reforma procesal penal y en la jurisprudencia". *Boletín del Ministerio Público* N° 25. Diciembre 2005. Págs. 239 y siguientes.

Muy esclarecedor resulta lo indicado en cuanto al artículo 108 en el sentido que “este artículo incurre en una tautología, puesto que las palabras víctima y ofendido son sinónimos en nuestra legislación, de manera que lo único que aclara el tenor de esta disposición es que se trata sólo de la víctima del delito y no del afectado por ningún otro fenómeno”. Esto lleva a considerar el concepto dogmático de sujeto pasivo del delito, esto es, titular o portador del bien jurídico protegido y esta medida, a reflexionar en torno a los distintos bienes jurídicos.

En este sentido, Bustos advierte que no se debe confundir “el sujeto pasivo del delito con el sujeto pasivo de la acción, que es sólo la persona sobre que recae la acción típica, pero no necesariamente el destinatario de la protección del bien jurídico; así quien hurta a un niño el bolso de su madre, actúa sobre el niño y éste es el sujeto pasivo de la acción, pero es la madre el sujeto pasivo del delito”, eso es, la titular del bien jurídico. Dice Bustos que “ciertamente la víctima del hurto es el niño, pero el sujeto pasivo es la madre”.

En este último ejemplo es posible distinguir, desde un punto de vista dogmático, entre sujeto pasivo de la acción y sujeto pasivo del delito, que serían el niño y la madre, respectivamente. Sin embargo, para efectos procesales penales, puede estimarse que ambos han sido afectados por el delito, aunque de diferentes maneras, de modo que pueden entrar en la categoría de sujetos que el Código considera víctimas.²²⁴ En general, cuando se trata de bienes jurídicos individuales –vida, salud, libertad, seguridad, honor, patrimonio– no debieran plantearse mayores problemas en incluir en la acepción del artículo 108 tanto al sujeto pasivo de la acción típica como al titular del bien jurídico, que en estos casos tienden a confundirse.²²⁵

En cambio, no son víctimas del delito los perjudicados indirectamente por el delito, v. gr. la familia de la víctima en un delito de lesiones graves, la entidad aseguradora del patrimonio de la víctima en un delito de robo; etc., en la medida en que no son titulares del bien jurídico afectado ni sufren la acción delictiva, sin perjuicio de la facultad de presentar la demanda civil ante el tribunal civil competente.²²⁶

En los delitos que afectaren bienes jurídicos colectivos, v. gr. los previstos en la Ley N° 19.366, los artículos 313 a y siguientes del Código Penal, los delitos contra la seguridad colectiva, los delitos económicos, etc. la colectividad no es víctima para los efectos del CPP, puesto que no se trata de una persona concreta, natural o jurídica, que pueda ejercer los derechos directamente, sin perjuicio que en estos delitos son

²²⁴ En contra HORVITZ y LÓPEZ. Ob. cit. Tomo I. Pág. 298.

²²⁵ Véase GUILLERMO PIEDRABUENA RICHARD. Ob. cit. Págs. 49 y siguientes. 2003.

²²⁶ Instrucción N° 11 Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal*. Instrucciones Generales N°s. 1 a 25. Págs. 147 y 148. Editorial Jurídica de Chile. 2001. Esta instrucción puede también ser consultada en la dirección “www.ministeriopublico.cl”.

víctimas las personas que se ven afectadas concretamente en sus bienes jurídicos individuales (vida, salud, patrimonio, etc.).²²⁷

Por su parte, en aquellos delitos en que resulte la afectación de bienes jurídicos estatales, por ejemplo la administración de justicia, la administración pública, la seguridad del Estado, víctima es la persona jurídica Estado o Fisco, quienes actúan representadas a través de los respectivos titulares de dichas acciones, conforme las leyes respectivas. En general, se tratará del Consejo de Defensa del Estado, en los casos en que la ley le permita querellarse, en virtud de lo estatuido por los N°s. 4 y 5 del artículo 3° del D.F.L. N° 1, de 1993²²⁸, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado. Sin embargo, hay algunos delitos en que corresponde la representación del Fisco a otros organismos estatales. Ejemplos al respecto son el Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos y el Director Nacional del Servicio Nacional de Aduanas, quienes podrán ejercer los derechos correspondientes a las víctimas, entre ellos celebrar acuerdos reparatorios, en caso de delitos tributarios y aduaneros; ello en virtud del artículo 162 del D.L. N° 830, Código Tributario²²⁹, y de los artículos 188 y 189 del D.F.L. N° 30 de 2004, Ordenanza de Aduanas²³⁰, y 4 N° 28

²²⁷ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. *Reforma Procesal Penal*. Instrucciones Generales N°s. 1 a 25. Pág. 149. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

²²⁸ Artículo 3°. Las funciones del Consejo de Defensa del Estado son, sin perjuicio de las otras que le señalen las leyes, las siguientes:

4. Ejercer la acción penal, tratándose de delitos que pudieren acarrear perjuicios económicos para el Fisco u organismos del Estado.

El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como malversación o defraudación de caudales públicos y aquellos que importen sustracción, pérdida o fraude de fondos del Fisco, organismos del Estado o de las entidades de derecho privado a las que el Estado o sus instituciones hagan aportes o subvenciones o en las cuales tengan participación mayoritaria o igualitaria.

5. Ejercer la acción penal, tratándose de delitos cometidos en el desempeño de sus funciones o empleos por funcionarios públicos o empleados de organismos del Estado, de la Administración del Estado, de los gobiernos regionales, de las municipalidades, o de las instituciones o servicios descentralizados funcional o territorialmente.

El Consejo ejercerá la acción penal tratándose, especialmente, de delitos tales como cohecho, soborno y negociación incompatible.

²²⁹ Las investigaciones de hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querrela del Servicio. Con todo, la querrela podrá también ser presentada por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director.

En las investigaciones penales y en los procesos que se incoen, la representación y defensa del Fisco corresponderá sólo al Director, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querrela fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso. El denunciante o querellante ejercerá los derechos de la víctima, de conformidad al Código Procesal Penal. En todo caso, los acuerdos reparatorios que celebre, conforme al artículo 241 del Código Procesal Penal, no podrán contemplar el pago de una cantidad de dinero inferior al mínimo de la pena pecuniaria, sin perjuicio del pago del impuesto adeudado y los reajustes e intereses penales que procedan de acuerdo al artículo 53 de este Código.

²³⁰ Artículo 188. Los delitos aduaneros serán investigados y juzgados conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Penal. Respecto de ellos el Servicio Nacional de Aduanas ejercerá los

del Decreto de Hacienda N° 329/79, Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas, respectivamente.

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

- a) al cónyuge y a los hijos.
- b) a los ascendientes.
- c) al conviviente.
- d) a los hermanos.²³¹
- e) al adoptante o adoptado.²³²

Dicha enumeración corresponde a un orden de prelación para la intervención de la víctima en el procedimiento, de manera que la intervención de una o más personas pertenecientes a una categoría excluye a las comprendidas en las categorías siguientes.²³³

En consecuencia, la intervención de aquellas personas de categoría posterior no excluye a las comprendidas en las categorías anteriores y, por tanto, la intervención posterior de personas pertenecientes a una categoría precedente sigue prevaleciendo por sobre las que ya hubieren intervenido de una categoría posterior. Por ejemplo, si al faltar el cónyuge, hijos y ascendientes del occiso interviniese en el procedimiento el conviviente del mismo, la intervención posterior del cónyuge no conocido hasta el momento excluye al conviviente, sin perjuicio del principio de preclusión de facultades procesales. De igual manera, la intervención posterior del hasta entonces secuestrado, por ejemplo, excluye a las personas que hubieren intervenido como víctima. Naturalmente, esta exclusión no tiene efecto retroactivo y todo lo obrado por los parientes

Continuación nota ²³⁰

derechos que confiere a la víctima el mismo Código, una vez presentada denuncia o formulada querella de conformidad al inciso primero del artículo 189...

Artículo 189. Las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo podrán ser iniciadas por denuncia o querella del Servicio, por intermedio de su Director Nacional, de los Directores Regionales o de los Administradores de Aduana.

Con todo, la querella podrá también ser interpuesta por el Consejo de Defensa del Estado, a requerimiento del Director Nacional.

La representación y defensa del Fisco en las investigaciones penales relativas a ese delito y en los procesos que se incoen corresponderán sólo al Director Nacional, por sí o por medio de mandatario, cuando la denuncia o querella fuere presentada por el Servicio, o sólo al Consejo de Defensa del Estado, en su caso...

²³¹ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, artículo 135: *"Estimó la Comisión que otorgar este derecho a los parientes hasta el cuarto grado inclusive podría comprender a un número excesivo de personas, por lo cual prefirió hacerlo extensivo sólo hasta los hermanos, por entender que los verdaderamente afectados son los más cercanos al directamente ofendido por el delito"*.

²³² Artículo 108 inciso 2°.

²³³ Artículo 108 inciso 3°.

o personas excluidas, debe considerarse como válido para todos los efectos legales hasta el momento de su exclusión.²³⁴

De acuerdo con lo anterior, en estos casos sólo pueden actuar personas que se encuentren dentro de una misma categoría y jamás personas que se encuentren en categorías diversas, prefiriéndose siempre a las de las categorías precedentes. Si las personas se encuentran en la misma categoría son varias y deciden intervenir todas ellas, deberían para ejercer sus derechos designar un procurador común.

e) Si ninguna de las personas mencionadas hubiere intervenido en el procedimiento, el Ministerio Público informará sus resultados al cónyuge del ofendido por el delito, o en su defecto, a alguno de los hijos u otra de esas personas.²³⁵

f) Los derechos que se contemplan respecto de la víctima no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad.²³⁶

g) La víctima es considerada un interviniente en el proceso penal, aun cuando no hubiere deducido una querrela con motivo del delito que le hubiere afectado hasta que se hubiere dictado sentencia ejecutoriada en el proceso.²³⁷⁻²³⁸

Sin embargo, sólo si hubiere deducido querrela y con posterioridad deducido oportunamente adhesión a la acusación del Ministerio Público o acusación particular²³⁹, podrá participar como parte en el juicio oral, haciendo presente que su no comparecencia o de su apoderado a la audiencia, o el abandono de la misma sin autorización del tribunal, dará lugar declaración de abandono de la acción penal.²⁴⁰

El recurso de nulidad en contra de la sentencia que se dicte en el juicio oral sólo podrá ser deducido por el querellante que hubiere actuado como acusador particular o adherente a la acusación y en la medida que la sentencia sea agravante respecto de lo solicitado en su acusación o adhesión a la acusación, único caso en el cual puede

²³⁴ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales N°s. 1 a 25. Pág. 148. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

²³⁵ Artículo 110.

²³⁶ Artículo 109 inciso final.

²³⁷ Artículo 12.

²³⁸ Segundo Informe Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Discusión Particular, artículo 135: *“La Comisión hizo suya la filosofía que inspira el proyecto en cuanto a reconocer a la víctima un estatuto propio por el solo hecho de serlo, sin necesidad que ejerza querrela, lo que es plenamente congruente con el hecho de que es la persona directamente afectada por el delito o sus familiares cercanos. Ficción esta última destinada a que puedan ejercer sus derechos y a hacerles extensiva la protección que la Constitución y el Código obligan al Ministerio Público a brindar a las víctimas. No se opone a este estatuto de la víctima la existencia del querellante, ya que la víctima normalmente será el querellante y, aun cuando no lo sea, el querellante, como interviniente, es una eficaz herramienta de control de la gestión del Ministerio Público”*.

²³⁹ Artículo 261.

²⁴⁰ Artículo 288.

concebirse que revestirá el carácter de interviniente agraviado por la sentencia definitiva pronunciada que la legitima para deducir ese medio de impugnación.²⁴¹

Para actuar ante el Ministerio Público, la víctima puede siempre intervenir personalmente, sin necesidad de constituir mandatario, pero encontrándose facultada para obrar de esta forma.

Finalmente, durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad la víctima no es considerada un interviniente, y sólo ante el juez de garantía podrían intervenir el Ministerio Público, el imputado y su defensor.²⁴²

4. DERECHOS DE LA VÍCTIMA²⁴³⁻²⁴⁴

La víctima, de acuerdo al Sistema Procesal Penal, posee los siguientes derechos:

4.1. Ser atendida

La víctima tiene derecho a ser recibida y atendida por los jueces, los fiscales del Ministerio Público y la policía.

²⁴¹ Artículo 352. Existe con ello una aparente contradicción entre la causal del recurso de nulidad que exige el agravio del interviniente como legitimación para su interposición, el que se puede delimitar solo cuando hubiere formulado acusación particular o se hubiere adherido a la acusación del Ministerio Público, con lo establecido en la letra f) del artículo 109 que contempla para la víctima el derecho de impugnar la sentencia absolutoria aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento. En definitiva, dicha contradicción no existiría si es que se tiene presente que el derecho de impugnar de la víctima que no es parte acusadora se limita sólo a la sentencia absolutoria, entendiéndose que en ese caso la legitimación le viene dada por la ley (artículo 352).

²⁴² Artículo 466.

²⁴³ "...Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado". Tribunal Constitucional, sentencia Rol N° 986.

²⁴⁴ Artículo 109. Derechos de la víctima. La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad".

El Fiscal Nacional en uso de las atribuciones que le confiere el artículo 17 letra a) inciso segundo de la LOC Min. Público ha emitido el Instructivo N° 11 que se contiene en el oficio N° 143 de 12 de octubre de 2000, sobre atención y protección a las víctimas en el nuevo CPP, en el cual se regula la forma y el horario en el cual la víctima debe ser atendida por los fiscales y por las Unidades Regionales de atención a las víctimas y testigos.

Por otra parte, en la estructura de los juzgados de garantía y de tribunales orales se contempla generalmente una unidad de atención de público en la cual puede la víctima ser informada, sin perjuicio de requerir directamente la intervención del juez de garantía si fuere necesario para que se garantice la vigencia efectiva de sus derechos.

4.2. Recibir un trato digno²⁴⁵

La víctima tiene derecho a recibir un trato digno, acorde a su condición de víctima.²⁴⁶

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

Los fiscales deben evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que la víctima hubiere de soportar con ocasión de los trámites en que debiere intervenir.²⁴⁷

Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del ofendido por el hecho punible, tales como pruebas de carácter biológico, extracciones de sangre u otros análogos, siempre que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. El fiscal le solicitará que preste su consentimiento. De negarse, solicitará la correspondiente autorización al juez de garantía, exponiéndole las razones en que se hubiere fundado la negativa, quien autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas.²⁴⁸

4.3. Denunciar el delito

La víctima de un delito puede denunciarlo directamente ante las Fiscalía del Ministerio Público; o ante Carabineros, Investigaciones, o en los Tribunales con competencia criminal, todos los cuales deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público.²⁴⁹

²⁴⁵ Véase PIEDRABUENA Richards, Guillermo. Ob. cit. Págs. 63 y siguientes. 2003.

²⁴⁶ Artículo 6° inciso 3°.

²⁴⁷ Artículo 78 inciso 1°.

²⁴⁸ Artículo 197.

²⁴⁹ Artículo 173.

La denuncia podrá formularse por cualquier medio y deberá contener la identificación del denunciante, el señalamiento de su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieran noticia de él, todo en cuanto le constare al denunciante.

En el caso de la denuncia verbal se levantará un registro en presencia del denunciante, quien lo firmará junto con el funcionario que la recibiere. La denuncia escrita será firmada por el denunciante. En ambos casos, si el denunciante no pudiere firmar, lo hará un tercero a su ruego.²⁵⁰

Para formular la denuncia no se requiere de contar con el patrocinio de un abogado.

4.4. Ser informada²⁵¹

La víctima tiene derecho a ser informada por los fiscales del estado del proceso, de sus derechos y de las actividades que deba realizar para ejercerlos.²⁵² Esta actividad debe ser desarrollada por los fiscales con el abogado que hubiere designado la víctima.²⁵³

Por otra parte, en todo recinto policial, de los juzgados de garantía, de los tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en que se consignen los derechos de las víctimas. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el Ministerio de Justicia.²⁵⁴

4.5. Solicitar protección

La víctima tiene derecho a pedir a los fiscales del Ministerio Público protección frente a presiones, atentados o amenazas a ella o a su familia.

²⁵⁰ Artículo 174.

²⁵¹ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 66 y siguientes. 2003.

²⁵² Artículo 78 letra a).

²⁵³ Así, por ejemplo antes de formular la acusación, el fiscal informará a la víctima sobre el curso del procedimiento, sus derechos y las actividades que debiere realizar para ejercerlos. En especial, informará de la forma y plazo para interponer la demanda civil, en conformidad a los artículos 59, 60 y 261 del CPP, del efecto de su no comparecencia injustificada a la audiencia de preparación del juicio oral o la audiencia del juicio oral, conforme al artículo 64 del mismo código, y de su derecho a solicitar la devolución de los documentos que hubiere acompañado, de acuerdo al artículo 279 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades. Por otra parte, cuando el fiscal solicite que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado, informará a la víctima sobre el significado de este procedimiento, los motivos que fundan la solicitud, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En especial, le informará del efecto civil regulado en el artículo 68 del CPP. Finalmente, el fiscal informará a la víctima sobre el lugar, día y hora en que se desarrollará la audiencia del juicio oral y los derechos que pudiere ejercer en calidad de testigo.

²⁵⁴ Artículo 137.

Las medidas de protección que el fiscal puede adoptar sin autorización del juez de garantía, por no afectarse con ello los derechos del imputado, son por ejemplo las siguientes:

a) Ubicación de la víctima en una casa de acogida u otra que ella señalare, por un periodo determinado. Cuando fuere necesario, podrá disponer que la policía traslade a la víctima a una de esas casas.

b) Comunicarse con el imputado ordenándole el cese de la situación de violencia o de peligro para la víctima, en cumplimiento de los artículos 166 inciso 3° y 180 inciso 2° del CPP que obligan al Ministerio Público interrumpir la comisión del delito o impedir que produzca consecuencias ulteriores.

c) Solicitar a la compañía de teléfonos respectiva el cambio del número telefónico del domicilio de la víctima.

d) Rondas periódicas de Carabineros de Chile al domicilio de la víctima.

e) Consultas telefónicas periódicas de la policía a la víctima.

f) Traslado policial de la víctima a determinadas audiencias ante los tribunales.

g) Excepcionalmente, previa instrucción particular del Fiscal Regional, punto fijo policial en la casa de la víctima o en la casa de acogida en que hubiere sido ubicada.

h) Las medidas de protección indicadas en las instrucciones generales sobre atención y protección de testigos, en la medida que la víctima intervenga como testigo.

El fiscal registrará las medidas de protección que adoptare.²⁵⁵⁻²⁵⁶

Por otra parte, debemos tener presente que la policía se encuentra obligada a detener a una persona que se sorprendiere en delito flagrante²⁵⁷, debiendo informar de ella al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de 12 horas, quien puede dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de 24 horas contados desde que la detención se hubiere practicado.²⁵⁸

Finalmente, los tribunales garantizarán la vigencia de los derechos de la víctima durante el procedimiento.²⁵⁹

Uno de los motivos que se contemplan para ordenar la prisión preventiva, a petición del Ministerio Público o del querellante, es la existencia de antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable ser decretada porque la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad del ofendido.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir

²⁵⁵ Instrucción N° 11 Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales* N°s. 1 a 25. Pág. 148. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

²⁵⁶ Instrucción N° 32 Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales* N°s. 26 a 50. Pág. 129. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

²⁵⁷ Artículos 129 y 130.

²⁵⁸ Artículo 131.

²⁵⁹ Artículo 6° inciso 1°.

que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.²⁶⁰

No obstante, dado que la prisión preventiva es considerada como una medida cautelar de carácter excepcional y que puede ser decretada ante la insuficiencia de otras medidas cautelares personales²⁶¹, se puede disponer por el juez de garantía con tal carácter para proteger a la víctima 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 señale, 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.²⁶²

Finalmente, en todas las audiencias que se realizaren ante al juez de garantía, con concurrencia de la víctima, el fiscal solicitará la aplicación de las sanciones contempladas en el artículo 294 del CPP a quienes incumplieren los deberes previstos en el artículo 293, en perjuicio de la víctima. Asimismo, solicitará al tribunal que impida que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles y afecten la dignidad, salud, intimidad, el honor o la seguridad de la víctima, en conformidad al artículo 292 del mismo código. Lo anterior, en virtud del artículo 71 del CPP. Antes de la audiencia del juicio oral, tratándose de casos derivados en conformidad al N° 14 anterior, el fiscal solicitará un informe u opinión a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos sobre la necesidad de pedir una o más de las medidas previstas en el artículo 289 del CPP, para proteger la intimidad, el honor o la seguridad de la víctima. De igual manera procederá cuando decidiera solicitar juicio inmediato conforme al artículo 235 del mismo código.²⁶³

²⁶⁰ Artículo 140.

²⁶¹ Artículo 139.

²⁶² Artículo 155.

²⁶³ Instrucción N° 11 Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales* N°s. 1 a 25. Pág. 148. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

4.6. Obtener reparación²⁶⁴

La víctima, para obtener la reparación frente al delito de que hubiere sido objeto, tiene derecho:

a) A obtener la restitución de las cosas que le hubieren sido hurtadas, robadas o estafadas;²⁶⁵

b) A que los fiscales del Ministerio Público promuevan durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponder a la víctima ²⁶⁶, y

c) A demandar la indemnización de los perjuicios sufridos.²⁶⁷

4.7. Ser escuchada

A. Por el fiscal, si lo solicita, antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.²⁶⁸

De acuerdo con ello, el fiscal debe:

a) Antes de archivar provisionalmente la investigación en conformidad al artículo 167 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En particular, informará a la víctima respecto de su derecho de solicitar la reapertura del procedimiento y diligencias de investigación, de reclamar en caso de denegación, de provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querella respectiva y, cuando fuere pertinente, los efectos del archivo provisional respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.²⁶⁹

b) Antes de ejercer la facultad de no iniciar la investigación en conformidad al artículo 168 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos y los derechos que puede ejercer. En particular, informará a la víctima de su derecho a provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querella respectiva. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.

²⁶⁴ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 73 y siguientes. 2003.

²⁶⁵ Artículo 59.

²⁶⁶ Artículo 6° inciso 2°.

²⁶⁷ Artículos 59 y 109 letra c).

²⁶⁸ Artículo 109 letra d).

²⁶⁹ Instrucción N° 11 Ministerio Público. *Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales* N°s. 1 a 25. Pág. 148. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

Ejercida esta facultad, el fiscal informará a la víctima de haber sometido la decisión a la aprobación del juez de garantía y del derecho de ser oída, si lo solicitare, por el mismo antes de resolver.²⁷⁰

c) Antes de aplicar el principio de oportunidad en conformidad al artículo 170 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de su decisión, los motivos que la fundan, sus efectos penales y civiles y los derechos que puede ejercer. En particular, el fiscal informará a la víctima respecto de los trámites siguientes a la decisión, del plazo y forma para ejercer su derecho de oposición ante el juez y, cuando fuere pertinente, los efectos de la aplicación del principio de oportunidad respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del CPP. Antes de tomar la decisión, el fiscal escuchará el parecer de la víctima a este respecto. Cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal escuchará también la opinión de aquél. Asimismo, registrará estas actividades.²⁷¹

d) Antes de solicitar la suspensión condicional del procedimiento en conformidad al artículo 237 del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre el significado de esta institución, los efectos penales y civiles de la misma y los derechos que puede ejercer. En particular, informará a la víctima sobre su derecho a solicitar la revocación en caso de incumplimiento de las condiciones, su derecho a conocer la información relativa al imputado del registro reservado y, cuando fuere pertinente, los efectos de la suspensión condicional del procedimiento respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.²⁷²

e) Cuando a juicio del fiscal procediere un acuerdo reparatorio conforme al artículo 241 del CPP, solicitará a la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos un informe u opinión en que se evalúe la factibilidad de llegar a tal acuerdo. Si conforme a la evaluación de la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos resulta posible llegar a un acuerdo reparatorio, ésta conducirá un proceso de conciliación penal invitando ante sí a la víctima y al imputado. Propondrá las bases del acuerdo y dejará constancia por escrito de sus términos. Antes de la audiencia correspondiente, la Unidad Regional de Atención a las Víctimas y Testigos informará al fiscal sobre el proceso de conciliación y los términos del acuerdo.²⁷³

f) Antes de solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa, el fiscal informará a la víctima sobre la causal por la cual pide el sobreseimiento, el curso del procedimiento, de su derecho a ser oída, si lo solicitare, por el juez antes de pronunciarse, de su derecho a impugnar el sobreseimiento que se decretare, de su derecho

²⁷⁰ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. Pág. 148. 2001.

²⁷¹ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. Pág. 148. 2001.

²⁷² Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. Pág. 148. 2001.

²⁷³ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. Pág. 148. 2001.

a reiterar diligencias de investigación en conformidad al artículo 257 del CPP y, cuando fuere pertinente, los efectos del sobreseimiento respecto de la acción civil en conformidad al artículo 68 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.²⁷⁴

g) Antes de comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento en conformidad al artículo 248 letra c) del CPP, el fiscal informará a la víctima sobre las razones de la decisión, los efectos penales y civiles de la misma y su derecho a reiterar diligencias de investigación en conformidad al artículo 257 del CPP. De igual manera, cuando la víctima hubiere designado abogado, el fiscal realizará esta actividad también a su respecto. Asimismo, registrará estas actividades.

B. Por el tribunal, si lo solicita, antes de decretarse la suspensión condicional del procedimiento²⁷⁵, antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa.²⁷⁶

4.8. Interponer querella

La víctima tiene derecho a querellarse a través de un abogado²⁷⁷, querella que debe ser presentada en el juzgado de garantía competente, antes de que el fiscal declare cerrada la investigación, la que, admitida a tramitación, debe ser remitida al Ministerio Público.²⁷⁸

Al tratar esta materia, resulta necesario destacar que la Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos.

El ejercicio de la acción penal, a diferencia de la investigación de los hechos eventualmente constitutivos de delito, no se ha entregado en ejercicio monopólico al Ministerio Público, desde que no sólo éste, sino que otros sujetos pueden ejercerla, dentro de ellos obviamente la víctima del delito. El derecho de aquellos otros sujetos no es de menor entidad o calidad de aquel conferido al Ministerio Público, por lo que con el ejercicio de la querella se puede llegar a forzar la intervención del persecutor.

En este sentido el TC ha estimado “*Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional*

²⁷⁴ Instrucción N° 11 Ministerio Público. Ob. cit. Pág. 148. 2001.

²⁷⁵ Artículo 237, modificado por Ley N° 20.074.

²⁷⁶ Artículo 109 letra e).

²⁷⁷ Artículos 109 letra b) y 111.

²⁷⁸ Artículo 112.

donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma”.

4.9. Participar en el proceso

La víctima tiene derecho a obtener de la policía, de los fiscales y de los organismos auxiliares, apoyo y facilidades para realizar los trámites en que deban intervenir ²⁷⁹ y a asistir a las audiencias judiciales en que se trate su caso.

4.10. Reclamar

La víctima tiene derecho a reclamar ante las autoridades del Ministerio Público o el Juez que corresponda, frente a las resoluciones que signifiquen el término de su caso, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.²⁸⁰

Conforme a todo lo anterior, el sistema vigente entrega a la víctima distintos mecanismos de control en las diferentes fases de la investigación y del proceso, tanto respecto del inicio del procedimiento, su dirección, como en el cierre de la investigación, y también respecto de la salida alternativa de suspensión condicional del procedimiento, todo lo que podemos resumir de la siguiente forma:

A) Respecto del inicio de las investigaciones, el Ministerio Público puede archivar provisionalmente la causa²⁸¹, decidir no iniciar la investigación²⁸², o aplicar el principio de oportunidad²⁸³

En estos casos, la víctima tiene derecho a solicitar al fiscal la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación, pudiendo reclamar ante las autoridades del Ministerio, en la primera situación, y tanto en el archivo provisional, como la decisión de no iniciar la investigación, la víctima puede forzar la intervención del juez de garantía, interponiendo la respectiva querrela, la que si es aceptada a tramitación, obliga al ministerio a seguir la investigación. Tratándose de la aplicación del principio de oportunidad, si la víctima manifiesta su interés en iniciar o seguir adelante, dentro del plazo de 10 días contados desde que se hubiere comunicado la decisión del fiscal al juez de garantía, éste debe rechazar decisión Ministerio Público.

²⁷⁹ Artículos 6° inciso 3° y 78.

²⁸⁰ Artículos 109 letra f), 167 inciso 3°, 170 inciso 3° y 352.

²⁸¹ Artículo 167.

²⁸² Artículo 168.

²⁸³ Artículo 168.

B) Respecto de la dirección de la investigación, ésta corresponde en exclusiva al Ministerio Público.

Sin embargo la víctima (y también los demás intervinientes) pueden proponer diligencias, realizándose las que el fiscal determine. La víctima puede reclamar ante las autoridades del Ministerio Público.²⁸⁴

C) En cuanto al cierre de la investigación, efectuada que sea por el fiscal, dentro de los 10 días siguientes, la víctima (y también los demás intervinientes) puede reiterar las diligencias precisas de investigación, rechazadas antes por Ministerio Público o no resueltas por éste.

Si el juez de garantía acoge la solicitud, ordena al fiscal reabrir la investigación y proceder con tales diligencias.

D) Respecto de la suspensión condicional del procedimiento, el fiscal, con el acuerdo del imputado, podrá solicitar al juez de garantía dicha suspensión en los casos que proceden conforme a la norma del artículo 237.

La víctima tiene derecho en este caso a ser oída, si está en la audiencia, y la resolución que se pronuncie sobre la suspensión condicional del procedimiento será apelable por el imputado, por la víctima, por el Ministerio Público y por el querellante.

E) La víctima se encuentra como hemos visto legitimada para ser considerada dentro del proceso penal y en definitiva, a obtener en él mismo una debida protección estatal frente a la violación de sus bienes jurídicos.

En consecuencia, el proceso penal debe arribar a su término para que se dicte una sentencia condenatoria que le asegure semejante protección a la víctima, sin que sea admisible que se suspenda o termine su tramitación sin la imposición de una pena, a menos que ello se haya materializado mediante la dictación de resoluciones que den cumplimiento a los requisitos que para tales casos prevé el legislador.

De allí, que la víctima se encuentra legitimada por la ley, aun cuando no sea parte en el proceso, para recurrir en contra del sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria u otra resolución que pusiere término a la causa.²⁸⁵

IX. EL QUERELLANTE

1. CONCEPTO

El querellante se encuentra reglamentado como sujeto procesal en los artículos 111 a 121, que conforman el Párrafo 7º *El querellante*, del Título IV *Sujetos Procesales* del Libro I del CPP.

El querellante es la víctima, su representante legal, heredero testamentario u otra persona excepcional y expresamente autorizada por la ley, que ha realizado un acto jurídico procesal consistente en una declaración de voluntad dirigida al juez de garantía competente, por la cual le solicita que ordene al Ministerio Público la iniciación de

²⁸⁴ Artículo 183.

²⁸⁵ Artículos 109 letra f) y 352.

una investigación penal o lo tenga como parte de una investigación ya existente, para ejercer los derechos que le confiere la ley dentro del proceso penal.

El querellante se diferencia del denunciante, porque no sólo persigue poner en conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo ante el tribunal competente para que el Ministerio Público provea a su averiguación, sino que la voluntad principal que se expresa por el querellante es la de ser parte en el proceso penal, ejerciendo la pretensión punitiva y realizando los demás actos para los cuales se le confiere legitimidad por la ley.

La querrela puede dar inicio a la investigación si ésta no se hubiere iniciado por los otros dos medios contemplados en la ley, esto es, de oficio por el Ministerio Público o por denuncia (artículo 172). Debemos tener presente que tratándose de los delitos de acción penal privada, la querrela es siempre la única forma de dar inicio al procedimiento penal (artículo 400) y que ella sólo puede ser presentada por la víctima según lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 18 y en el artículo 55.

Sin embargo, si la investigación se hubiere iniciado, el querellante igualmente podrá deducir ésta con el fin de ejercer los derechos que expresamente se le confieren por el artículo 261.

Al efecto, prevé el inciso final del artículo 112, que *“Admitida a tramitación, el juez la remitirá al Ministerio Público y el querellante podrá hacer uso de los derechos que le confiere el artículo 261”*.

2. SUJETOS QUE PUEDEN QUERELLARSE

La participación de otros sujetos en el ejercicio de la acción penal, además del Ministerio Público, se relaciona indiscutiblemente con la concepción que se tenga sobre el papel que puede desempeñar la víctima en el proceso y a que nos hemos referido anteriormente.²⁸⁶

En nuestro sistema el ejercicio de la acción penal, a diferencia de la investigación de los hechos eventualmente constitutivos de delito, no se ha entregado en ejercicio monopólico al Ministerio Público, desde que no sólo éste, sino que otros sujetos pueden ejercerla. La CPR en su artículo 83 dispone que *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*.

El querellante particular en nuestro sistema no tiene sin embargo las características *“autónomas”* que pueden encontrarse en otros, caracterizados por la independencia absoluta y la plena autonomía no sólo formal, sino material, esto es, *representación y procuración plena de la pretensión punitiva, ejercida también por él, sin limitación alguna*²⁸⁷, ya que nuestro querellante está condicionado a ciertas actuaciones del Ministerio Público, y obviamente a la investigación, de exclusiva dirección de aquél.

²⁸⁶ Ver apartado 8.1 de este capítulo II.

²⁸⁷ MAIER, “La víctima y el sistema penal”, en MAIER y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc. 1992. Pág. 235, citado por HORVITZ L. y LÓPEZ M., Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 307.

Al concebir la CPR que *“El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal”*, aparece que la facultad de ejercicio para la víctima emana de la propia Constitución, a diferencia de las “demás personas” que el legislador puede o no contemplar. El derecho de la víctima de ejercicio de la acción vía querrela no es, como sostuvimos previamente, de menor entidad o calidad de aquel conferido al Ministerio Público. La Constitución reconoce expresamente el derecho a la acción al ofendido, el que surge como una garantía trascendente para compensar a la víctima de la prohibición y eventual sanción a la autotutela de sus derechos –acción directa–.²⁸⁸

En este sentido el TC ha estimado en la sentencia de inaplicabilidad Rol 815-07-INA que *“Como corolario de lo anterior, cabe concluir que cualquier razonamiento que conduzca a privar a la víctima de su derecho a ejercer la acción penal, dando así eficacia a su decisión de contar con un proceso jurisdiccional donde se le haga justicia, por causa de decisiones del Ministerio Público, ha de ser descartada, pues subordina el derecho de acceder a los tribunales a las decisiones del persecutor estatal, con lo cual se la priva, de esa forma, del derecho a la acción que le confiere el numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en concordancia con el artículo 83 de la misma”*.

“...Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino también en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende, deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctima y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado”.²⁸⁹

Consecuente con lo anterior entendemos que el querellante ha sido concebido no como un “adherente” a las acciones del fiscal, sino un ente activo e independiente, que puede hacer valer una pretensión punitiva diversa a la sostenida por el Ministerio Público,

²⁸⁸ “Debe destacarse la voz ‘igualmente’ que emplea el artículo 83, inciso segundo, antes citado, de la Carta Fundamental, la cual debe leerse en su único sentido posible, esto es, que el Ministerio Público ejerce la acción penal pública, como igualmente puede hacerlo la víctima que la Constitución denomina ofendido y además los otros sujetos que la ley determine.

Es claro que existen tres órdenes de sujetos legitimados, de acuerdo al tenor del artículo 83: el Ministerio Público, la víctima y, finalmente, los otros sujetos que la ley señale.

Resulta necesario precisar lo anterior, por cuanto el Ministerio Público, representado por su Fiscal Nacional, Sabas Chauán Sarrás, señala, en su escrito de observaciones al requerimiento, que la expresión ‘igualmente’, contenida en el artículo 83 en comento, “no puede significar plena igualdad en el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público y el que pueda hacer el ofendido. Entonces, aquella expresión debe necesariamente entenderse en referencia a las condiciones que la propia Carta Fundamental ha impuesto al ejercicio de la acción penal por parte del acusador fiscal, esto es, el ejercicio de la acción ‘en su caso’, y ‘en la forma prevista por la ley’, lo que nos conduce al respectivo Código Procedimental”. TC, 19 de agosto de 2008, Rol 815-07-INA.

²⁸⁹ TC, Rol N° 986.

e incluso, puede ejercerla el mismo, en caso que aquel no estime procedente sostenerla, al ser partidario que se declare un sobreseimiento. Demostración de lo anterior en nuestro sistema lo encontramos en diversas manifestaciones. Así, si el fiscal ordenare el archivo provisional o ejerciere su facultad de no iniciar la investigación en los casos previstos en el artículo 168, y la víctima ejerce la querella y el juez la admite a tramitación, el Ministerio Público debe seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales (artículo 169); si el tribunal rechaza la decisión del Ministerio Público de aplicar el principio de oportunidad, éste debe continuar con la persecución penal (artículo 170); el querellante posee el derecho de formular una acusación particular, diversa a la del Ministerio Público (artículo 261 letra a), y finalmente, el querellante puede formular la correspondiente acusación si el Ministerio Público no lo hiciere (artículo 258).

Hasta hace relativamente poco tiempo se estimaba que una de aquellas actuaciones en las cuales el querellante se encontraba condicionado por la actuación del fiscal, sin que existieran mecanismos de forzamiento, estaba constituido por la formalización de la investigación, desde que se había entendido por muchos que la posibilidad de que se le ordenara al fiscal informar, pudiéndosele fijar por el juez de garantía un plazo para la formalización, era exclusiva del imputado. Dicha posición no ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, el cual ha resuelto sobre esta materia²⁹⁰ que si bien es una facultad del Ministerio Público la decisión de formalizar la investigación, para hacer efectiva la garantía constitucional de la tutela judicial efectiva debe entenderse plenamente aplicable lo previsto en el artículo 186, conforme a la cual la facultad de provocar que el juez de garantía le fije al Ministerio Público un plazo para formalizar, le corresponde no sólo al imputado, sino también a la víctima y demás personas que se consideren afectadas por una investigación que no se ha formalizado.

Así se ha dispuesto en diversas sentencias de inaplicabilidad *“Que, contra lo que pretende el peticionario, este precepto legal, correctamente interpretado, es el que precisamente impide que la aplicación de las normas alusivas a la facultad privativa del fiscal para formalizar dé como resultado la conculcación del derecho de la víctima y querellante para impulsar el desarrollo del proceso penal, cuando la negativa del fiscal o su simple omisión carezca de fundamento plausible. En efecto, es este artículo 186, cuyo texto se transcribió en la parte expositiva, el que permite al querellante, que también puede ser (y de hecho lo es en este caso) una persona a quien afecte la no formalización judicial de la investigación, pedir al juez de garantía que ordene al fiscal informar acerca de los hechos que fueron objeto de la querella e, incluso, fijarle un plazo para que formalice la investigación”*.²⁹¹

²⁹⁰ Ver voto de minoría en sentencia del TC de fecha 19 de agosto de 2008, en causa Rol N° 815-2007.

²⁹¹ TC, considerando séptimo, sentencia de fecha 20 de agosto de 2009, en causa Rol N°s. 1.337-09. En idénticos términos y transcribiendo este considerando, la sentencia de fecha 3 de noviembre de 2009, Rol N° 1.380-09, considerando décimo y considerando décimo de sentencia de fecha 29 de diciembre de 2009, Rol N° 1.467-09.

En el mismo sentido, ratificando la igualdad de las partes intervinientes en el proceso derivado ello del principio de igualdad ante la ley y el debido proceso, el TC declaró inaplicable²⁹² el inciso 2° del artículo 277 en tanto éste sólo concedía al Ministerio Público el derecho a apelar en contra del auto de apertura del juicio oral, por exclusión de prueba²⁹³, estimando para ello que:

“Debe igualmente tenerse presente lo razonado de manera reiterada por esta Magistratura, en orden a que el artículo 19, número tercero, de la Constitución, al consagrar la igualdad en el ejercicio de los derechos y la garantía del procedimiento racional y justo, ha establecido a la acción, entendida como el derecho fundamental al proceso (ver, entre otras, sentencias de los procesos roles 389, 478, 529, 533, 568, 654, 661, 806, 815 y 986), concepto hoy difundido en el mundo como el denominado derecho a la tutela judicial efectiva, ya considerado en esta sentencia. En este orden de ideas, la querella, el ejercicio de la acción y todas las actuaciones de la víctima dentro del proceso han de ser entendidas como manifestaciones del legítimo ejercicio de dicho derecho al proceso, por lo que el mismo no puede ser desconocido, ni menos cercenado, por el aparato estatal”.

Dicho todo lo anterior, debemos señalar que en el actual sistema procesal penal se limita la posibilidad de querellarse, en relación con el antiguo procedimiento penal, puesto que sólo pueden hacerlo la víctima y las demás personas expresamente previstas en la ley, que no se encuentren afectas a una prohibición legal y que cumplan con los requisitos del *ius postulandi*.

En definitiva, la forma en la cual se ha contemplado la participación del querellante en el proceso penal, como un sujeto que llega a estar dotado de los mismos derechos del Ministerio Público, puede traer problemas dentro de un sistema penal acusatorio en cuanto a su eficiencia.

El verse el Estado obligado a continuar adelante con procesos penales, aun en contra de la opinión del Ministerio Público que es el ente responsable de la prosecución de la acción penal pública, se impide que operen las salidas alternativas que dotan de la necesaria eficacia al sistema procesal.

Por otra parte, la privatización del ejercicio de la acción penal en manos del querellante, con un papel que puede llegar a ser hasta preponderante al del Ministerio Público, genera un mayor grado de conflictividad del proceso penal, que lo hace necesariamente más ineficaz por la mayor dilación en la resolución del conflicto penal, que se torna más complejo por la multiplicidad de pretensiones y la mayor cantidad de actividad probatoria a desplegarse dentro del mismo.

El incentivar la participación del querellante dentro del proceso penal hace aparecer a éste con la falsa imagen de ser el instrumento reparador de las consecuencias

²⁹² En causa Rol N° 1.535-09, mediante sentencia de fecha 28 de enero de 2010.

²⁹³ Ver apartado 21.3.5, Recursos en contra del auto de apertura del juicio oral, del Capítulo VI, Juicio ordinario.

privadas causadas por el delito, lo que la mayoría de las veces resulta inefectivo e imposible de alcanzar, por la precaria situación económica que poseen la mayoría de las veces los autores del ilícito. Esta forma de concebir la participación del querellante en el proceso penal conduce a que se dupliquen recursos estatales en finalidades que en definitiva no se alcanzan, como sería dotar de asistencia jurídica a los querellantes para que actúen en el proceso penal, los que en definitiva verán frustradas sus expectativas, por ser la pena establecida con fines sociales más que particulares, y ser imposible de satisfacer sus expectativas privadas por la precariedad de los recursos de los condenados. En semejante situación, sería más dable pensar en conferir a las víctimas de delitos más graves prestaciones asistenciales vía seguros para la pronta reparación mínima de sus derechos que en seguir dotándola de derechos dentro del proceso para la satisfacción de expectativas la mayoría de las veces inalcanzables.

*a) Personas legitimadas para
querellarse conforme a lo establecido por el legislador*

El CPP contempla un número muy limitado de titulares de la querella, a diferencia de la regulación del Código de Procedimiento Penal, que recoge más bien una verdadera “acción popular” por la cantidad de sujetos habilitados para su ejercicio.²⁹⁴

1. Regla general

De conformidad con el inciso 1º del artículo 111, la regla general es que se encuentra legitimado para ser querellante solamente “*la víctima, su representante legal o su heredero testamentario*”.

2. Regla excepcional

Excepcionalmente, se puede querellar también *cualquiera persona* capaz de parecer en juicio, domiciliada en la provincia respectiva, respecto de hechos *punibles*, en los siguientes casos:

a) Constitutivos de delitos terroristas

b) Cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública,

Es del caso hacer presente que actualmente no se contempla la posibilidad de que se deduzca querella por cualquier persona, domiciliada en la región, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, al haberse eliminado dicha opción contenida en el inciso 3 del artículo 111.²⁹⁵

²⁹⁴ El artículo 93 del Código de Procedimiento Penal dispone en sus 2 primeros incisos que “*Toda persona capaz de parecer en juicio por sí misma, puede querellarse ejercitando la acción pública de que se trata en los artículos 10 y 11 de este Código, si no le está expresamente prohibido por la ley.*

De los delitos enumerados en el artículo 18 no pueden querellarse sino las personas que en dicho artículo se indican”.

²⁹⁵ Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

Hasta el año 2005²⁹⁶, se contempla en esta materia una acción popular que permitía querellarse a aquellas personas domiciliadas en la región, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto (antiguo artículo 111 inciso 3°).

Se preveía en consecuencia la posibilidad de la actuación de cualquier persona domiciliada en la región, respecto de ciertos delitos que eran considerados por el legislador de relevancia pública, en que se afectaban bienes de interés superior al individual, y en los cuales podía no existir una víctima concreta o claramente identificable que pudiera reclamar.

Sobre la materia se había resuelto, que la gravedad del delito por sí misma o la alarma pública que éste pudiese provocar no guarda parentesco con la norma establecida del artículo 111 inciso 3° del CPP, siendo característico más bien de esta categoría de ilícitos el afectar bienes que atañen a un conglomerado social, genérico e indeterminado o un sector poblacional determinado, donde precisamente la dificultad reside en determinar la titularidad de la acción, óbice que se pretende salvar a través de la posibilidad de que la querrela sea interpuesta por cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliario en la región.²⁹⁷ En el mismo sentido se señaló que según se desprende claramente de la historia de la norma, por delitos que afecten intereses sociales relevantes el legislador entendió lo que la doctrina penal ha denominado ilícitos que lesionan “*intereses sociales difusos o colectivos*” entre sus características más distintivas se encuentran la vaguedad del objeto de protección, y consecuentemente, la indeterminación concreta de la víctima y del titular del bien jurídico protegido.²⁹⁸

Según dan cuenta las actas del segundo informe de la Comisión de Constitución, contenido en el boletín N° 3.465-07 respecto de modificación del inciso 3° del artículo 111, “*El Honorable Senador señor Espina explicó que la actual redacción de este inciso es muy amplia y que, la acción penal, sólo debe ser ejercida por el Ministerio Público, por la víctima y, en casos excepcionales, por un organismo público si su propia ley lo faculta en tal sentido.*

El señor Fiscal Nacional, señor Guillermo Piedrabuena, expuso que le parecía muy conveniente esta sugerencia”.

Durante la misma discusión se dejó constancia en el tercer trámite constitucional ante el Senado, contenido en el Boletín N° 3.465-07 que “*El Honorable Senador señor Viera-Gallo expresó que hay que eliminar de raíz la posibilidad de estas acciones populares, que sirven únicamente para estrategias comunicacionales de grupos políticos y no ayudan en nada al desenvolvimiento del juicio criminal*”. Consta igualmente que

²⁹⁶ Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

²⁹⁷ Juzgado de Garantía de Antofagasta. 23.4.2003. *Revista Procesal Penal* N° 10. LexisNexis. Págs. 170 y siguientes. Junio 2003.

²⁹⁸ Juzgado de Garantía de Antofagasta. 30.4.2004. *Revista Procesal Penal* N° 22. LexisNexis. Pág. 90 y siguientes. Junio 2004.

el espíritu de la modificación del inciso tercero es afianzar esta norma general, para evitar que actores que no sean el Ministerio Público o la víctima se entrometan en el procedimiento, pretextando que accionan por delitos que afectan intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto. Expresó que es importante que, aunque no sea materia de controversia, se puntualice el alcance del inciso segundo. Agregó que hacer la restricción es importante, sobre todo en la segunda hipótesis del inciso segundo, referida a los delitos cometidos por funcionarios públicos en el ejercicio de su cargo que afecten derechos de las personas garantizados por la Constitución. Un enunciado tan amplio puede dar origen a interpretaciones que trasladen la contienda política a los tribunales.

Finalmente, el actual inciso tercero del artículo 111, dispone respecto de los órganos y servicios públicos, que podrán intervenir como querellantes en los procesos, pero sólo cuando las respectivas leyes orgánicas les faculten expresamente²⁹⁹, motivo por el cual deberá recurrirse a ellas para determinar la facultad de ser querellante dentro de un proceso determinado.

En este sentido, a propósito de la facultad de ciertas autoridades políticas para interponer las querellas, durante la discusión parlamentaria de la Ley N° 20.074 se modificó la letra a) del artículo 3° del decreto con fuerza de Ley N° 7.912, de 1927, del Ministerio del Interior. La modificación consistió en agregar un nuevo párrafo con el objetivo de permitir que el Ministro del Interior, el Subsecretario del Interior, los intendentes y los gobernadores pudieran deducir querella, cuando el o los hechos delictivos que la motivan hayan alterado el orden público, hayan afectado la seguridad pública generando en toda o en un sector de la población el temor de ser víctima de delitos de la misma especie o se trate de delitos contemplados en la Ley N° 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional o en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas.³⁰⁰

²⁹⁹ El actual inciso 3° del artículo 111 dispone que “Los órganos y servicios públicos sólo podrán interponer querella cuando sus respectivas leyes orgánicas les otorguen expresamente las potestades correspondientes”.

³⁰⁰ Señala actualmente la letra a) del artículo 3° del Decreto con Fuerza de Ley N° 7.912: “Para los efectos señalados en el párrafo anterior de esta letra, y sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 111 del Código Procesal Penal y de las demás facultades otorgadas por leyes especiales, el Ministro del Interior, los Intendentes y Gobernadores, según corresponda, podrán deducir querella:

a) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito hubieren alterado el orden público, impidiendo o perturbando gravemente la regularidad de las actividades empresariales, laborales, educacionales o sociales o el funcionamiento de los servicios públicos o esenciales para la comunidad, o bien impidiendo o limitando severamente a un grupo de personas el legítimo goce o ejercicio de uno o más derechos, libertades o garantías reconocidos por la Constitución Política de la República;

b) cuando el o los hechos que revistan caracteres de delito, considerados en conjunto con otros similares y próximos en el tiempo, hubieren afectado la seguridad pública, generando en toda la población o en un sector de ella el temor de ser víctima de delitos de la misma especie. En caso alguno podrán

b) Personas afectas a una prohibición legal para querellarse

No podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:

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

b) Los consanguíneos en toda la línea recta, los colaterales y afines hasta el segundo grado, a no ser por delitos cometidos por unos contra los otros, o contra su cónyuge o hijos (artículo 116).³⁰¹

3. REQUISITOS Y PROCEDIMIENTO FRENTE A LA QUERELLA

a) Forma y contenido de la querella

La querella debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Debe ser presentada siempre por escrito.
2. El querellante debe estar legitimada legalmente para deducirla.
3. El querellante no debe estar afecto a una prohibición legal de las contempladas en el artículo 116.
4. El querellante debe dar cumplimiento a los requisitos del *ius postulandi*, por lo que debe constituir el patrocinio y poder.
5. El querellante debe dar cumplimiento en su escrito de querella a las menciones que se requieren en el artículo 113 y que son a saber:
 - a) La designación del tribunal ante quien se entable.
 - b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante.
 - c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones siempre se podrá deducir querella para que se proceda a la investigación del delito y al castigo del o los culpables.
 - d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren.
 - e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al Ministerio Público.

Continuación nota ³⁰⁰

considerarse comprendidos en esta letra las faltas, los cuasidelitos, los delitos de acción privada, ni los incluidos en los Párrafos 2 y 5 del Título III; Párrafos 5, 7 y 8 del Título IV; Párrafos 2 bis, 3, 5 y 7 del Título VI; todos los del Título VII, salvo los de los Párrafos 5 y 6; los de los Párrafos 2, 4, 6 y 7 del Título VIII; los de los Párrafos 7 y 8 del Título IX, y los del Título X, todos del Libro Segundo del Código Penal, y

c) cuando se trate de los delitos contemplados en las leyes N° 19.327, sobre prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, y N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas”.

³⁰¹ Véase oficios del Fiscal Nacional, Modificaciones al proceso penal (Ley N° 20.074, *Ley Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente*, Instructivo N° 3 de la Ley N° 20.074. Págs. 31 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. Marzo 2007. Santiago, Chile.

f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

b) Cumplimiento de ius postulandi

De conformidad con los artículos 1º y 2º de la Ley de Comparecencia en Juicio, en la querella debe constituirse en forma patrocinio y poder.

c) Receptor de la querella

La querella debe ser presentada solamente ante el juez de garantía competente (artículos 112 inciso 2º y 264 letra a).

Aun cuando no se contemple como causal de inadmisibilidad de la querella la de haber sido presentada ante un juez de garantía incompetente, ella puede ser declarada de oficio de conformidad a lo previsto en artículo 163 en relación con los artículos 160 y 264 letra a.

d) Oportunidad de presentación de la querella

La querella puede ser o no un acto que tenga por finalidad dar inicio a un procedimiento penal, puesto que el requisito esencial respecto de ella consiste en la voluntad de hacerse parte activa el querellante en el proceso penal para ejercer los derechos que le confiere la ley.

De allí, que en la querella lo importante es determinar no el momento a partir del cual ella puede ser presentada, pudiendo o no dar inicio al proceso penal por delito de acción penal pública, sino el momento hasta el cual ella puede ser interpuesta para actuar como parte activa el querellante en el proceso, en especial si nos encontramos ante uno de los casos excepcionales en que ella es ejercida por una persona que no es la víctima, quien no tiene el carácter de interviniente.

De conformidad a lo previsto en el inciso primero del artículo 112 “*La querella podrá presentarse en cualquier momento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación*”.

e) Actitudes del tribunal frente a la querella

Las actitudes que el tribunal puede adoptar frente a una querella son las siguientes:

1º. Caso en que el tribunal puede dar curso a la querella.

Si la querella se ha presentado dando cumplimiento a todos los requisitos legales ante el juez de garantía competente, éste debe proceder a remitirla al Ministerio Público, quien deberá proceder a dar inicio a la investigación, en caso que ello no hubiere acontecido así con anterioridad a través de una denuncia o de oficio.

Adicionalmente, el querellante se transforma en un interviniente en el proceso penal conforme a lo previsto en el artículo 12 si no fuere la víctima por tener aquel carácter

por su sola condición, pudiendo participar en todas las actuaciones y diligencias en que se contempla la concurrencia de los intervinientes; y además, podrá ejercer los derechos que le confiere el artículo 261.³⁰²

La resolución que admitiere a tramitación la querella será inapelable (artículo 115 inciso 2°).

2°. Casos en que el tribunal puede no dar curso a la querella.

De conformidad a lo previsto en el artículo 114, la querella no será admitida a tramitación por el juez de garantía:

a) Cuando fuere presentada extemporáneamente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 112;

b) Cuando, habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare por falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 113, el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo;

c) Cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito;

d) Cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del Ministerio Público, y

e) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

Cuando no se diere curso a una querella en que se persiguiera un delito de acción pública o previa instancia particular, por aplicación de alguna de las causales previstas en las letras a) y b) del artículo 114, el juez la pondrá en conocimiento del Ministerio Público para ser tenida como denuncia, siempre que no le constare que la investigación del hecho hubiere sido iniciada de otro modo (artículo 117).

La resolución que declare inadmisibile la querella será apelable, pero sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento (artículo 115 inciso 1°).

f) Término de la querella

Deducida la querella dentro del proceso penal, se contempla su terminación por el desistimiento y el abandono como veremos a continuación.

³⁰² Artículo 261. Actuación del querellante. Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, podrá:

a) Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, podrá plantear una distinta calificación de los hechos, otras formas de participación del acusado, solicitar otra pena o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación;

b) Señalar los vicios formales de que adoleciera el escrito de acusación, requiriendo su corrección;

c) Ofrecer la prueba que estimare necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259, y

d) Deducir demanda civil, cuando procediere.

f.a. El desistimiento de la querella.

El querellante podrá desistirse de su querella en cualquier momento del procedimiento.

En ese caso, tomará a su cargo las costas propias y quedará sujeto a la decisión general sobre costas que dictare el tribunal al finalizar el procedimiento (artículo 118).

El desistimiento de la querella dejará a salvo el derecho del querellado para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas.

Excepcionalmente, el querellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante, no podrá ejercer la acción penal o civil a que diere lugar la querella o acusación calumniosa ni a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas (artículo 119).

f.b. El abandono de la querella:

a) *Concepto.*

El abandono de la querella es una sanción procesal que hace perder al querellante su carácter de sujeto procesal e interviniente dentro del proceso penal, por haber incurrido en una de las conductas previstas en la ley.

b) *Sujeto competente para declararla.*

El sujeto competente para declarar el abandono de la querella criminal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, será el tribunal de garantía o el tribunal oral ante el cual se hubiere configurado la conducta (artículo 120).

c) *Casos que generan el abandono de la querella.*

Se declarará abandonada la querella por quien la hubiere interpuesto en los siguientes casos:

i) Cuando no adhirió a la acusación fiscal o no acusó particularmente en la oportunidad que correspondiere;

ii) Cuando no asistió a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada, y

iii) Cuando no concurrió a la audiencia del juicio oral o se ausentó de ella sin autorización del tribunal.

d) *Efectos.*

La declaración del abandono de la querella impedirá al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere el CPP (artículo 121).

En otras palabras, declarado el abandono de la querella, deja de ser parte el querellante en el proceso penal y no puede continuar realizando los actos procesales que podía practicar en ese carácter.

Es así, como si se declara el abandono de la querella antes de la audiencia de preparación del juicio oral por no haberse adherido o acusado particularmente dentro del plazo, no podrá participar en dicha audiencia.

Por otra parte, si se declara el abandono de la querella por no asistir a la audiencia de juicio oral, no podrá continuar asistiendo y actuando en calidad parte a la o las audiencias que se sigan practicando del juicio oral.

e) Recursos

La resolución que declare el abandono de la querella será apelable, sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento.

La resolución que negare lugar al abandono será inapelable (artículo 120 inciso 2º).

X. EL ACTOR CIVIL

Nos referiremos en este apartado brevemente al actor civil, quien no recibe el tratamiento de sujeto procesal o interviniente propiamente tal independiente, desde que el ejercicio de las acciones civiles en el proceso penal se encuentra fuertemente limitado.³⁰³ al poder ser ejercida sólo por la víctima del delito dentro del proceso penal, sin perjuicio del análisis que en mayor profundidad respecto de la acción misma incluiremos en el capítulo siguiente.

El actor civil es fundamentalmente la víctima, cuando interpone en el proceso penal las acciones civiles en contra del imputado, pudiendo respecto de terceros ejercer solamente la acción civil reparatoria en el mismo.

En relación con el ejercicio de la acción civil dentro del nuevo proceso penal se distinguen entre las acciones reparatorias y las indemnizatorias.

La acción civil reparatoria es aquella que tiene como finalidad la simple restitución de la cosa sobre la cual recayó el delito, los efectos de éste o los instrumentos destinados

³⁰³ Las razones de esta modificación se señalan en el Segundo Informe Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, párrafo "Límites a la interposición de acciones civiles": "La Comisión, en principio, no advirtió mayores inconvenientes en la interposición de acciones civiles en el procedimiento penal, basada en razones de economía procesal, tal como sucede en la actualidad.

Sin embargo, reparó luego en las importantes dilaciones que podría provocar en la resolución de la contienda penal la admisión irrestricta de acciones civiles, en especial cuando se ejercen contra el tercero civilmente responsable, quien en la generalidad de los casos hará uso de todos los medios procesales para evitar que se le atribuya responsabilidad o conseguir que ésta se atenúe lo más posible.

Tomó en cuenta, además, los eventuales efectos que podrían generar en la controversia penal ya resuelta las acciones civiles que se continuasen debatiendo. El artículo 394, inciso segundo, del proyecto aprobado en el primer trámite constitucional declara, por ejemplo, que favorecerá al imputado en su responsabilidad penal el recurso de un responsable civil, cuando se estableciere cualquier situación relativa a la acción penal de que debiere seguirse la absolución del imputado. Esta regla, aunque invoque su fundamento en el principio pro reo, consagra la ineficacia de lo resuelto en el proceso en cuanto al fondo de la controversia penal merced a una decisión adoptada al dirimir un recurso de orden exclusivamente civil.

Concluimos, por tanto, que de perseverar en nuestros propósitos de agilizar la tramitación del juicio oral y obtener que éste se centre en los aspectos medulares de la controversia, era preciso limitar el ejercicio de las acciones civiles a aquellas que la víctima decida interponer en contra del imputado. Ello, desde luego, sin perjuicio de la acción de mera restitución de la cosa objeto del hecho delictivo, que sólo puede entablarse en el proceso penal. No está de más consignar que el derecho comparado revela varios casos en los cuales el legislador tomó igual medida, entre ellos el de la legislación alemana".

a su comisión, pudiendo ser ejercida por la víctima o terceros, exclusivamente ante el juzgado de garantía competente, durante todo el procedimiento. Se tramita como incidente, en cuaderno separado, salvo que se trate de la restitución de las especies hurtadas, robadas y estafadas, que para su devolución sólo requieren comprobación del dominio y que sean ellas valoradas (artículo 189 inciso 2°).

La acción civil indemnizatoria es aquella que persigue hacer efectiva las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, a través del pago de indemnizaciones especiales que establece la ley en casos determinados o la indemnización general de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. La acción civil indemnizatoria puede ejercerse en el proceso penal sólo por la víctima, como sujeto activo, y sólo en contra del imputado, como sujeto pasivo, existiendo el derecho para el actor de optar por deducir esta acción ante el tribunal civil (competencia acumulativa o preventiva). Las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse sólo y exclusivamente ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales en juicio sumario³⁰⁴, no existiendo en este caso una competencia acumulativa o preventiva.

Al actor civil se le reconoce actualmente su participación en el juicio oral, tanto en el alegato de apertura como en el de clausura³⁰⁵, siempre que haya deducido oportunamente la acción civil.

³⁰⁴ Artículo 59.

³⁰⁵ Artículos 325 y 338, modificados por Ley N° 20.074.

CAPÍTULO TERCERO LA ACCIÓN

*La acción nace históricamente como una
supresión de la violencia privada, sustituida
por la obra de la colectividad organizada.¹*

I. LA ACCIÓN PENAL

I. GENERALIDADES

El sistema procesal penal vigente no contempla el monopolio del ejercicio de la acción penal, pero sí se ha concebido al Ministerio Público como el titular “preferente” para su ejercicio respecto de los delitos por crimen o simple delito de acción penal pública (artículos 52 inciso 2º y letra b) y 109).

En efecto, el ejercicio de la acción penal, a diferencia de la investigación de los hechos eventualmente constitutivos de delito, no se ha entregado en ejercicio monopólico al organismo público, desde que no sólo éste, sino que otros sujetos pueden ejercerla, tratándose de la acción penal pública.² Utilizaremos aquí la expresión “preferente”, en el sentido de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, conforme el principio de legalidad, más no en aquel relacionado con algún grado de superioridad o mejor derecho del Ministerio Público respecto de los restantes titulares.

El artículo 83 de la CPR dispone que “*Un organismo autónomo, jerarquizado, con el nombre de Ministerio Público... en su caso, ejercerá la acción penal pública en la forma prevista por la ley*” ... “*El ofendido por el delito y las demás personas que determine la ley podrán ejercer igualmente la acción penal*”.

¹ COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Pág. 69. Tercera edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 12ª reimpresión. 1985.

² Debe recordarse que, tal como se señaló en el apartado VIII 1. del capítulo Segundo, en el mensaje de la reforma constitucional que culminó con la dictación de la Ley N° 19.519, no contemplaba a la víctima como sujeto legitimado para el ejercicio de la acción penal pública, al establecer que “*Existirá un organismo autónomo, con patrimonio propio, denominado Ministerio Público, que tendrá a su cargo la persecución penal pública en la forma prevista por la ley. Con este propósito, le corresponderá la investigación de los delitos y la formulación y sustentación de la acusación penal ante los tribunales*”. Consecuentemente no se admitía originalmente en el proyecto la intervención de la víctima en cuanto titular de derechos a este respecto, confiriéndosele el ejercicio exclusivo de la acción penal al Ministerio Público.

La utilización de la expresión “igualmente” utilizada por el constituyente en la norma transcrita implica que el Ministerio Público ejerce la acción penal pública, como también puede hacerlo la víctima, que la Constitución denomina ofendido y además los otros sujetos que la ley determine.

En consecuencia, es claro que existen tres órdenes de sujetos legitimados para el ejercicio de la acción penal pública, de acuerdo al tenor del artículo 83 de la CPR: el Ministerio Público y la víctima por mandato constitucional y, los otros sujetos que la ley señale.³

Por el contrario, la acción penal no corresponde al tribunal, por la consagración del principio acusatorio.

2. CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

La acción en el proceso penal admite una clasificación desde una doble perspectiva:

A) En cuanto a la naturaleza de la pretensión, la acción puede ser:

A.1 Penal

A.2 Civil. Ésta, a su vez, puede ser subclasificada como de tipo indemnizatoria o bien restitutoria.

B) En cuanto al delito del que se trate, la acción puede ser:⁴

B.1 Acción penal pública

B.2 Acción penal previa instancia particular⁵

B.3 Acción penal privada

II. LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

I. CONCEPTO

Dispone el inciso segundo del artículo 53 que “*La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.*”

Podemos definir la *acción penal pública* como aquella que se ejercita a nombre de la sociedad, de oficio por el Ministerio Público o por las demás personas establecidas en la ley, para obtener el castigo de un hecho que reviste los caracteres de delito, dentro del proceso penal y previa dictación de una sentencia condenatoria.

³ Respecto de esta materia nos remitimos a lo señalado respecto de los Sujetos del proceso penal, y en particular a la intervención y derechos de la víctima y sujetos que pueden querellarse en los apartados VIII 1 y 4 y IX 2 del Capítulo Segundo.

⁴ El inciso primero del artículo 53 del CPP dispone que “*La acción penal es pública o privada*”.

⁵ Esta acción era conocida en el antiguo sistema como acción penal mixta.

El sujeto titular de la acción penal pública es la sociedad. Su objetivo es obtener el ejercicio por el Estado de la pretensión punitiva o el castigo de las personas que hubieren cometido un delito que deba perseguirse de oficio.

La acción penal pública constituye la regla general, por lo que a falta de norma especial debe entenderse que existe este tipo de acción para los efectos de requerir el ejercicio de la jurisdicción para el castigo de los partícipes en el hecho punible.

Sin perjuicio de esta regla general, se insiste por el legislador que se concede siempre acción pública para la persecución de delitos cometidos por menores de edad. Esta norma permite sostener que tratándose de menores de edad, todos los delitos que se cometan a su respecto generan una acción penal pública, primando sobre las normas que contemplan los delitos previa instancia particular y de acción privada cuando ellos se vean afectados por el hecho delictivo.

2. PERSONAS QUE PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

De conformidad con el artículo 53, el sujeto titular por excelencia para el ejercicio de oficio de la acción penal pública es el Ministerio Público⁶, sin perjuicio que puede ser ejercida, además, por las personas que determine la ley, dentro de las cuales nos encontramos:

a) Con la víctima, entendiendo por tales a las personas contempladas en el artículo 108 (artículos 109 letra b) y 111), cuya titularidad no deriva de la ley, sino de la CPR, en los términos ya señalados (artículo 83 CPR).

b) Cualquier persona capaz de parecer en juicio domiciliada en la provincia, pero solamente respecto de hechos delictivos cometidos dentro de la misma que consistieren en delitos terroristas o cometidos por funcionario público que afecten derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública (artículo 111 inciso 2°).

Actualmente no se contempla la posibilidad de que se deduzca querrela por cualquier persona, domiciliada en la región, respecto de hechos punibles cometidos en la misma que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto, al haberse eliminado dicha opción contenida en el inciso 3° del artículo 111 Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005.

Respecto de los órganos y servicios públicos, el legislador procesal penal, permite que intervengan como querellantes en los procesos, sólo cuando las respectivas leyes orgánicas les hubieren facultado expresamente.

Respecto de la persona que ejerza la acción penal se requiere:

- a) Que se encuentre autorizada para ello expresamente por la ley.
- b) Que sea capaz de parecer en juicio.
- c) Que no se encuentre afecta a una incapacidad o inhabilidad especial.

⁶ En concordancia con la aplicación del principio de legalidad.

3. LAS INHABILIDADES O INCAPACIDADES PARA EJERCER LA ACCIÓN PENAL

El legislador ha contemplado inhabilidades relativas y no absolutas para el ejercicio de la acción penal.⁷

Las inhabilidades relativas son aquellas que se establecen en virtud de relaciones de familia e impiden que se ejerzan entre sí por parientes y cónyuges una acción penal, ya sea pública o privada.

El artículo 116 contempla las inhabilidades relativas para deducir una querrela al señalarnos que no podrán querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada tampoco pueden ejercitar entre sí acción penal, sea pública o privada:

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

La prohibición es relativa porque sólo dice relación con las acciones penales que ejerzan entre sí las personas mencionadas en la ley, sin perjuicio de que además en algunos casos el parentesco en la comisión de algunos delitos pasa a ser una excusa legal absoluta, como sucede en los casos contemplados en el artículo 489 del Código Penal.

Esta disposición está basada en la necesidad de no relajar los vínculos naturales que unen a los próximos parientes y de evitar las disensiones de familia que de ordinario toman carácter de odiosidad e intransigencia que no son comunes en las otras.

El ejercicio de la querrela por una persona inhabilitada genera su declaración de inadmisibilidad conforme a lo previsto en el artículo 114, letra e).

⁷ Las inhabilidades absolutas son aquellas referentes a las personas que por encontrarse afectas, nunca pueden ejercer la acción penal pública en representación de la sociedad.

La razón de ello radica en el antiguo sistema en que *“desde los tiempos más antiguos han sido privados del derecho de acusar aquellos que han dado prueba de mala fe y aquellos cuya abyección por razón de su estado o de sus delitos no podían merecer confianza de la ley”*.

De acuerdo con ello contempla el artículo 16 del Código de Procedimiento Penal *“no puede ejercitar la acción pública penal:*

1. *El que fuere criminal o civilmente responsable del delito materia del proceso;*
2. *El procesado o condenado por delito de igual o mayor gravedad que aquél de que se trata; y*
3. *El que ha perjurado o recibido paga por acusar, en el mismo juicio o en otro distinto.*

Sin embargo, excepcionalmente el inciso final del artículo 16, respecto de las personas que se encuentran afectas a las inhabilidades de los números 2 y 3, las faculta para el ejercicio de la acción penal pública siempre que se trate de delitos cometidos:

- contra ellas
- contra sus ascendientes legítimos o ilegítimos
- contra sus descendientes legítimos o ilegítimos
- contra sus hermanos legítimos o ilegítimos

Finalmente, respecto de las prohibiciones o inhabilidades absolutas debemos tener presente que ellas se relacionan sólo con el ejercicio de la acción penal pública y no alcanza ese impedimento al ejercicio de la acción penal privada.

4. EL DEBER DE EJERCICIO O
CARÁCTER FACULTATIVO DE SU EJERCICIO.
PERSONAS QUE DEBEN O PUEDEN EJERCER LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

La regla general en nuestro derecho es que el ejercicio de la acción penal pública es obligatoria para el Ministerio Público y facultativa para las demás personas que determine la ley.

Al efecto, prescribe el artículo 53 en su inciso 2° que “La acción penal pública para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial *deberá ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Podrá ser ejercida, además, por las personas que determine la ley*, con arreglo a las disposiciones de este Código. Se concede siempre acción penal pública para la persecución de los delitos cometidos contra menores de edad.”⁸

El artículo 77 contempla la obligación de los fiscales de ejercer y sustentar la acción penal pública. Ello implica que por regla general, rige el principio de la legalidad en la persecución, y excepcionalmente y sólo en los casos previstos por la ley puede no iniciarse o ponerse término al ejercicio de la acción penal, dentro de los cuales cabe destacar el archivo provisional por falta de antecedentes (artículo 167), los casos en que puede no iniciar investigación por no ser los hechos denunciados constitutivos de delitos o encontrarse extinguida la responsabilidad penal (artículo 168), el principio de oportunidad (artículo 170), suspensión condicional del procedimiento (artículo 237), acuerdos reparatorios (artículo 241) y decisión de no perseverar en la investigación (artículo 248 letra c)).

En el actual sistema procesal penal la investigación nunca puede ser iniciada de oficio por parte de un tribunal, pudiendo sólo ordenar el juez de garantía que se inicie ésta si la víctima deduce ante ese tribunal la querrela respectiva (artículo 112 inciso 2°).

Adicionalmente, si el fiscal ordenare el archivo provisional o ejerciere su facultad de no iniciar la investigación en los casos previstos en el artículo 168, en cuyo caso si la víctima ejerce la querrela y el juez la admite a tramitación, el fiscal debe seguir adelante la investigación conforme a las reglas generales (artículo 169). Finalmente, cuando el tribunal rechaza la decisión del Ministerio Público de aplicar el principio de oportunidad, éste debe continuar con la persecución penal (artículo 170).

En consecuencia, salvo el Ministerio Público, en general, como hemos visto las personas que determina la ley se encuentran facultadas y no obligadas de ejercer la acción penal.

Sin embargo, excepcionalmente se contempla la obligación de denunciar, pero no de querrellarse respecto de la comisión de ciertos delitos, que tomen conocimiento

⁸ Respecto de la acción penal privada su ejercicio se encuentra vedado al Ministerio Público, revisitando su ejercicio el carácter facultativo sólo para la víctima. Al efecto, dispone el inciso 3° del artículo 53 que “La acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima”.

las personas que se contemplan en el artículo 175, materia a la cual nos referiremos al tratar de la denuncia.

5. PERSONAS EN CONTRA DE LAS CUALES PUEDE EJERCERSE LA ACCIÓN PENAL

Los requisitos que deben concurrir respecto de una persona para que se pueda ejercer en su contra la acción penal dentro del proceso, que conduzca a la dictación de una sentencia definitiva, son las siguientes:

- a) Debe tratarse de una persona natural.
- b) Debe estar vivo.
- c) Debe ser personalmente responsable del delito o cuasidelito.
- d) Debe tratarse de una persona imputable.
- e) Debe estar presente en el juicio.
- f) Deben haberse llevado a cabo los procedimientos previos o antejuicios contemplados en ciertos casos para que una persona sea juzgada penalmente.

A continuación, nos referiremos brevemente a cada uno de ellos.

a) Debe tratarse de una persona natural

En nuestro Derecho no se han contemplado sanciones penales respecto de las personas jurídicas, encontrándose éstas excluidas de la responsabilidad penal, sin perjuicio que ella se pueda hacer efectiva respecto de las personas que las hubieren actuado en la comisión de un hecho delictivo, y la responsabilidad civil respecto de la corporación que se hubiere beneficiado con el mismo.

Al efecto, establece el inciso segundo del artículo 58 que “*La responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las personas jurídicas responden los que hayan intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare*”.

En la actualidad, la regla general acerca de que *la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales prevista en el artículo 58 y los diversos principios que de ella se extraen que hemos visto precedentemente*, reconoce las excepciones previstas en la Ley N° 20.393, publicada en el Diario Oficial de 2 de diciembre de 2009. En ese cuerpo legal se prevé la responsabilidad penal de algunas personas jurídicas y sólo respecto de determinados delitos, remitiéndonos a lo señalado en el párrafo VI 2 A del Capítulo Segundo.

b) Debe estar vivo

La muerte de la persona natural que hubiere participado en la comisión de un delito genera la extinción de la responsabilidad penal conforme al N° 1 del artículo 93 del Código Penal, y de allí que la muerte del imputado genera el término del proceso penal que se hubiere iniciado mediante la dictación de un sobreseimiento definitivo conforme a lo previsto en el artículo 250 letra c).

c) Debe ser personalmente responsable del delito o cuasidelito

En materia penal, sólo se puede sancionar a quien haya tenido algún grado de participación en el hecho delictivo en la forma configurada por la ley como autor, cómplice o encubridor.

Al efecto, establece el inciso primero del artículo 58 que *“la acción penal, sea pública o privada, no puede entablarse sino contra las personas responsables del delito”*.

d) Debe tratarse de una persona imputable

Al efecto, debemos tener presente que en el artículo 10 del Código Penal se establece la exención de la responsabilidad penal respecto de las personas y las situaciones que en ese precepto se contemplan. Las causales de exención de responsabilidad penal más resaltantes son las relativas al loco o demente y al menor 18 años.⁹

e) Debe estar presente en el juicio

Por regla general, un proceso penal no se puede llevar a cabo respecto de una persona que no se encuentre física y mentalmente presente en el juicio.

Respecto de los ausentes es menester que se lleve a cabo el procedimiento contra ausentes conforme a las normas previstas en el Título II del Libro I del CPP, las que conducen por regla general una vez determinada la situación de rebelde en el proceso y concluida la investigación a la dictación de un sobreseimiento temporal conforme a lo previsto en el artículo 101 en relación con el artículo 252 letra b).

En relación con las personas que caen en estado de enajenación mental, luego de la comisión del delito y durante el curso del proceso penal, ello conduce a la dictación de un sobreseimiento temporal conforme a lo previsto en el artículo 252 letra c), de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto.

*f) Deben haberse llevado a cabo los
procedimientos previos o antejuicios contemplados
en ciertos casos para que una persona sea juzgada penalmente*

Como ejemplos de procedimientos previos o antejuicios podemos citar la querrela de capítulos y el desafuero. Además cabe tener presente que en algunos casos se contempla la instancia civil previa, ya sea para configurar el delito o crear una condición objetiva de punibilidad, como acontece en el delito de giro doloso de cheques con la notificación del protesto en sede civil para que consigne fondos dentro de tercero día.

⁹ Este artículo fue modificado por la Ley N° 20.084, de 5 de diciembre de 2005, que estableció un nuevo régimen de responsabilidad penal adolescente.

6. CARACTERÍSTICAS DE LA ACCIÓN PENAL PÚBLICA

Respecto de la acción penal se ha señalado que concurren las siguientes características:

- a) Necesaria
- b) Indivisible
- c) Irretractable
- d) Su ejercicio no debe ser caucionado.
- e) Puede generar responsabilidades penal y civiles
- f) Prescriptible
- g) Abandonable por parte del querellante.

a) Necesaria

El aparato jurisdiccional del Estado, al conocerse de la existencia de un hecho que reviste caracteres de delito, debe indefectiblemente ponerse en movimiento para su investigación y represión.

Debemos tener presente que conforme a lo previsto en el artículo 53 del CPP, en la acción penal pública se encuentra representada toda la sociedad a través de su ejercicio por el Ministerio Público y que la pretensión punitiva le corresponde al Estado.

De acuerdo con ello, la acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida (artículo 56 inciso 1º) y se contempla la obligación de su ejercicio respecto del Ministerio Público en el artículo 53 del CPP, encontrándose expresamente prohibida la renuncia del ejercicio de la acción pública al Ministerio Público conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 56.

b) Indivisible

A través del ejercicio de la acción penal pública se persigue la responsabilidad de todos los que intervienen en la comisión del hecho punible, no permitiéndose que quien resuelva ejercerla decida actuar en contra de sólo algunos de los responsables de la comisión del hecho punible, pretendiendo con ello dejar en la impunidad a los otros partícipes no comprendidos en ella.

c) Irretractable

El carácter irretractable de la acción penal pública significa que ella no se extingue por la renuncia o el desistimiento de ella una vez ejercida por quien la haya hecho valer en el proceso penal actuando a nombre de la sociedad.

En primer lugar, es menester tener presente que la acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida conforme a lo previsto en el artículo 56.

En segundo lugar, en lo que dice relación con el Ministerio Público, sus oficiales tienen prohibido renunciar de antemano, expresa o tácitamente, al ejercicio de la acción pública, en los casos en que ella es procedente conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 56, y por otra parte, el Ministerio Público no puede desistirse de la querella o acusación intentada; sin perjuicio de contemplarse el principio de oportunidad (artículo 170) y la suspensión condicional del procedimiento (artículo 237) como formas de poner término al proceso penal, pudiendo además el Ministerio Público luego del cierre de la investigación proponer al juez de garantía el sobreseimiento definitivo o temporal u comunicarle su decisión de no perseverar en el procedimiento (artículo 248).

Finalmente, en cuanto al desistimiento que puede efectuarse respecto de la acción penal pública por parte del querellante debemos tener presente que éste es posible en cualquier momento del procedimiento de conformidad a lo previsto en el artículo 118. Sin embargo, tal desistimiento del querellante, respecto de la querella deducida respecto de un delito de acción penal pública no produce la extinción de la pretensión penal ni el término del proceso, sino que tan sólo el dejar querellante de ser parte en el proceso, el que continúa adelante sin su participación, sin perjuicio de tomar a su cargo las costas propias y quedando sujeto a la decisión general sobre costas que dictare el tribunal al finalizar el procedimiento.

No obstante que el querellante hubiere desistido dejando de ser parte en el proceso penal, es menester tener presente que no por ello deja de estar exento de la obligación de comparecer al tribunal cuando el Ministerio Público lo creyere necesario. Además, el desistimiento de la querella deja a salvo el derecho del querellado para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieren lugar la querella o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas, salvo el caso en que el querellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante, todo ello conforme a lo establecido en el artículo 119.

d) Su ejercicio no debe ser caucionado¹⁰

En el nuevo proceso penal no se contempla la obligación de caucionarse por el querellante el ejercicio de la acción penal pública mediante la rendición de la fianza de calumnia.

Ello resulta de toda lógica atendido a que la acción penal pública sólo puede ser ejercida por parte de la víctima y el Ministerio Público.

¹⁰ En el antiguo sistema penal se contempla la regla inversa. Conforme al artículo 22 del Código de Procedimiento Penal se establece que el que ejercita la acción pública está obligado a afianzar las resultas del juicio. Concordante con ello, se contempla el requisito del querellante de ofrecer fianza de calumnia en su querella (artículo 94 N° 6) cuya cuantía determina el tribunal y debe ser constituida antes de darse curso a la querella (artículo 98). Excepcionalmente, se encuentran exentos de la obligación de rendir fianza de calumnia las personas enumeradas en el artículo 100 del mismo cuerpo legal.

e) El que ejerce la acción penal pública es responsable penal y civilmente en caso de resultar ella calumniosa¹¹

La persona que ejercer la acción penal pública, sea por medio de una denuncia o una querrela es responsable del delito de acusación calumniosa en caso de ser falsos los hechos que en ella se le imputan, sin perjuicio de asumir la responsabilidad civil consiguiente (artículos 118 y 178 del CPP y 211 del Código Penal).¹²

El Ministerio Público se encuentra sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pudiere afectarle por el ejercicio infundado o arbitrario de la acción penal (artículo 11 LOC Min. Público). Tratándose de la responsabilidad civil, el artículo 5º de la LOC Min. Público dispone que “*El Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público*”.¹³

Finalmente, es menester tener presente la responsabilidad civil que asume el Estado conforme a lo previsto en la letra i) del N° 7 del artículo 19 de la Constitución Política, respecto de aquel que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, una vez que se hubiere dictado el sobreseimiento definitivo o la sentencia absolutoria,

f) La acción penal prescribe

De acuerdo al artículo 94 del Código Penal la acción penal prescribe luego de transcurrido un determinado lapso de tiempo, que es variable según la gravedad del delito¹⁴ y que se aumenta en caso de ausencia del país en la forma contemplada en el artículo 100 de ese cuerpo legal. El plazo de prescripción de la acción penal se cuenta desde el día en que se hubiere cometido el delito conforme al artículo 95 del mismo Código.

¹¹ Cuestión distinta de la denuncia o querrela calumniosa es la situación de la calumnia o injuria causada en juicio, que contempla el artículo 426 del Código Penal. Ambas conductas por su gravedad requieren, para ser sancionadas penalmente, que se declare por el tribunal que conoce de la causa que ellas dan mérito para proceder criminalmente y no a su mero juzgamiento disciplinario. En ambos casos, no es posible entablar la acción sino después de terminado el litigio en que se causó la calumnia o injuria.

¹² Artículo 211 C. Penal. “*La acusación o denuncia que hubiere sido declarada calumniosa por sentencia ejecutoriada, será castigada con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, cuando versare sobre un crimen, con presidio menor en su grado medio y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, si fuere sobre simple delito, y con presidio menor en su grado mínimo y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales, si se tratare de una falta*”.

¹³ Ver el apartado relativo a la responsabilidad por el error judicial, contenido en el Capítulo Primero de esta obra.

¹⁴ El plazo de prescripción es de 15 años, tratándose de crímenes a que la ley impone la pena de presidio, reclusión o relegación perpetuos; 10 años, respecto de los demás crímenes; 5 años, tratándose de simples delitos y 6 meses, respecto de las faltas.

La prescripción de la acción penal se interrumpe, perdiéndose el tiempo transcurrido, siempre que el delincuente comete nuevamente un crimen o simple delito conforme al artículo 96 del Código Penal.

Además, la prescripción se suspende desde la formalización de la investigación (artículo 233 letra a), sin perjuicio que si transcurrido el plazo de dos años desde la formalización o el menor plazo judicial fijado por el tribunal, y apercibido el Fiscal para decretar el cierre de la investigación no lo hiciere, se decretará el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 247 inciso 3°).

Finalmente, si el imputado se presentare o fuere habido antes de completar el tiempo de la prescripción de la acción penal, pero habiendo transcurrido la mitad de que se exige en sus respectivos casos para tales prescripciones deberá el tribunal considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 en la imposición de la pena según lo previsto en el artículo 103 del C. Penal. Esta regla no se aplica a las prescripciones de las faltas y especiales de corto tiempo (media prescripción).

En tanto no se hubiere producido la intervención del juez de garantía en el procedimiento, el fiscal podrá abstenerse de toda investigación, cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitieren establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. Esta decisión será siempre fundada y se someterá a la aprobación del juez de garantía (artículo 168), sin perjuicio del derecho de la víctima de podrá provocar la intervención del juez de garantía deduciendo la querella respectiva (artículo 169).

En el evento de presentarse una querella ante el juez de garantía para hacer efectiva una responsabilidad penal que se encuentre prescrita, lo que apareciere de manifiesto de los antecedentes contenidos en ella, previa citación del Ministerio Público, puede no ser admitida a tramitación (artículo 114 letra d).

En caso de acreditarse la prescripción de la acción penal durante el curso del proceso, procederá que el tribunal dicte, una vez agotada la investigación, un sobreseimiento definitivo (artículos 93 N° 6 del C. Penal en relación con los artículos 248 y 250 letra d).

g) La acción penal pública es abandonable por parte del querellante

El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará abandonada la querella por quien la hubiere interpuesto:

- a) Cuando no adhiriere a la acusación fiscal o no acusare particularmente en la oportunidad que correspondiere;
- b) Cuando no asistiere a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada, y
- c) Cuando no concurriere a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

La resolución que declare el abandono de la querella será apelable, sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento.

La resolución que negare lugar al abandono será inapelable (artículo 120).

La declaración del abandono de la querella impedirá al querellante ejercer los derechos que en esa calidad le confiere el Código (artículo 121).

III. LA ACCIÓN PENAL PREVIA INSTANCIA PARTICULAR

1. CONCEPTO

La acción penal previa instancia particular, también conocida en el antiguo sistema procesal penal como acción penal mixta, es aquella que requiere a lo menos de una denuncia de parte de la persona ofendida con el delito o de las otras personas establecidas en la ley para que se pueda dar inicio al proceso penal, pero una vez formulada ella permite que el proceso continúe tramitándose de acuerdo con las reglas que rigen el proceso de acción penal pública.

Al efecto, nos señala el inciso 1º del artículo 54 que *“En los delitos de acción pública previa instancia particular no podrá procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía”*.

Sin embargo, a falta del ofendido por el delito, podrán denunciar el hecho las personas indicadas en el inciso segundo del artículo 108, de conformidad a lo previsto en esa disposición.

Si el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia, o cuando quienes pudieren formularla por él se encontraren imposibilitados de hacerlo o aparecieren implicados en el hecho, el Ministerio Público podrá proceder de oficio.

Iniciado el procedimiento respecto de los delitos de acción penal previa instancia particular, éste se tramitará de acuerdo con las normas generales relativas a los delitos de acción pública.

2. DELITOS DE ACCIÓN PENAL PREVIA INSTANCIA PARTICULAR

De conformidad a lo previsto en el artículo 54, revisten el carácter de delito previa instancia particular, los siguientes delitos:

- a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5º, del Código Penal;¹⁵
- b) La violación de domicilio;
- c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;¹⁶
- d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;

¹⁵ Lesiones menos graves y leves.

¹⁶ Aplicable a abogados y procuradores, profesiones con título y empleados públicos.

- e) Los previstos en la Ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;
- f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y
- g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa.

En consecuencia, en el artículo 54 se modifican y amplía el número de delitos a los cuales se atribuye el carácter de delitos de acción pública previa instancia particular en relación con el antiguo procedimiento penal.

Por otra parte, debemos tener presente que dentro de esas otras leyes a que se refiere la letra g) del artículo 54, se encuentra el actual artículo 369 del Código Penal, establece que *“No se puede proceder por causa de los delitos previstos en los artículos 361 a 366 quáter (violación, estupro y otros delitos), sin que a lo menos se haya denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía por la persona ofendida o por su representante legal”*.

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

Con todo tratándose de víctimas menores de edad, se estará a lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 53 del CPP, esto es, debemos entender que en estos casos estamos en presencia de acción penal pública que es la que se concede para perseguir los delitos cometidos por menores de edad.

Los receptores de la denuncia son los tribunales de justicia, entendiendo por tales a aquellos que ejercen jurisdicción en materia penal, la policía o el Ministerio Público.

El efecto es que formulada la denuncia por las personas antes señaladas se da inicio al proceso el que debe tramitarse de acuerdo con las normas de la acción penal pública.

Excepcionalmente, se contempla actualmente en ese artículo 369 que en caso de que un cónyuge o conviviente cometiere alguno de los delitos previstos en los artículos 361 (violación) y 366 N° 1 (realizarse una acción sexual distinta del acceso carnal con una persona mayor de doce años usando fuerza o intimidación, si la víctima se halla privada de sentido, o cuando se aprovecha su incapacidad para oponer resistencia, o si se abusa de la enajenación o trastorno mental de la víctima) en contra de aquél con quien hace vida en común, se aplicarán las siguientes reglas:

1° Si sólo concurriera alguna de las circunstancias de los numerandos 2° ó 3° del artículo 361, no se dará curso al procedimiento o se dictará sobreseimiento definitivo, a menos que la imposición o ejecución de la pena fuere necesaria en atención a la gravedad de la ofensa infligida.

2º Cualquiera sea la circunstancia bajo la cual se perpetre el delito, a requerimiento del ofendido se pondrá término al procedimiento, a menos que el juez no lo acepte por motivos fundados”.

Además se contempla una norma especial en cuanto a la apreciación de la prueba en el nuevo artículo 369 bis del Código de Procedimiento Penal, al señalarnos que en los procesos por los delitos a que se refieren los dos párrafos anteriores (De la violación y del estupro y otros delitos sexuales), el juez apreciará la prueba conforme con las reglas de la sana crítica”.

Finalmente, se contempla expresamente un poder cautelar especial en el artículo 372 ter, nuevo del Código Penal, al prescribir que en los delitos establecidos en los dos párrafos anteriores (De la violación y del estupro y otros delitos sexuales), el juez podrá en cualquier momento, a petición de parte, o de oficio por razones fundadas, disponer las medidas de protección del ofendido y su familia que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al tribunal; la prohibición de visitar el domicilio, el lugar de trabajo o el establecimiento educacional del ofendido; la prohibición de aproximarse al ofendido o a su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

Tratándose de los delitos de maltrato habitual contemplados en la Ley de Violencia Intrafamiliar N° 19.325 ellos se sancionan con la pena de presidio menor en su grado mínimo, entendiéndose por tales, todos aquellos actos de violencia física o psíquica que no sea constitutivo de un delito de mayor gravedad.

Conforme a lo previsto en el inciso final del artículo 14 de dicha ley, se prevé que el Ministerio Público sólo podrá dar inicio a la investigación por el delito de maltrato habitual, si el respectivo Juzgado de Familia le ha remitido los antecedentes conforme con lo previsto en el artículo 90 de la Ley N° 19.968 sobre Tribunales de Familia.¹⁷

Esta exigencia sólo rige exclusivamente para delitos de maltrato habitual, pero no es aplicable respecto de otros delitos de mayor gravedad, aunque se hayan producido en el contexto de violencia intrafamiliar, respecto de los cuales el Ministerio Público debe actuar de oficio, por denuncia o querrela conforme a las reglas generales.

En este caso, se puede incluso antes de la formalización disponer por el juez la adopción de las medidas cautelares necesarias conforme a lo previsto en el artículo 15 de la Ley N° 19.325, además de las medidas accesorias previstas en el artículo 9º de ese cuerpo legal, las que tendrán la duración y pueden ser prorrogadas según lo dispuesto en el artículo 16 de esa ley.

Para la suspensión condicional del procedimiento deben disponerse una o más de las medidas contempladas en el artículo 9º de la Ley N° 19.325, sin que en esos

¹⁷ Véanse oficios del Fiscal Nacional. Modificaciones al proceso penal (Ley N° 20.074. Ley Violencia Intrafamiliar. Responsabilidad Penal Adolescente. Oficio N° 551 de 29.9.2005. Págs. 159 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. Marzo 2007. Santiago. Chile.

procesos reciba aplicación los acuerdos reparatorios (artículo 19). En dichos procesos el SERNAM puede asumir en casos calificados la representación de la víctima.

IV. LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

1. CONCEPTO

La acción penal privada es aquella que se debe ejercitar exclusivamente por la parte víctima para los efectos de requerir que el Estado haga efectiva la pretensión punitiva por la comisión de un delito que no puede perseguirse de oficio.

Se encuentra contemplada en el inciso 2º del artículo 53, al indicarnos que la acción penal privada *sólo podrá ser ejercida por la víctima.*

En la regulación de la acción penal privada existe una cierta asimilación con la acción civil, manifestando incluso el legislador una cierta animadversión hacia ella al generar diversas instituciones que conllevan a la extinción de la pretensión penal en forma más drástica incluso que respecto de la acción civil.

Esta verdadera asimilación de la acción penal privada se demuestra por ejemplo en la regulación del trámite de conciliación obligatoria, en que la inasistencia del querellante personalmente o a través de un mandatario con facultades para llegar a acuerdo al comparendo de conciliación genera el desistimiento de la acción penal conforme a lo previsto en el artículo 402 y en la regulación del abandono de la acción penal privada, la cual es más drástica incluso que el abandono del procedimiento civil, por cuanto el plazo es de treinta días, puede ser declarado de oficio y produce el efecto de extinción de la pretensión penal de acuerdo a lo establecido en el artículo 402.

2. PERSONA QUE PUEDE EJERCER LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

La acción penal privada se caracteriza porque:

- a) Sólo puede ser ejercida por una persona capaz de comparecer en juicio.
- b) Debe ser ejercida sólo por la víctima.

Al efecto, establece el artículo 55 que la acción penal privada “no podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos...”.

c) La persona que ejerce la acción penal privada sólo es necesario que no se encuentre afecta a una inhabilidad relativa para querellarse (artículo 116).

d) La acción penal privada sólo puede ser ejercida mediante la interposición de una querrela.

El artículo 400 establece perentoriamente respecto del procedimiento de acción penal privada que “el procedimiento comenzará sólo con la interposición de la querrela por la persona habilitada para promover la acción penal antes el juez de garantía competente”.

Concordante con ello, el inciso 3º del artículo 53 nos señala que la acción penal privada sólo podrá ser ejercida por la víctima, y el artículo 55 prescribe respecto de dicha acción que “no podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones

que nacen de los siguientes delitos...”, es decir, en otras palabras, que no puede ser ejercida por el Ministerio Público o por una persona distinta de la víctima.

c) El que ejercite la acción penal privada, al tener como único medio para hacerla efectiva la querella, debe dar cumplimiento a los requisitos del *ius postulandi*.

Respecto del sujeto en contra del cual se puede ejercer la acción penal privada, resulta aplicable todo lo señalado respecto de la acción penal pública.

La única salvedad consiste, respecto de los delitos de acción penal privada, al igual que como acontece con el procedimiento simplificado, es que la rebeldía del querellado luego de notificado de la querella no impide que el juicio se tramite hasta llegar a la dictación de la sentencia definitiva conforme a lo establecido en el artículo 396, aplicable por la remisión que efectúa el artículo 405.

3. DELITOS RESPECTO DE LOS CUALES SE CONTEMPLA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL PRIVADA

De acuerdo a las diversas modificaciones que introducidas en el tiempo, ya sea en forma directa o consecucionalmente por la modificación de los tipos penales, se ha sido la de ir reduciendo cada vez más los delitos respecto de los cuales se contempla el ejercicio de la acción penal privada (lo mismo vale decir respecto de los delitos que requieren previa instancia particular o mixta).

El artículo 55 se encarga de contemplar los delitos respecto de los cuales se contempla el ejercicio de la acción penal privada, contemplando actualmente sólo cuatro casos de delitos, al señalarnos que “*No podrán ser ejercidas por otra persona que la víctima, las acciones que nacen de los siguientes delitos:*”

- a) La calumnia y la injuria;
- b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal;¹⁸
- c) La provocación a duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado, y
- d) El matrimonio del menor llevado a efecto sin el consentimiento de las personas designadas por la ley y celebrado de acuerdo con el funcionario llamado a autorizarlo.

Sin perjuicio de ello, es posible que en leyes especiales se califiquen a determinados delitos como de acción penal privada.

Como un ejemplo de esta situación podemos mencionar el artículo 38 de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, en virtud de la cual según la modificación introducida al artículo 42 de la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques, se confiere acción penal privada al tenedor del cheque, por las siguientes causales de protesto:

... Si el librador no cuenta de antemano con fondos o créditos disponibles suficientes en su cuenta corriente o si el librador hubiere retirado los fondos disponibles después de expedido el cheque (protesto por falta de fondos).

¹⁸ Injuria liviana.

– Si el librador hubiere girado el cheque sobre cuenta cerrada (protesto por cuenta cerrada).

Es conveniente hacer presente que el resto de los delitos previstos en el artículo 22 de la ley continúan siendo de acción penal pública, bajo las condiciones señaladas en el inciso segundo del precitado artículo 42.¹⁹

4. CARACTERÍSTICAS

Respecto de la acción penal privada se contemplan las siguientes características:

a) La acción penal privada es retractable

La acción penal privada es retractable, puesto que se extingue la pretensión penal privada por la renuncia y el desistimiento de la parte ofendida con el delito.

La renuncia de la acción penal privada puede ser expresa y tácita o presunta.

A la renuncia expresa se refiere el inciso segundo del artículo 56, al señalar que se extinguen por renuncia la acción penal privada y la civil derivada de cualquiera clase de delitos.

A la renuncia tácita o presunta se refiere el artículo 66, al señalarnos que cuando se ejercite sólo la acción civil respecto de un hecho punible de acción privada se considerará extinguida, por esa circunstancia, la acción penal. Para estos efectos no constituirá ejercicio de la acción civil la solicitud de diligencias destinadas a preparar la demanda civil o a asegurar su resultado, que se formule en el procedimiento penal.

Por otra parte, se contempla expresamente el desistimiento de la acción penal privada y su efecto de poner término al proceso penal y extinguir la acción penal privada.

Al efecto, en el artículo 118, se prevé expresamente que “*el querellante podrá desistirse de la querella en cualquier momento del procedimiento*”.

Respecto de la tramitación del desistimiento nos indica el artículo 401 que “*no se dará lugar al desistimiento de la acción privada si el querellado se opusiere a él*”, por lo que necesariamente el desistimiento deberá tramitarse como un incidente para que el querellado pueda ejercer su derecho de oponerse a él que le brinda la ley.

En cuanto al efecto que provoca la sentencia que acoge el desistimiento nos es otro que el de poner término al juicio y extinguir la pretensión penal privada, debiendo el tribunal decretar el sobreseimiento definitivo y condenar en costas al querellante. Excepcionalmente, no se condenará en costas al querellante cuando el desistimiento obedeciere a un acuerdo con el querellado.

Además, cabe tener presente que respecto de la acción penal privada es aplicable también el artículo 119 según el cual el desistimiento de la querella deducida respecto de un delito de acción pública o privada deja a salvo el derecho del querellado para ejercitar, a su vez, contra el querellante la acción penal o civil a que dieren lugar la

¹⁹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. *Análisis de Leyes Complementarias a la Reforma Procesal Penal*. Pág. 156. Ministerio Público. Fiscalía Nacional.

querella o acusación calumniosa, y demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes. Se exceptúa el caso de que el querellado haya aceptado expresamente el desistimiento del querellante.

b) La acción penal privada es transigible

De acuerdo con el 1º del artículo 401 si la acción fuere privada, podrá ponerse término al juicio mediante un acuerdo o transacción, y en tal caso, el querellado no será condenado en costas al decretarse el sobreseimiento definitivo.

Además se contempla expresamente el trámite de la conciliación obligatoria, el que de alcanzarse produce el término del proceso (artículo 404).

c) La acción penal privada se extingue por el perdón del ofendido

El artículo 93 N° 5 del Código Penal prescribe que la responsabilidad penal se extingue: N° 5 Por el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos respecto de los cuales la ley sólo concede acción privada.

Acreditándose en el proceso que se ha verificado el perdón de la parte ofendida cabe que se dicte en el proceso un sobreseimiento definitivo conforme a lo prescrito en el artículo 250 letra e).

d) La acción penal privada es divisible

La regla general en la acción penal privada, en caso de existir pluralidad de sujetos responsables del delito, es que el querellante puede excluir a uno o más de ellos al ejercitarla.²⁰

e) La acción penal privada es abandonable

El artículo 402 contempla la institución del abandono de la acción penal privada al señalarnos.

Esta declaración, que deberá hacerse de oficio o a petición de parte, producirá los efectos del sobreseimiento definitivo

Lo mismo se observará si, habiendo muerto o caído en incapacidad el querellante, no ocurren sus herederos o sus representantes legales a sostener la acción dentro del término de noventa días.

²⁰ Al respecto debemos tener presente que, excepcionalmente se contemplaba la indivisibilidad de la acción penal en los delitos de adulterio y amancebamiento en los N°s. 4 y 5 del artículo 18 del antiguo Código de Procedimiento Penal, al requerirse que el querellante no sólo dirigiera su acción contra la mujer sino que también en contra del adultero a menos que uno hubiera muerto, situación que también se exigía respecto del adultero y su manceba en el delito de amancebamiento. En la actualidad esta situación no tiene vigencia al haberse suprimido los N°s. 4 y 5 del artículo 18 del Código de Procedimiento Penal que consagraban el ejercicio de la acción penal privada respecto de adulterio y amancebamiento por la Ley N° 19.335, publicada en el Diario Oficial de 23.9.1994

Este sobreseimiento no obsta para que el ofendido persiga por la vía civil las indemnizaciones que se le deben.

La institución del abandono de la acción penal privada es mucho más drástica en su regulación que el abandono del procedimiento en el procedimiento civil como se aprecia del siguiente cuadro comparativo:

	Abandono acción penal privada	Abandono del procedimiento
Sujeto Activo	Cualquiera parte o de oficio por el tribunal	Sólo el demandado
Plazo inactividad	30 días corridos	6 meses
Efecto	Extingue la acción penal privada. Sobreseimiento definitivo.	Pone término al procedimiento, pero no extingue la pretensión civil.

Por otra parte, no debemos confundir el abandono de la querella, contemplado en el artículo 120 que rige respecto de los delitos de acción pública y previa instancia particular, pero no respecto de los delitos de acción penal privada, con el abandono de la acción penal privada.

El abandono de la querella se produce por la falta de adhesión a la acusación fiscal o no haber acusado particularmente o la inasistencia a las audiencias de preparación de juicio oral o juicio oral, situaciones que no se presentan respecto del procedimiento de acción penal privada que se tramita conforme a las normas del procedimiento simplificado.

Por otra parte, el abandono de la querella sólo hace que el querellante pierda su calidad de parte en el proceso penal sin que pueda por ello ejercer sus derechos de tal. De acuerdo con ello, el abandono de la querella no genera el término del proceso penal, que continuará con el Ministerio Público y el imputado como tampoco la extinción de la pretensión penal que le pertenece a la sociedad y no al querellante. En cambio, como hemos visto, el abandono de la acción penal privada extingue la acción penal privada, debiendo dictarse un sobreseimiento definitivo en la causa.

V. LA ACCIÓN CIVIL EN EL PROCESO PENAL

A la acción civil dentro del proceso penal se refieren los artículos 6º, 59 a 68, 78 letra c), 109 letra c), 157, 158, 189, 238 letra e) 240, 241, 242, 243, 244, 261 letra d), 262, 273, 277 letra c), 324, 242 letra e), 347, 393 inciso 2º, 405, 412, 472, 479, todos ellos del CPP.²¹

²¹ Véase ROJAS VALDEBENITO, SONIA-ROJAS AGUIRE, LUIS-PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. "Las acciones civiles en la reforma procesal penal". *La víctima y el testigo en la Reforma Procesal Penal*. Págs. 241 y Sgtes. Editorial Fallos del Mes. 2003.

1. CONCEPTO

La acción civil es aquella que se ejerce en el proceso penal para obtener la restitución de objetos recogidos o incautados o que es deducida por la víctima en contra del imputado para perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible (artículo 59).

2. CLASIFICACIÓN

De acuerdo a la pretensión cuya satisfacción se persigue mediante el ejercicio de la acción civil, ella se puede clasificar en acción civil indemnizatoria y acción civil meramente restitutoria.

3. LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA

La acción civil indemnizatoria es aquella que persigue hacer efectiva las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible mediante el pago de indemnizaciones especiales que para ciertos delitos establece la ley o la indemnización general de acuerdo con las normas de responsabilidad extracontractual.

En consecuencia, dentro de la acción civil indemnizatoria podemos distinguir las acciones indemnizatorias generales y las acciones indemnizatorias especiales.

3.1. Las acciones civiles indemnizatorias especiales

Son aquellas encaminadas a obtener ciertas prestaciones económicas establecidas en la ley respecto de determinados hechos delictuosos.

A modo meramente ejemplar podemos señalar que ello ocurre:

a) En los delitos de violación y otros delitos sexuales, en los cuales conforme al artículo 370 del Código Penal, fijado por la Ley N° 19.671, se contempla *“además de la indemnización que corresponda conforme a las reglas generales, el condenado por los delitos previstos en los artículos 361 a 366 bis será obligado a dar alimentos cuando proceda de acuerdo a las normas del Código Civil”*.

b) En los delitos de homicidio, lesiones y duelo, en los cuales se contempla el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 410 del Código Penal.

c) En los delitos de celebración de matrimonios ilegales, en los cuales se contempla el pago de la indemnización prevista en el artículo 389 Código Penal.

3.2. Las acciones indemnizatorias generales

Son aquellas que tienen por objeto la indemnización de daños que ocasiona el hecho ilícito que configura un delito o cuasidelito civil de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y siguientes, Título XXXV, Libro IV, C. Civil).

En todo caso, es menester tener presente que el único sujeto activo que se encuentra legitimado activamente para deducir la demanda civil en el proceso penal

es la víctima, debiendo ejercerse esa acción civil indemnizatoria exclusivamente en contra del imputado, quien es el único legitimado pasivamente para ser demandado dentro de dicho proceso.

En consecuencia, en este caso de acción civil indemnizatoria ejercida por la víctima en contra del imputado nos encontramos ante un caso de competencia acumulativa o preventiva, dado que ella podrá ser deducida ante el juez civil competente conforme a las reglas generales o ante el juez del crimen a elección del demandante (artículo 59 inciso 2º). De acuerdo con ello, es que admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil (artículo 59 inciso 2º, última parte), que no es más que uno de los efectos que despliega la litispendencia.

Respecto de las otras acciones civiles indemnizatorias o reparatorias nos encontramos ante un caso competencia exclusiva de los tribunales civiles, no siendo competente para conocer de ellas el juez que conoce del proceso penal.

Al efecto, dispone el inciso final del artículo 59, que las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales, en cuyo caso resulta aplicable el procedimiento sumario, en el caso de existir sentencia penal ejecutoriada, conforme lo dispuesto en el N° 10 del artículo 680 del CPC.

En otras palabras, podemos señalar que con la regulación de la acción indemnizatoria *“queda claro que lo deseado por el legislador es que en el proceso penal se ventilen sólo acciones civiles directas entre la víctima y victimario; entre ofensor y ofendido, excluyendo la participación de terceros ajenos a esta relación, quienes deberán buscar la declaración de responsabilidades civiles de ‘no imputados’; o de quienes no fueron víctimas penales del delito, ante tribunales propios de la jurisdicción civil”*.

Dudas surgen a propósito de este último tema. Si el autor del delito daña al patrimonio fiscal directa e inmediatamente, como ocurriría con determinados hechos penales, tales como la malversación de caudales públicos, las defraudaciones, estafas en perjuicio fiscal, delitos tributarios, etc., el Fisco puede intentar la acción civil en el respectivo proceso penal dada su calidad de víctima. Pero no parece claro qué deberá ocurrir cuando, por ejemplo, como consecuencia de cuasidelito de lesiones u homicidio en accidentes de tránsito, en que existe responsabilidad solidaria civil entre el autor del ilícito y el dueño del vehículo —último éste que no es “imputado” criminalmente—, ¿podrá demandarse esa solidaridad respecto de este tercero conjuntamente con aquella propia del imputado? ¿O será necesario demandar civilmente al imputado en el proceso penal y al codeudor solidario en el proceso civil? Y en aquellos casos en que el autor del simple delito o crimen es un menor con discernimiento ¿necesariamente habrá de demandarse la responsabilidad civil del tercero —padre, madre, curador— ante la jurisdicción civil exclusivamente? Del tenor literal del precepto pareciera que estos terceros quedan excluidos de ser llamados a responder civilmente en el respectivo proceso

penal, lo que señala una marcada diferencia con el actual sistema que en principio perjudica al patrimonio del ofendido, al hacer necesaria la duplicación de acciones tendientes a la reparación del daño. A menos que se opte por intentar la acción civil respecto de todos los obligados a indemnizar, ante el juez civil competente.²²

Adicionalmente a lo anterior, dado que la acción civil indemnizatoria debe ser resuelta sólo dentro del juicio oral, y nunca dentro de un procedimiento abreviado y simplificado, y por otra parte, si cabe considerar que el juicio oral no resuelve más de un 7% de los asuntos penales, el ejercicio de la acción civil tenderá a desplazarse para ser ejercida ante los tribunales civiles, lo que para una mayor eficacia del proceso penal no sería objetivo que se estimara como indeseable.

4. LA ACCIÓN RESTITUTORIA O MERAMENTE RESTITUTORIA

Es aquella que tiene por objeto la mera restitución de la cosa sobre la cual recayó el delito o los efectos de éste o los instrumentos destinados a su comisión.

La acción “meramente restitutoria” debe ser deducida siempre y únicamente dentro del proceso ante el juez de garantía penal (artículos 59 inciso 1º y 189), encontrándonos ante un caso de competencia privativa o exclusiva de un tribunal para conocer de ella.

Los titulares de la acción restitutoria pueden ser los intervinientes o terceros, a diferencia de la acción indemnizatoria que sólo puede ser ejercida por la víctima.

El procedimiento para hacerla valer está determinado en el artículo 189. Sólo tiende a la restitución material a quien tiene derecho a la tenencia física de la cosa y no decide respecto de otros derechos sobre ella.

Cuando se trata de decidir sobre el dominio de la cosa, la acción restitutoria puede intentarse en la sede civil o en la penal. Así se desprende de la redacción del inciso segundo del artículo 10, que da el mismo tratamiento a la restitución del valor de la cosa.

5. SUJETO ACTIVO DE LA ACCIÓN CIVIL

El sujeto activo respecto de la acción civil indemnizatoria en el proceso penal es solamente la víctima, entendiéndose por tal al ofendido por el delito conforme a lo establecido en el artículo 108, que ha experimentado un daño con motivo de la comisión de un hecho punible y que opta por acudir al proceso penal para exigir su reparación.

Respecto de las cualidades que debe reunir la víctima que ejercerá la acción civil no se contempla ninguna norma especial en el CPP, por lo que deberán recibir aplicación las reglas generales sobre los requisitos para ser parte, capacidad procesal y *ius postulandi*.

²² RUIZ PULIDO, Guillermo. *La acción civil en el nuevo proceso penal*. Consultar en www.cde.cl/articulos.

La víctima de un delito no solamente puede ejercer la acción penal mediante la interposición de una querrela y con posterioridad adherirse a la acusación del Fiscal o formular una acusación particular para hacer efectiva la responsabilidad penal, sino que también puede ejercer una demanda civil por revestir también la calidad de actor civil si ha experimentado un daño con la comisión del delito que se persigue.

Además, dado que en nuestro derecho el ejercicio de la acción penal es como regla general de carácter facultativa, una víctima puede optar por actuar dentro del proceso penal sólo hacer valer su pretensión indemnizatoria pasando a revestir tan sólo el carácter de actor civil, sin ejercer la acción penal por medio de la interposición de una querrela durante la etapa de investigación, y asumiendo el carácter de acusador por medio de la adhesión a aquella planteada por el fiscal o formulando una acusación particular.

El Ministerio Público claramente no es el titular para el ejercicio de ninguna acción civil en beneficio de la víctima.

Sin embargo, se establece como misión respecto de ellos en el inciso segundo del artículo 6° del CPP, introducido por la modificación contemplada en la Ley N° 19.789 la misión consistente en que *"el fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima"*.

Creemos que esta modificación resulta inexplicable, puesto que no puede entenderse que quien no puede ejercer la acción civil como es el Ministerio Público, pueda solicitar medidas cautelares reales en beneficio de la víctima, asumiendo además que ellos deberían rendir caución para su otorgamiento al regirse dichas solicitudes por normas de las medidas prejudiciales precautorias del Código de Procedimiento Civil (véanse artículos 6° inciso 2° y 157).

6. SUJETO PASIVO DE LA ACCIÓN CIVIL

En el actual procesal penal, la acción civil indemnizatoria sólo puede ejercerse en contra del imputado y nunca respecto de las demás personas que pudieren ser civilmente responsables por los daños causados por la comisión del delito, como son los terceros civilmente responsables.

En relación con los sujetos pasivos de la acción penal reciben plena aplicación las normas de carácter general sobre capacidad por no existir ninguna norma especial sobre semejante materia.

7. OPORTUNIDAD Y TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN CIVIL INDEMNIZATORIA

Dentro del nuevo proceso penal, debemos distinguir respecto de la acción civil su fase de preparación y cautela, de interposición y depuración de vicios formales, y de discusión, prueba y fallo.

La oportunidad de preparación de la acción civil y de obtener la cautela de la pretensión indemnizatoria se contempla dentro del período de investigación, es decir, con posterioridad a su formalización.

El CPP contempla expresamente la posibilidad de actuación del actor civil durante la etapa de investigación para los efectos de preparar la demanda civil o cautelar la pretensión indemnizatoria que hará valer al deducir la demanda civil en la oportunidad correspondiente.

Al efecto, disponen los incisos 1º y 2º del artículo 61 que *“con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184.*

Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas cautelares reales previstas en el artículo 157”.

Dicha preparación de la demanda civil mediante la solicitud de diligencias preparatorias o cautelares reales, reviste particular importancia, dado que ella interrumpe la prescripción de la acción civil indemnizatoria (artículo 61 inciso final).

Sin embargo, dicha interrupción de la prescripción de la acción civil indemnizatoria se encuentra condicionada en cuanto a su mantención a que se deduzca con posterioridad oportunamente dentro del proceso penal la acción civil indemnizatoria, puesto que si así no se hiciere se considerará como no interrumpida dicha prescripción (artículo 61 inciso final).

En consecuencia, la actuación del actor civil durante la investigación requiere para que éste mantenga el carácter de parte durante las etapas siguientes de preparación de juicio oral y del juicio oral mismo, que deduzca la demanda civil en la oportunidad prevista por la ley, puesto que si no lo hace se entiende abandonada la acción civil por parte del actor civil y se pierde la interrupción de la prescripción de la acción civil que su actuación durante la fase de investigación hubiere generado, sin perjuicio de poder ejercer la acción civil ante el juez civil que fuere competente según las reglas generales.

La segunda etapa respecto de la acción civil indemnizatoria dice relación con la oportunidad para su presentación, la que se ha contemplado velando por la resolución de los vicios procesales que pudiere adolecer antes del juicio oral.

Al efecto, dispone el artículo 60 en cuanto a la oportunidad para deducir la demanda civil, que ella deberá interponerse por escrito y cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral conforme a lo previsto en el artículo 261 letra d).²³

En cuanto a la actuación del único posible demandado civil, como lo es el imputado, deberá oponer las excepciones que corresponda y contestar la demanda civil

²³ Al actor civil se le reconoce actualmente su participación en el juicio oral, tanto en el alegato de apertura como en el de clausura. Artículos 325 y 338, modificados por Ley Nº 20.074.

hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral por escrito, o al inicio de dicha audiencia en forma verbal (artículo 61 inciso 1° en relación con el artículo 263). El imputado demandado podrá, asimismo, señalar los vicios formales de que adoleciere la demanda civil, requiriendo su corrección.

En su contestación, deberá indicar cuáles serán los medios probatorios de que pensare valerse, del modo previsto en el artículo 259.

Todos los incidentes y excepciones deducidos con ocasión de la interposición o contestación de la demanda deberán resolverse durante la audiencia de preparación del juicio oral, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 270.

De conformidad a lo previsto en el artículo 270, se prevé que si no fuere posible subsanar los vicios formales de la demanda civil en la audiencia de preparación de juicio oral, el juez de garantía ordenará la suspensión de la misma por el periodo necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días. Transcurrido este plazo, si la demanda civil no hubiere sido rectificadas, se tendrán por no presentadas.

Respecto de la fase de discusión, prueba y fallo de la demanda civil deducida en tiempo y forma se contempla que ellas se verificarán todas dentro del juicio oral.

Al inicio del juicio oral se concede la palabra al actor civil para que sostenga su demanda civil y luego al acusado para que la conteste (artículos 325 inciso final y 326).

Con posterioridad, se rendirá prueba respecto de la demanda civil conjuntamente con la acusación, en el orden que determine el actor civil (artículo 328).

Sobre la materia probatoria de los aspectos civiles de las acción civil indemnizatoria y de las cuestiones prejudiciales civiles dentro del proceso penal debemos tener presente que “la prueba de las acciones civiles y de las cuestiones prejudiciales civiles en el procedimiento criminal se sujetarán a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debiere probar y a las disposiciones del CPP en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria (artículo 328).

Finalmente, la sentencia definitiva debe contener un pronunciamiento sobre las responsabilidades civiles que se hubieren hecho valer por medio del ejercicio de las acciones civiles indemnizatorias con motivo de los delitos contenidos en la acusación, fijando el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar (artículos 342 letra d) y 349).

Respecto de la ejecución, en el nuevo sistema procesal penal se contempla que la ejecución de la parte civil de la sentencia definitiva dictada dentro del proceso penal no debe ser ejecutada ante los tribunales penales, sino que ante el juzgado de letras civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

De conformidad a lo previsto en el artículo 349 del CPP, tanto en caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta”.

Por otra parte, el inciso final del artículo 171 del COT haciendo una clara excepción a la regla general de la ejecución, nos señala que será competente para conocer de

la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

En consecuencia, si se hubiere pronunciado una sentencia definitiva penal, acogiendo la demanda civil deducida por la víctima en contra del imputado, único caso en que ello es posible ante los tribunales del crimen en el nuevo sistema procesal penal, la ejecución de la sentencia civil no deberá seguirse ante ellos, sino que ante el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

El procedimiento que deberá aplicarse para obtener la ejecución de la sentencia civil se nos señala en el artículo 472 al establecer que *“en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil”*.

Ello implica que el único procedimiento que cabrá aplicar para la ejecución de esa sentencia que contempla prestaciones civiles será el juicio ejecutivo, dado que no cabe aplicar el procedimiento incidental que sólo es procedente cuando la ejecución se solicita ante el tribunal que conoció del proceso en única o primera instancia.

Debemos recordar que conforme al artículo 233 del CPC el procedimiento incidental sólo es aplicable *“cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide.”*

Constituye una situación excepcionalísima, en consecuencia, aquella que ocurre respecto de los acuerdos reparatorios. Éstos constituyen una salida alternativa, consistente en el acuerdo entre imputado y víctima a través del cual el primero satisface de algún modo las consecuencias generadas por el delito, normalmente –pero no exclusivamente– con dinero, lo que es homologado por el juez de garantía, en los casos y con las formalidades previstas en la ley, produciendo la extinción de la responsabilidad penal vía sobreseimiento definitivo, una vez cumplida las condiciones o garantizadas a satisfacción de la víctima.

Es del caso que conforme el artículo 243, respecto de los efectos civiles de los acuerdos reparatorios, se establece que ejecutoriada la resolución judicial que lo aprobare, podrá solicitarse su cumplimiento ante el juez de garantía con arreglo a lo establecido en los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, es decir, a través del procedimiento de cumplimiento incidental, de competencia del juez de garantía.

8. CARACTERÍSTICAS

La acción civil presenta las siguientes características:

- a) La competencia del tribunal se determina de acuerdo con la pretensión que se hace valer en la acción civil.

Respecto de la acción civil meramente restitutoria existe una competencia privativa o exclusiva, puesto que sólo puede conocer de ella el juez del crimen que conoce del proceso penal (artículos 59 inciso 1° CPP y 171 inciso 1° COT).

Respecto de la acción civil indemnizatoria existe una competencia acumulativa o preventiva solamente respecto de aquella que es ejercida por la víctima en contra del imputado, puesto que pueden conocer de ella tanto el juez del crimen que conoce del proceso penal como el juez civil que sea competente de acuerdo con las reglas generales (artículos 59 incisos 2° y 3° CPP y 171 inciso 2° COT). Sin perjuicio de ello, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil (artículo 59 inciso 2° última parte).

Finalmente, debemos tener presente que la acción indemnizatoria no puede ser ejercida por la víctima en contra del imputado si el hecho punible hubiere dado lugar a la aplicación del procedimiento simplificado (artículo 393 inciso 2°) o al procedimiento abreviado (artículos 68 y 412), sin perjuicio de tener presente que la acción civil puede no hacerse valer o ser resuelta dentro del juicio oral si ese procedimiento se suspende o termina antes de que hubiere comenzado el juicio oral, debiendo en tal caso hacerse valer la acción civil ante el juez civil que fuere competente conforme a las reglas generales (artículo 68).

Debemos recordar que si la acción civil indemnizatoria se hace valer ante el juez civil competente, esta puede quedar en suspenso desde que el procedimiento criminal se ha deducido acusación o formulado requerimiento, según el caso (artículo 167 CPC).

La demanda civil no puede ser deducida en el proceso penal por alguien que no fuere la víctima, aun cuando fuere afectado materialmente por el delito, y en contra de quien no fuere el imputado, sino que se pretendiere su responsabilidad por ser un tercero civilmente responsable del pago de las indemnizaciones que correspondan. En el nuevo proceso penal, para el conocimiento de esas acciones indemnizatorias que no reúnan el requisito copulativo de ser una acción indemnizatoria deducida por la víctima en contra del imputado existe una competencia privativa de los jueces civiles, puesto que sólo aquellos jueces civiles que fueren competentes conforme a las reglas generales conocerán de ellas, careciendo de competencia el juez del crimen conforme a lo previsto en el inciso 3° del artículo 59 del CPP e inciso 3° del artículo 171 del COT.

b) Los procedimientos que el legislador ha contemplado para hacer valer las acciones civiles que emanan de un hecho punible son distintos según la naturaleza de la acción y la sede en la cual se ejercen.

En caso que se haga valer la acción civil indemnizatoria ante el juez civil competente de acuerdo con las reglas generales, se aplicarán de acuerdo con la cuantía de la pretensión indemnizatoria el procedimiento ordinario de mayor cuantía o los procedimientos de menor o mínima cuantía.

Si la acción civil indemnizatoria se hace valer ante el juez del crimen que conoce de la causa, la demanda deberá interponerse por escrito, dando cumplimiento a los

requisitos previstos en el artículo 254 del CPC, debiendo ser presentada hasta quince días antes de la audiencia de preparación del juicio (artículo 60), sin perjuicio de que la víctima actor civil pueda intervenir en la fase de investigación, luego de su formalización, solicitando diligencias o medidas cautelares (artículo 61). La discusión, prueba y fallo de la demanda civil se verifica dentro del juicio oral.

La acción civil meramente restitutoria, que debe ejercerse siempre ante el juez de garantía, se puede hacer valer a lo largo de todo el proceso penal, y se tramita como incidente conforme a lo establecido en el inciso 1° del artículo 189. Sin embargo, tratándose de las cosas hurtadas, robadas o estafadas, más que establecer un procedimiento se contempla la realización de trámites por parte del dueño para obtener su restitución, puesto que ellas se entregarán al dueño en cualquier estado del juicio, una vez que resulte comprobado su dominio y sean valoradas en conformidad a la ley (artículo 189 inciso 2°).

En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas (artículo 189 inciso 3°).

c) La acción civil es contingente o eventual.

El ejercicio de la acción civil es facultativo y no obligatorio para su titular, y por otra parte, no siempre se genera una pretensión civil con motivo de la comisión de un hecho punible como ocurre por ejemplo en el delito de incendio de un bien propio.

El carácter eventual de la pretensión civil que puede motivar el ejercicio de la acción respectiva se reconoce expresamente en el inciso 2° del artículo 59 al señalarse que “la víctima puede deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente”.

d) La acción civil es abandonable.

De conformidad a lo previsto en el inciso segundo del artículo 64, se considerará abandonada la acción civil interpuesta en el procedimiento penal, cuando la víctima no compareciere, sin justificación, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral.

Sobre el efecto del abandono, se ha señalado que ha surgido una gran interrogante, puesto que lo normal sería que la víctima perdería solamente su carácter de parte dentro del proceso penal y lo obrado en él respecto de la acción civil, más no la pretensión civil indemnizatoria, la que podría hacer valer posteriormente ante el tribunal ordinario civil competente.

Algunos han extremado los efectos del abandono, generando una sanción no sólo procesal, sino que material, al ver un inconveniente para que la víctima, declarado el abandono pueda ejercer nuevamente la acción civil en sede civil en contra del imputado, puesto que a ello se opondría “el inciso segundo del artículo 59, que expresamente dispone que admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante el tribunal civil. En este estadio procesal, la demanda

civil ya fue admitida a tramitación y, por tanto, debe concluirse que la posibilidad de acudir a la sede civil ha precluido”.²⁴

Discrepamos de lo señalado al respecto, por cuanto estimamos que el artículo 59 sólo se está refiriendo a la competencia y, en particular, al efecto de litispendencia que se genera con motivo de la interposición de la demanda, efecto que se termina cuando se produce el abandono, que sólo genera el término del proceso, pero no la extinción de la pretensión.

e) La acción civil es independiente respecto de la acción penal.

La circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente (artículo 67).

De acuerdo con ello, debemos entender que la extinción de la acción civil no genera la extinción de la acción penal para la persecución del hecho punible (artículo 65).

No obstante, este carácter independiente de la acción civil respecto de la acción penal y viceversa se ve atenuado en los siguientes casos:

i) Renuncia tácita de la acción penal privada por el ejercicio anticipado de la acción civil.

Cuando sólo se ejerciere la acción civil respecto de un hecho punible de acción privada se considerará extinguida por esa circunstancia la acción penal, sin considere que constituye un ejercicio de la acción civil las solicitudes que se formulen dirigidas a preparar la demanda o asegurar su resultado que se formularen durante el procedimiento penal (artículo 66).

ii) El ejercicio y resolución de la acción civil indemnizatoria que emanaría del hecho punible supone que no se haya suspendido o terminado el procedimiento oral.

Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal.

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario. Si la demanda no fuere deducida ante el tribunal civil competente dentro del referido plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

Si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el plazo indicado en el inciso primero, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere.

²⁴ MARÍN, Juan Carlos. “La acción civil en el Nuevo Código Procesal Penal. Su tratamiento procesal”. Págs. 33 y 34. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 6 Año 2005.

Si, comenzado el juicio oral, se dictare sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones de este Código, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil (artículo 68).

iii) El acuerdo reparatorio produce la extinción de la responsabilidad penal del imputado que lo hubiere celebrado en los casos y en la forma prevista en la ley (artículo 241).

f) La acción civil es eminentemente patrimonial.

La acción civil tiene una naturaleza eminentemente patrimonial y de allí que consecuentemente respecto de ella puede afirmarse que es:

i) Transigible (artículo 273).

ii) Renunciable (artículo 12 del Código Civil).

iii) Desistible (artículo 64 inciso 1°).

iv) Cedible.

v) Transmisible.

g) La acción civil es prescriptible.

De conformidad a lo establecido en el artículo 2332 del Código Civil la acción civil emanada del delito prescribe en el plazo de 4 años contados desde que se ha producido el hecho de que se trata.

El artículo 61 del CPP contempla una regla especial respecto de la interrupción de la prescripción de la acción civil, al señalarnos que la preparación de la demanda civil interrumpe la prescripción.

Sin embargo, la interrupción de la prescripción se encuentra condicionado a que se deduzca posteriormente la demanda civil en la oportunidad prevista por la ley. Al efecto, prescribe la última parte del inciso 3° del artículo 61 que *“No obstante, si no se dedujere demanda en la oportunidad prevista en el artículo precedente, la prescripción se considerará como no interrumpida”*.

En el proceso penal no se regula la suspensión de la prescripción civil en caso que se rechace la demanda civil por defectos formales, en atención a que ellos deberían ser salvados durante la audiencia de preparación del juicio oral conforme al procedimiento previsto en el artículo 270.²⁵

²⁵ Sobre la materia, debemos recordar que en el antiguo sistema procesal penal se prevé por el artículo 450 bis del CPP una regla especial de suspensión de la prescripción civil en caso que se rechace la demanda civil por defectos formales en la sentencia definitiva que se pronuncia en el proceso penal. Dicha suspensión de la prescripción de la acción civil se produce a favor del demandante civil y ella comprende la fecha desde la cual hubiere sido debidamente cursada la acción civil en el Sumario Criminal, si se hubiere hecho parte dentro de éste, o desde que interpuso la demanda civil en el Plenario Criminal si no se hubiere hecho parte con anterioridad en el proceso penal, hasta que se dicte la sentencia definitiva dentro del proceso penal que rechaza la demanda civil por defectos formales.

Al efecto, establece el inciso 2° del artículo 450 bis que “si se rechaza la demanda por vicios formales, sin resolver el fondo de la acción deducida, podrá renovarse ante el juez de letras en lo civil, entendiéndose suspendida la prescripción en favor del demandante civil, desde que interpuso la demanda

9. PRUEBA DE LA ACCIÓN CIVIL

Respecto de la prueba de la acción civil ejercida dentro del proceso penal y de las cuestiones prejudiciales civiles que son conocidas por el juez del crimen, de conformidad a lo prescrito en el artículo 324, debemos tener presente que la prueba de esos asuntos civiles se rigen en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y valor probatorio por las disposiciones del CPP, y sólo se sujeta a las normas civiles en relación a la determinación de la parte que debe probar.

Dicho en otras palabras, sólo la carga de la prueba cabe determinarse respecto de la acción civil y de las cuestiones prejudiciales civiles por las normas civiles cuando se hacen valer en el proceso penal, en particular, por la aplicación del artículo 1698 del Código Civil, debiendo regirse todos los demás aspectos de la prueba relativos a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y valor probatorio por las disposiciones del Código Procesal Penal.

Continuación nota ²⁵

o, en su caso, desde que se constituyó en parte civil". Este principio no se contempla en el CPP, y sólo se trata la corrección de vicios formales a iniciativa del tribunal en la audiencia de preparación del juicio oral en su artículo 338.

CAPÍTULO CUARTO

COMPETENCIA Y DISPOSICIONES COMUNES

*Los jueces cuando dictan sentencias
condenatorias, las penas que aplican no
obedecen a mano blanda ni dura, sino a mano
jurídica, a mano de un hombre de derecho.¹*

PRIMERA PARTE: LA COMPETENCIA

I. LA COMPETENCIA

1. GENERALIDADES

Tal como señalamos previamente, la reforma al sistema procesal penal creó nuevos órganos con competencia para la resolución de los conflictos de orden penal, denominados juzgados de garantía y tribunales orales en lo penal, a quienes les corresponde ejercer la función jurisdiccional en única o primera instancia.

Los jueces de garantía poseen la plenitud de la competencia para conocer de los asuntos penales en el nuevo sistema procesal penal, con excepción de aquellos que son entregados a los tribunales orales en lo penal. Dicha competencia es ejercida en única o primera instancia. Por su parte los tribunales de juicio oral en lo penal poseen la plenitud de la competencia para conocer del juicio oral, competencia que es ejercida en única instancia, dado que no resulta procedente interponer el recurso de apelación en contra de sus resoluciones, cabiendo sólo la interposición del recurso de nulidad.

Estos órganos jurisdiccionales, atendida la vigencia diferida y condicionada a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal en la respectiva Región del país, tienen competencia sólo respecto de los delitos cometidos a partir de dichas fechas y no operan con efecto retroactivo respecto de hechos verificados con anterioridad a la entrada en vigencia de las respectivas leyes, los que continuarán siendo conocidos por los jueces de letras o el otro tribunal competente que corresponda, conforme a la

¹ MEJNS, Eduardo. "Seguridad ciudadana y tribunales de justicia". *Revista Procesal Penal* N° 23. Pág. 11. Julio 2004.

ley y conforme al procedimiento penal contemplado en el Código de Procedimiento Penal o en leyes especiales.²⁻³

En consecuencia, la antigua jurisdicción del crimen, ya sea de los jueces de letras con competencia penal (juzgados del crimen), los tribunales unipersonales de excepción y sus respectivos superiores jerárquicos, mantienen competencia para conocer de los procedimientos penales que deban regirse por el antiguo procedimiento penal, esto es, los que se refieren a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal dentro de la región respectiva conforme al cronograma contemplado en el artículo 4º transitorio de la Ley N° 19.640 LOC del Ministerio Público y en el artículo 483 del CPP.⁴

Como consecuencia de las modificaciones legales, en la actualidad la estructura jerárquica piramidal de los tribunales ordinarios, a partir de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal en la respectiva región, respecto de los delitos que deban ser investigados y juzgados conforme al nuevo sistema procesal penal, se encuentra estructurada por la Corte Suprema, las Cortes de Apelaciones respectivas, y en su base, los juzgados de garantía y los tribunales de juicio oral en lo penal.

Sin perjuicio de lo dicho, debemos reiterar que la jurisdicción penal militar no experimenta cambio alguno producto del nuevo proceso penal, desde que el artículo 83 de la CPR dispone que el ejercicio de la acción penal pública, y la dirección de las investigaciones de los hechos que configuren el delito, de los que determinen la participación punible y de los que acrediten la inocencia del imputado en las causas que sean de conocimiento de los tribunales militares, como asimismo la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos de tales hechos corresponderán, en conformidad con las normas del Código de Justicia Militar y a las leyes respectivas, a los órganos y a las personas que ese Código y esas leyes determinen.

² El artículo 7º transitorio de la Ley N° 19.665 dispone que "Las disposiciones de esta ley que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640, en relación con los hechos acaecidos a partir de dicho momento. En consecuencia, las normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal continuarán aplicándose, después de esa fecha, respecto de las causas cuyo conocimiento corresponda a los juzgados del crimen y los juzgados de letras con competencia en lo criminal, por referirse a hechos acaecidos con anterioridad. Lo anterior es sin perjuicio de las reglas sobre nueva competencia territorial de los juzgados del crimen que se fijen por las Cortes de Apelaciones respectivas en virtud del artículo 5º transitorio".

³ La instalación de los nuevos tribunales se efectuó también en forma gradual, en los términos contemplados en los artículos 1º y 2º transitorio de la Ley N° 19.665, modificada por la Ley N° 19.861.

En este sentido la única excepción real que puede observarse es la derivada del numeral 3 del mismo artículo 52 del COF que entrega a la competencia de un Ministro de la Corte Suprema respecto de la extradición pasiva.

⁴ Sobre la gradualidad de entrada en vigencia del sistema y sus modificaciones, nos remitimos a lo indicado en la letra C del punto 6.2 del N° II del Capítulo Primero; 6 del N° IV. Ministerio Público del Capítulo Segundo.

2. REGLAS DE LA COMPETENCIA. CLASIFICACIÓN

Las reglas de la competencia se clasifican en especiales y generales.

Las reglas generales lo son en el sentido que se aplican a cualquier clase de materias y tribunales.

Las reglas especiales son aquellas que se encuentran destinadas a determinar la jerarquía del tribunal que debe conocer del asunto (competencia absoluta) y cual tribunal específico dentro de esa jerarquía debe conocer del asunto (competencia relativa).

3. LAS REGLAS GENERALES DE LA COMPETENCIA

3.1. *Concepto y características*

Las reglas generales de la competencia son los principios básicos que establece el legislador respecto de la competencia y que deben aplicarse sin importar la naturaleza del asunto y la clase o jerarquía del tribunal que debe conocer de él.

Estas reglas generales de la competencia se caracterizan por cuanto:

a) Son generales, en el sentido de recibir ellas aplicación respecto de todos los asuntos que conocen los tribunales ordinarios, especiales o arbitrales, cualquiera sea su jerarquía, tanto en los asuntos penales y civiles;

b) Son complementarias, en cuanto no integran las normas de la competencia absoluta o relativa, pero sirven para determinar las facultades de un tribunal una vez que aquéllas han recibido aplicación;

c) Son consecuenciales, en cuanto reciben aplicación una vez que se encuentre determinado el tribunal competente de acuerdo a las reglas de la competencia absoluta y relativa, y

d) Su infracción no tiene establecida una sanción única, sino que ella debe determinarse respecto de la violación de cada regla general atendiendo a los diversos principios doctrinarios que motivan su consagración.

3.2. *Enunciación*

Las reglas generales de la competencia se encuentran establecidas en los artículos 109 a 114 del COT y ellas son las siguientes:

1. Regla de la Radicación o fijeza	(Artículo 109);
2. Regla del grado o jerarquía	(Artículo 110);
3. Regla de la extensión	(Artículo 111);
4. Regla de la prevención o inexcusabilidad	(Artículo 112), y
5. Regla de la ejecución	(Artículos 113 y 114)

4. REGLA GENERAL DE LA COMPETENCIA DE LA RADICACIÓN O FIEZA

4.1. *CONCEPTO*

La regla de la radicación o fijeza, o “perpetuatio iurisdictionis” como se la denomina desde antiguo, se encuentra consagrada en el artículo 109 del COT, según el cual:

“Radicado con arreglo a la ley el conocimiento de un negocio ante tribunal competente, no se alterará esta competencia por causa sobreviniente”.

La radicación consiste en fijar en forma irrevocable la competencia del tribunal que ha de conocer de un asunto, cualquiera fueren los hechos que acontezcan con posterioridad modificando los elementos que se tuvieron en cuenta para determinar la competencia absoluta o relativa.

Como señala Dalloz, citado por don Juan Colombo, en virtud de la radicación “el juez conserva el conocimiento del negocio que le está sometido no obstante cualquier cambio que pueda ocurrir, sean en la condición o domicilio de las partes, sea en las leyes relativas a la competencia y a las formas del procedimiento”.

La regla de la radicación o fijeza importa la consagración del principio de la seguridad jurídica en materia de competencia, puesto que una vez acaecida ella, las partes sabrán que deberán continuar tramitando siempre el proceso ante ese tribunal, sin importar los hechos que puedan sobrevenir con posterioridad modificando los elementos que se tuvieron en vista para determinar el tribunal competente.

“Así, por ejemplo, si está conociendo de una materia un juez de letras (porque los elementos de la competencia absoluta y relativa determinaron su intervención) y posteriormente una de las partes es designada Ministro de Estado, sigue, no obstante, conociendo de la causa el mismo juez y no el que le correspondería conocer de las causas en que sea parte un Ministro de Estado, ya que operó en tal sentido la regla de la radicación. La designación es una causa sobreviniente que no afecta en nada la cuestión principal controvertida, que se encuentra ya radicada ante un tribunal determinado”.⁵

4.2. Elementos que deben concurrir para que se produzca la radicación del asunto ante un tribunal

De acuerdo a lo previsto en el citado artículo 109 del COT, para que se produzca la radicación del conocimiento de un asunto ante un tribunal es menester que concurren los siguientes elementos:

a) Actividad del tribunal.

Es menester para que se produzca la radicación de un asunto ante un tribunal competente que éste haya intervenido en el conocimiento del asunto, sea actuando de oficio o a petición de parte.

Jamás será posible entender que el conocimiento de un asunto se ha radicado ante un tribunal, si éste no ha actuado para su conocimiento.

b) Competencia del tribunal interviniente.

Para que se produzca la radicación no basta con la intervención de un tribunal en el conocimiento de un asunto, sino que se requiere que esa actividad se hubiere reali-

⁵ COLOMBO C., Juan. *La Competencia*. Págs. 153 y 154. Editorial Jurpídica de Chile. Segunda edición actualizada y aumentada. 2004.

zado por un tribunal que sea competente de acuerdo con las reglas de la competencia absoluta y relativa.

Al efecto, el artículo 109 establece claramente que la radicación del conocimiento del asunto debe efectuarse “ante tribunal competente”.

c) Intervención del tribunal con arreglo a derecho.

Finalmente, la intervención del tribunal competente debe haberse efectuado con arreglo a derecho, puesto que si las actuaciones realizadas por el tribunal y las partes adolecen de irregularidades o se efectuaron ante un tribunal incompetente, éstas podrán ser declaradas nulas y en consecuencia no producirán efecto alguno.

4.3. Momento a partir del cual se entiende radicado un asunto ante el tribunal competente

La determinación del momento en que se produce la radicación de la competencia ante un tribunal tiene gran importancia, puesto que desde ese instante la modificación de los antecedentes fácticos que se tuvieron presente para fijar el tribunal competente no serán aptos para alterarla en virtud de esa causa sobreviniente.

De acuerdo con ello, causa sobreviniente será todo hecho acaecido con posterioridad a producida la radicación de la competencia ante un tribunal para el conocimiento del asunto y que no es apto para modificar el tribunal competente que conoce de éste.

En el proceso penal la radicación sólo puede producirse una vez que se haya formalizado la investigación. Conforme al artículo 229, la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

El artículo 230 nos señala en cuanto a la oportunidad de la formalización de la investigación, que el fiscal podrá formalizar la investigación cuando considere oportuno formalizar el procedimiento por medio de la intervención judicial.

Cuando el fiscal debiere requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación, la recepción anticipada de prueba o la resolución sobre medidas cautelares, estará obligado a formalizar la investigación, a menos que lo hubiere realizado previamente. Exceptúanse los casos expresamente señalados en la ley.

De acuerdo con lo anterior, resulta meridianamente claro que los efectos jurídicos y los procesales de una investigación se deben generar sólo a partir de la formalización de la investigación, siendo uno de ellos la radicación de la competencia ante el juez de garantía.

Al efecto, el artículo 233 nos señala que la formalización de la investigación producirá los siguientes efectos:

a) Suspenderá el curso de la prescripción de la acción penal en conformidad a lo dispuesto en el artículo 96 del Código Penal.

Debemos hacer presente que la suspensión del curso de la prescripción siempre se ha establecido como principio general por la intervención del tribunal para el co-

nocimiento efectivo de un determinado asunto, siendo claro que sólo cabría exigir la competencia del tribunal a partir de ese momento.

b) Comenzará a correr el plazo previsto en el artículo 247.

El plazo previsto en el artículo 247 es para el cierre de la investigación formalizada, esto es, para impedir que se mantenga en forma indefinida un proceso penal en su fase de investigación con un determinado imputado a quien se le puede estar afectando sus garantías más esenciales sin que exista una sentencia condenatoria ejecutoriada, y

c) El Ministerio Público perderá la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

Este último efecto es lógico, dado que formalizada la investigación, el conferir esta facultad al Ministerio Público importaría facultarlo para desconocer el mérito de una resolución judicial, a la cual el Ministerio Público debe darle cumplimiento mientras ella se encuentre vigente.

Debemos hacer presente que esta tesis se encuentra además en clara concordancia con el instructivo N° 4 del Fiscal Nacional del Ministerio Público⁶, contenido en el oficio N° 113 de 20 de septiembre de 2000, en el cual se nos señala que “existe una etapa preliminar de investigación o no formalizada, en la cual el Fiscal procederá a evaluar las denuncias o las querellas, decretará las primeras diligencias, ordenará diversas investigaciones a la Policía, interrogará a testigos y a posibles futuros imputados, acompañará la documentación que sea necesaria a su carpeta de investigación, etc.

“La investigación preliminar que no ha sido formalizada, no tiene plazo de duración y podrá prolongarse por todo el tiempo que sea necesario, a menos que el Fiscal aprecie que si no formaliza la investigación corre el riesgo de que la prescripción de la acción penal extinga la responsabilidad penal por el delito cometido. En cambio si el Fiscal decide formalizar la investigación, se suspenderá la prescripción de la acción penal conforme lo establece el artículo 23 letra a) del nuevo Código.

“La plena intervención judicial y control del juez de garantía se produce cuando se ha formalizado la investigación y luego cuando a éste le corresponde presidir una serie de audiencias garantizadoras de la investigación, autorizar actuaciones del Fiscal conforme al art. 9 del nuevo Código, conocer y resolver los antecedentes de los acuerdos reparatorios, suspensión condicional del procedimiento, la petición de juicio inmediato.

“En resumen, pueden existir investigaciones preliminares que nunca pasen a una etapa de investigación formalizada y que sencillamente deberán ser archivadas en el tiempo por las respectivas Fiscalías.

“En cambio, hay otras investigaciones que serán formalizadas y con ello se pasará a una segunda fase de la investigación. Además la formalización en contra de un imputado es necesaria para pretender posteriormente una acusación en su contra, luego

⁶ Contenido en el Oficio N° 113 de 20 de septiembre de 2000.

que se cierre la investigación. No es posible acusar a ninguna persona que no ha sido previamente imputada en una formalización de cargos (artículo 248 b).⁷

De lo expuesto, podemos apreciar que la investigación preliminar es una actuación de carácter administrativo, y que mal cabría requerir que se determine a su respecto la competencia que sólo es propia de la actividad jurisdiccional. La investigación requiere de una intervención jurisdiccional sólo a partir de la formalización de la investigación, y en consecuencia resulta lógico exigir en ese momento la existencia de la competencia del juez de garantía y radicar en éste el conocimiento del asunto a partir de ese momento con el grado de fijeza que determina esta regla general de la competencia.

4.4. Excepciones a la regla de la radicación

La radicación es una regla general de la competencia de carácter general y de rango legal.

Como toda norma de carácter general y de rango legal es posible que se contemple la existencia de excepciones a su respecto, las que requieren de un texto legal expreso.

Las excepciones a la regla de la radicación consisten en que, no obstante encontrarse fijado el tribunal competente para el conocimiento y resolución del asunto, por un hecho posterior el proceso debe pasar al conocimiento de otro tribunal para su tramitación y fallo.

Es menester destacar que para que exista realmente la excepción a la regla de la radicación, el cambio que debe producirse con posterioridad debe decir relación con el tribunal u órgano jurisdiccional y no con la persona del juez.

De allí que la subrogación de un juez por otro no importa una excepción a la regla de la radicación, puesto que el tribunal que debe resolver el asunto permanece inalterable y sólo existe una sustitución de la persona física del juez que debe resolver el asunto.

Tradicionalmente se ha señalado que constituyen una excepción a la regla de la radicación o fijeza las siguientes:

- a) El compromiso, que no tiene aplicación alguna por no ser posible la solución de asuntos penales por vía de arbitraje, a menos que se trate de la acción civil indemnizatoria de la víctima contra el imputado.
- b) La acumulación de autos, y
- c) Las Visitas.

En materia criminal, la acumulación de autos tiene un doble aspecto. Por una parte, es una excepción clarísima a la regla de la radicación, ya que todo lo pendiente ante otro tribunal se acumula ante el que establece la ley. Por otro lado, si se continúan

⁷ Ministerio Público. Fiscalía Nacional. Instrucciones Generales N°s. 1 a 25. Septiembre-noviembre 2000. Págs. 73 y siguientes. Mayo 2001.

cometiendo delitos, el conocimiento de ellos se acumula ante el tribunal que ya estaba conociendo de los demás hechos imputados al inculpado.

Esta regla se encuentra consagrada en el artículo 160, inciso 1º COT el que previene que: “El culpable de diversos delitos será juzgado por todos ellos en un solo proceso, para lo cual se acumularán las causas iniciadas o por iniciarse en su contra; y las personas que en ella figuren como reos quedarán sometidas a la jurisdicción del tribunal a quien corresponda conocer en los procesos acumulados”.

En el actual proceso penal, es procedente que se acumulen investigaciones formalizadas ante diversos jueces de garantía ante uno solo de ellos y pasen a conformar una sola investigación conforme a lo previsto en el artículo 159 del COT. Establece dicho precepto que *“Si en ejercicio de las facultades que la ley procesal penal confiere al Ministerio Público, éste decidiere investigar en forma conjunta hechos constitutivos de delito en los cuales, de acuerdo al artículo 157 de este Código, correspondiere intervenir a más de un juez de garantía, continuará conociendo de las gestiones relativas a dichos procedimientos el juez de garantía del lugar de comisión del primero de los hechos investigados.*

En el evento previsto en el inciso anterior, el Ministerio Público comunicará su decisión en cada uno de los procedimientos que se seguirán en forma conjunta, para lo cual solicitará la citación a una audiencia judicial de todos los intervinientes en ellos.

El o los jueces de garantía inhibidos harán llegar copias de los registros que obraren en su poder al juez de garantía al que correspondiere continuar conociendo de las gestiones a que diere lugar el procedimiento.

Sin perjuicio de lo previsto en los incisos precedentes, si el Ministerio Público decidiere posteriormente separar las investigaciones que llevare conjuntamente, continuarán conociendo de las gestiones correspondientes los jueces de garantía competentes de conformidad al artículo 157.

En dicho evento se procederá del modo señalado en los incisos segundo y tercero de este artículo”.

Al regularse la acumulación de investigaciones en dicho precepto, se deroga para el nuevo sistema procesal penal el artículo 160 del COT.

En relación con las Visitas, se ha sostenido por algunos que también las Visitas constituirían una excepción a la regla de la radicación.

En el caso de las llamadas Visitas Extraordinarias reglamentadas en los artículos 559 a 563 del COT, el Ministro Visitador se constituye en un juzgado determinado con todas las facultades de un juez de primera instancia y contra las resoluciones que dictare en los procesos a que hubiere lugar en dichos casos, podrán deducirse los recursos legales como si se dictaren por el juez visitado.

En este caso, no nos encontramos frente a una excepción a la regla de la radicación, puesto que no existe una sustitución de un tribunal por otro, sino que la de persona física de un juez (visitado) por la de otro (el visitador).

En todo caso, hacemos presente que en la actual regulación sólo proceden las visitas que permiten asumir al Visitador el conocimiento de una causa en materia civil, en las causas que se rigen por el antiguo sistema procesal penal, y en el actual sistema procesal penal, sólo respecto de las causas penales militares (artículo 560 COT).

5. REGLA DEL GRADO O JERARQUÍA

5.1. Concepto

Con esta regla se persigue la determinación, desde el inicio del procedimiento, de un tribunal de segunda instancia que conozca del asunto en caso de impetrarse algún recurso de apelación o el trámite de la consulta, cuando ella sea procedente. Una vez determinado el tribunal de alzada, esta designación nunca podrá verse alterada.

Esta regla se encuentra establecida en el artículo 110 del COT en los siguientes términos:

“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”.

Esta regla general de la competencia se vincula a dos conceptos que son fundamentales en Derecho Procesal: la instancia y el recurso de apelación.

La instancia está constituida por cada uno de los grados de conocimiento y fallo que tiene un tribunal para la decisión de un asunto, comprendiéndose el análisis tanto de los hechos como del derecho involucrado en él.

El recurso de apelación es el recurso ordinario por cuya interposición y concesión se otorga competencia al tribunal superior respectivo, con el objeto que este último enmiende, con arreglo a derecho, una resolución susceptible de ser apelada y que fue pronunciada por el tribunal inferior.

La vinculación entre la instancia y la apelación da origen a la clasificación de la competencia en única, primera y segunda instancia.

La regla del grado o jerarquía tiene por objeto determinar el tribunal de alzada que va a conocer de la segunda instancia.

La regla del grado o jerarquía es de orden público e irrenunciable.

En consecuencia, nunca podrá haber prórroga de la competencia en segunda instancia, ya que sólo podrá conocer del recurso de apelación el tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución impugnada y que, además, concedió el recurso para ante su superior (artículo 182 COT).

En el nuevo sistema procesal penal, la regla de la jerarquía en relación con el recurso de apelación ha perdido trascendencia al contemplarse ese medio de impugnación con el carácter de extraordinario, al ser procedente excepcionalmente sólo en los casos previstos por la ley (artículo 370 CPP).

En lo que dice relación con el recurso de nulidad, se aplica la regla de la jerarquía como regla general, pero no como un principio de carácter absoluto al preverse la competencia per saltum para su conocimiento y fallo por la Corte Suprema de algunos casos (artículo 376 CPP).

5.2. Elementos para que opere la regla del grado o jerarquía

Los elementos que deben concurrir para la aplicación del grado o jerarquía son los siguientes:

- a) Que el asunto se encuentre legalmente radicado ante un juez de primera instancia, y
- b) Que sea procedente el recurso de apelación en contra de la resolución pronunciada por el tribunal de primera instancia.

Concurriendo estos elementos queda determinado de pleno derecho el tribunal que debe conocer en segunda instancia, que siempre será el superior jerárquico del de primera instancia.

La aplicación de la regla del grado o jerarquía se fundamenta en la estructura jerárquica piramidal de los tribunales.

De acuerdo con lo anterior, de la apelación de las resoluciones dictadas en primera instancia por el juez de letras conoce la Corte de Apelaciones respectiva; y de la apelación de las resoluciones pronunciadas en primera instancia por las Cortes de Apelaciones conoce la Corte Suprema.

En el nuevo sistema procesal penal, la regla del grado o jerarquía para determinar el tribunal competente sólo recibe aplicación respecto de los jueces de garantía respecto de las resoluciones que ellos pronuncian y que admiten el recurso de apelación (artículo 370), y no recibe aplicación respecto de los jueces de tribunal oral en lo penal porque las resoluciones que pronuncian no son apelables (artículo 364) y respecto del trámite de la consulta, por haber sido éste suprimido.

Creemos que la regla del grado o jerarquía debería ser modificada en el sentido de vincularla a los recursos en términos más amplios que limitada sólo a la apelación, porque ella opera respecto de todos ellos por regla general para determinar el tribunal superior que debe conocerlo y porque, además, la competencia en el recurso de apelación por parte del tribunal de alzada se ha ido delimitando, al igual que respecto de los recursos extraordinarios, al extenderse la competencia específica del superior jerárquico sólo a las peticiones concretas que se hubieren formulado al interponerlo.

6. REGLA DE LA EXTENSIÓN

6.1. Concepto

Esta regla general de la competencia es de una gran importancia, porque determina cuales asuntos vinculados al asunto principal pueden llegar a ser de conocimiento del tribunal ante el cual se tramita la causa.

La regla de la extensión se encuentra formulada en el artículo 111 del COT en los siguientes términos:

“El tribunal que es competente para conocer de un asunto lo es igualmente para conocer de todas las incidencias que en él se promuevan.

Lo es también para conocer de las cuestiones que se susciten por vía de reconvención o de compensación, aunque el conocimiento de estas cuestiones, atendida su cuantía, hubiere de corresponder a un juez inferior si se entablaran por separado”.

El Profesor y ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, don Mario Mosquera define esta regla de la siguiente manera: “La regla general de la extensión consiste en que el tribunal que es competente para conocer del asunto principal que se promueve ante él, es también competente para conocer de todo aquello que se vincula al asunto principal y que lo conduce a la decisión del conflicto”.

Los romanos conocían de esta regla y la sentaron en el principio de que “el juez que es competente para conocer de la acción lo es también para conocer de la excepción”.

El tribunal es naturalmente competente para conocer del asunto principal, pero en cada caso se generan situaciones que sería absurdo que no conociera, dada su vinculación con aquél.

No obstante lo anterior, el legislador procesal chileno no quiso correr riesgos y señaló perentoriamente todo aquello vinculado al asunto principal que, en virtud de esta regla, el tribunal puede llegar a conocer.

El objetivo de la regla de la extensión es proporcionar unidad al proceso, permitiendo al juez avocarse al conocimiento de otros asuntos independientes o accesorios que complementan o adicionan el planteamiento de la pretensión principal y sus defensas”.⁸

La determinación de las materias a las cuales se extiende la competencia del tribunal para su conocimiento y fallo tiene gran trascendencia, puesto que su infracción puede llegar a configurar el vicio de ultrapetita que da lugar a la interposición del recurso de casación en la forma en contra de la sentencia que se dicte para la resolución del asunto (artículo 768 del CPC).

Para un correcto análisis de la regla de la extensión es menester efectuar una distinción entre lo que ocurre con ella en materia civil y penal.

6.2. Regla de la extensión en materia penal

En virtud de la regla de la extensión el tribunal con competencia penal no sólo puede llegar a conocer de pretensiones de carácter civil, sino también de diversas cuestiones de caracteres accesorios o complementario a la cuestión penal.

⁸ COLOMBO C., Juan. *La Competencia*. Pág. 159. Editorial Jurídica de Chile. Segunda edición actualizada y aumentada. 2004.

En virtud de la regla de la extensión, el tribunal con competencia penal puede conocer:

a) Del asunto principal.

En el actual proceso penal, la investigación le corresponde dirigirla exclusivamente al Ministerio Público, correspondiéndole al juez de garantía a autorizar la realización de actuaciones que importen una privación, perturbación o restricción a los derechos que la Constitución asegura a las personas. El juez de garantía puede de oficio o a petición de parte fijar un plazo para la conclusión de la investigación, y a su término le corresponde preparar el juicio oral.

En el proceso penal, la discusión, prueba y fallo se realiza en una audiencia pública del juicio oral, en que rige la oralidad y la inmediación, configurándose el conflicto sobre el cual debe recaer el fallo en la acusación y contestación de la acusación, cuyos hechos sustentantes deben haber sido acreditados con la prueba rendida en el juicio oral.

b) Los incidentes.

En segundo término, al igual que en el procedimiento civil, durante el proceso penal surgen una serie de cuestiones accesorias que requieren de resolución. Tales incidentes son resueltos por el juez de garantía durante la etapa de investigación que dirige el Ministerio Público, y por el tribunal de juicio oral con las incidencias que se promuevan durante el curso de éste.

c) La acción civil.

Igualmente, corresponde conocer al tribunal con competencia penal conocer de ciertas acciones civiles emanadas o vinculadas con el delito cometido. Estas acciones (pretensiones) son:

c.a) La acción civil restitutoria, esto es, la destinada a obtener la restitución de la cosa que ha sido objeto material del delito o su valor. El juez de garantía que conoce del procedimiento penal es el único, exclusiva y excluyentemente competente para conocer de la acción civil restitutoria (artículos 59 y 189 CPP; y 171 COT).

Respecto de la acción civil que persigue obtener el valor de la cosa objeto del delito, cuando no puede recuperarse la especie o cuerpo cierto, al no existir norma expresa en el COT ni en el CPP, serán indistintamente competentes para conocer de ella tanto el juez civil como el juez de garantía, pero en sede penal esa acción sólo podrá ser conocida por el juez de garantía si ella es ejercida por la víctima en contra del imputado (artículo 59 inciso 2°).

c.b) La acción civil indemnizatoria, esto es, la que pretende la indemnización de los perjuicios generales o especiales (artículos 10 CPP; 2314 CC, y 24, 370 y 410 CP).

La acción civil indemnizatoria es aquella que persigue hacer efectiva las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible, a través del pago de indemnizaciones especiales que establece la ley en casos determinados o la indemnización general de acuerdo con las reglas generales de la responsabilidad extracontractual. La acción civil indemnizatoria puede ejercerse en el proceso penal sólo por la víctima, como

sujeto activo, y sólo en contra del imputado, como sujeto pasivo, existiendo el derecho para el actor de optar por deducir esta acción ante el tribunal civil (competencia acumulativa o preventiva, artículo 59 inciso 2º). Las otras acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpusieren personas distintas de la víctima, o se dirigieren contra personas diferentes del imputado, deberán plantearse sólo y exclusivamente ante el tribunal civil que fuere competente de acuerdo a las reglas generales en juicio sumario⁹, no existiendo en este caso una competencia acumulativa o preventiva (artículos 59 inciso 3º CPP y 171 inciso 3º del COT).

d) Las cuestiones prejudiciales civiles.

El artículo 173 COT, en su inciso primero, señala que “si en el juicio criminal se suscita cuestión sobre un hecho de carácter civil que sea uno de los elementos que la ley penal estime para definir el delito que se persigue, o para agravar o disminuir la pena, o para no estimar culpable al autor, el tribunal con competencia en lo criminal se pronunciará sobre tal hecho”.

De acuerdo con ese precepto, podemos definir las cuestiones prejudiciales civiles como todos aquellos hechos de carácter civil que el legislador penal ha considerado como uno de los elementos para definir el delito, para agravar a disminuir la pena o para no considerar culpable al autor.

La regla general es que corresponde al juez de garantía conocer de todas las cuestiones prejudiciales civiles que se hagan valer.

Sin embargo, y no obstante la amplitud de esta regla general, existen ciertas cuestiones prejudiciales civiles que por su naturaleza e importancia ellas no pueden ser conocidas por el juez de garantía, sino que su conocimiento corresponde en forma exclusiva a los jueces civiles o de tribunales especiales de acuerdo a lo previsto en los artículos 173 incisos 2º y 3º y 174 del COT. Tales excepciones son:

1) Las cuestiones sobre validez de matrimonio;

2) Las cuestiones sobre cuentas fiscales;¹⁰

3) Las cuestiones sobre estado civil cuya resolución deba servir de antecedente necesario para el fallo de la acción penal persecutoria de los delitos de usurpación, ocultación o supresión de estado civil (artículo 173, inciso 3º COT);

4) La última excepción está contemplada en el artículo 174 COT, referente a los delitos que versen sobre el dominio u otro derecho real constituidos sobre inmuebles, la que nos señala al efecto: “Si contra la acción penal se opusieren excepciones de carácter civil concernientes al dominio o a otro derecho real sobre inmuebles, podrá suspenderse el juicio criminal, cuando dichas excepciones aparecieren revestidas de fundamento plausible y de su aceptación, por la sentencia que sobre ellas recaiga, hubiere de desaparecer el delito”.

⁹ Artículo 59 CPP.

¹⁰ Esta cuestión prejudicial civil es conocida a través del juicio de cuentas por la Contraloría General de la República.

La excepción del artículo 174 del COT, presupone:

- a) Que se trate de una excepción de carácter civil concerniente al dominio u otro derecho real;
- b) Que recaiga sobre bienes inmuebles;
- c) Que aparezca revestida de fundamento plausible, y
- d) Que de aceptarse por la sentencia que sobre ella recaiga hubiere de desaparecer el delito.

Esta excepción tiene una característica especial, puesto que mientras en las tres primeras el asunto prejudicial civil necesariamente debe ser conocido por un juez distinto al criminal, en ésta, dicho conocimiento es facultativo (“podrá”) y circunstanciado (“fundamento plausible”).

Típica infracción criminal vinculada a los inmuebles es el delito de usurpación, sancionada en sus distintas figuras por los artículos 457 a 462 del C. Penal.

El que la solicitud debe estar revestida de fundamento plausible significa que se debe acompañar en el escrito en que se hace valer uno o varios antecedentes en los cuales se pueda apreciar *prima facie* su procedencia, por ejemplo, copia de la inscripción del usufructo o del título que sirve de antecedente a la inscripción de dominio.

Con estos cuatro elementos cumplidos, el juez con competencia penal entra a resolver si acoge o no la petición formulada. He aquí la circunstancialidad y facultatividad que caracteriza a esta excepción.

Planteada una cuestión prejudicial civil, si se estima ser ella procedente, el juicio criminal se suspende por la dictación de un sobreseimiento temporal (artículo 252 letra c) y pasa a conocer de la cuestión planteada el juez civil que corresponda o al Tribunal de Cuentas si se trata de un juicio de cuentas fiscales; o en caso contrario, la tramitación penal continúa.

La paralización temporal del procedimiento penal se mantiene hasta tanto no se resuelva por el juez competente la cuestión prejudicial civil promovida.

Sin perjuicio de ello, es menester tener presente conforme a lo previsto en el artículo 171 del CPP “Siempre que para el juzgamiento criminal se requiriere la resolución previa de una cuestión civil de que debiere conocer, conforme a la ley, un tribunal que no ejerciere jurisdicción en lo penal, se suspenderá el procedimiento criminal hasta que dicha cuestión se resolviere por sentencia firme.

“Esta suspensión no impedirá que se verifiquen actuaciones urgentes y estrictamente necesarias para conferir protección a la víctima o a testigos o para establecer circunstancias que comprobaren los hechos o la participación del imputado y que pudieren desaparecer.

“Cuando se tratare de un delito de acción penal pública, el Ministerio Público deberá promover la iniciación de la causa civil previa e intervendrá en ella hasta su término, instando por su pronta conclusión”.

Resuelta la cuestión prejudicial por sentencia ejecutoriada del juez civil o del Subcontralor o el Tribunal de Cuentas en su caso, deben ponerse en conocimiento del juez de garantía los antecedentes.

Si en virtud de ellos no desaparece el delito, debe reiniciarse el procedimiento penal.

Si en virtud de ellos desaparece el delito, deberá sobreseerse definitivamente la causa, como ocurre por ejemplo en el delito de bigamia si el juez civil hubiere determinado que es nulo el primer matrimonio.

Respecto de la legislación aplicable en el conocimiento de las cuestiones prejudiciales civiles, el inciso final del artículo 173 COT, dispone que “en todo caso, la prueba y decisión de las cuestiones civiles que es llamado a juzgar el tribunal que conoce de los juicios criminales, se sujetarán a las disposiciones del derecho civil”.

7. REGLA DE LA PREVENCIÓN O INEXCUSABILIDAD

7.1. *Concepto*

Esta regla se encuentra formulada en el artículo 112 del COT según la cual “siempre que según la ley fueren competentes para conocer de un mismo asunto dos o más tribunales, ninguno de ellos podrá excusarse del conocimiento bajo el pretexto de haber otros tribunales que puedan conocer del mismo asunto; pero el que haya prevenido en el conocimiento excluye a los demás, los cuales cesan desde entonces de ser competentes”.

Este artículo no es más que una aplicación de uno de los fundamentos o bases del ejercicio de la Jurisdicción consagrado en el inciso segundo del artículo 76 de la CPR y en el artículo 10, inciso 2° del COT, en cuya virtud, reclamada la intervención de los tribunales “en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad ni aún por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión”.

7.2. *Elementos que deben concurrir para la aplicación de la regla*

Para que opere la regla de la prevención o inexcusabilidad contemplada en el mencionado artículo 112 del COT, es menester:

a) Que de acuerdo con las reglas de la competencia existieren dos o más tribunales potencialmente competentes para el conocimiento del asunto.

Esta situación es la que se presenta en todos los casos en que existe competencia acumulativa o preventiva para el conocimiento de un asunto, es decir, cuando hay dos o más tribunales que pueden potencialmente conocer de un mismo asunto como acontece por ejemplo en las acciones inmuebles, la acción civil indemnizatoria de un delito, la ejecución de las resoluciones judiciales cuando sea necesaria la iniciación de un nuevo juicio, etc.

b) Que el demandante presente su demanda ante uno de ellos.

El demandante puede, en caso que existan dos o más tribunales potencialmente competentes para conocer de un asunto, requerir la intervención de cualquiera de ellos para conocer del asunto, sin que ninguno pueda excusarse de conocer del asunto bajo pretexto de existir otros tribunales competentes para ello.

Este es el aspecto de la regla que le otorga la denominación de inexcusabilidad.

c) Que uno de los tribunales prevenga en el conocimiento del asunto, instante a partir del cual cesa la competencia de los otros tribunales que hubieren sido potencialmente competentes.

En este aspecto, se contempla la denominación de esta regla como “de la prevención”, puesto que apenas comience a conocer uno de los tribunales competentes (prevenga en el conocimiento), se produce automáticamente la extinción de la potencial competencia del o de los otros tribunales. Se habla del tribunal que “previno” como aquel que conoce primero.

Este efecto está expresamente contemplado respecto de la competencia acumulativa que se contempla en el sistema procesal penal respecto de la acción civil indemnizatoria ejercida por la víctima en contra del imputado en el inciso segundo del artículo 59. Prescribe al efecto ese precepto que “Asimismo, durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Con todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil”.

8. REGLA DE LA EJECUCION

8.1. Concepto

Señala el artículo 113, inciso 1º del COT que “la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia”.

Esta regla hace radicar el cumplimiento de las resoluciones en los tribunales que las pronuncian en primera o en única instancia.

Este principio de carácter general reconoce tres excepciones en materia penal:

1º. La ejecución de la sentencia definitiva penal y de las medidas de seguridad establecidas en la sentencia pronunciada por el tribunal de juicio oral no debe ser ejecutada ante él, sino que ante el juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal (artículo 113 inciso 2º del COT).

Nos encontraremos realmente frente a una excepción de la regla general cuando se hubiere resuelto el conflicto penal en el juicio oral, puesto que en tal caso, no obstante que la sentencia definitiva es pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal, la ejecución de la sentencia le corresponderá al juzgado de garantía.

Sin embargo, si la sentencia ha sido pronunciada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado o simplificado no nos encontraremos en tal caso frente a una excepción de la regla general, sino que más bien ante una aplicación de ella.

El artículo 466 establece que “durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo podrán intervenir ante el competente juez de garantía el Ministerio Público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, podrán ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria les otorgare”.

El referido precepto ratifica la competencia del juez de garantía para conocer de la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, pero además excluye de esta parte del procedimiento a los demás intervinientes en el proceso penal, como son el querellante, la víctima y sus respectivos defensores.

2°. La ejecución de la parte civil de la sentencia definitiva dictada dentro del proceso penal no debe ser ejecutada ante los tribunales penales, sino que ante el juzgado de letras civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

De conformidad a lo previsto en el artículo 349, tanto en caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta”.

Por otra parte, el inciso final del artículo 172 del COT haciendo una clara excepción a la regla general de la ejecución, nos señala que será competente para conocer de la ejecución de la decisión civil de las sentencias definitivas dictadas por los jueces con competencia penal, el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

En consecuencia, si se hubiere pronunciado una sentencia definitiva penal, acogiendo la demanda civil deducida por la víctima en contra del imputado, único caso en que ello es posible ante los tribunales con competencia penal, la ejecución de la sentencia civil no deberá seguirse ante ellos, sino que ante el tribunal civil que fuere competente conforme a las reglas generales.

El procedimiento que deberá aplicarse para obtener la ejecución de la sentencia civil se nos señala en el artículo 472, disponiendo que “en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, regirán las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el Código de Procedimiento Civil”.

Ello implica que el único procedimiento que cabrá aplicar para la ejecución de esa sentencia que contempla prestaciones civiles será el juicio ejecutivo, dado que no cabe aplicar el procedimiento incidental que sólo es procedente cuando la ejecución se solicita ante el tribunal que conoció del proceso en única o primera instancia. Debemos acordar que conforme al artículo 233 del CPC el procedimiento incidental sólo es aplicable “cuando se solicite la ejecución de una sentencia ante el tribunal que la dictó dentro del plazo de un año contado desde que la ejecución se hizo exigible, si la ley no ha dispuesto otra forma especial de cumplirla, se ordenará su cumplimiento con citación de la persona en contra de quien se pide”.

3°. Los tribunales que conozcan de los recursos de apelación, casación o revisión, ejecutarán los fallos que dictaren para la sustanciación de dichos recursos.

Es obvio que los tribunales que conocen de los recursos están investidos de la facultad de ejecutar las resoluciones que pronuncien durante su tramitación. Al efecto, el inciso 2º del artículo 113 COT señala que “De igual manera, los tribunales que conozcan de la revisión de las sentencias firmes o de los recursos de apelación, casación o de nulidad contra sentencias definitivas penales, ejecutarán los fallos que dicten para su sustanciación. Podrán también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hubieren intervenido en su tramitación, reservando el de las demás costas para que sea decretado por el tribunal de primera instancia”.

9. LAS REGLAS ESPECIALES DE LA COMPETENCIA

9.1. Generalidades

Determinado que un asunto debe ser conocido por un tribunal ordinario, es menester determinar cual de ellos dentro de la escala jerárquica es el competente para conocer de él.

Las reglas de la competencia absoluta determinan la jerarquía del tribunal ordinario que será competente para el conocimiento de un asunto.

Las reglas de la competencia relativa determinan cual tribunal ordinario dentro de una determinada jerarquía es el competente para conocer de un asunto.

Del estudio particular de estas reglas de la competencia absoluta y relativa nos haremos cargo a continuación.

10. REGLAS DE LA COMPETENCIA ABSOLUTA

10.1. Generalidades

Desde que la plenitud de la competencia penal se encuentra entregada a los juzgados de garantía y a los tribunales orales en lo penal, para efectos del proceso penal hoy vigente, carecen de mayor relevancia las normas de determinación de la competencia absoluta, que son aquellas que persiguen identificar la jerarquía del tribunal, dentro de la estructura piramidal en que se encuentran organizados éstos.

De esta forma en materias penales, lo mismo ocurre en asuntos civiles, la cuantía no constituye un elemento a considerar en la determinación de la jerarquía del tribunal, sino en tanto sirve para determinar el procedimiento aplicable según el tipo de delito.

La materia tampoco constituye un factor a considerar a estos efectos, dado que, salvo los asuntos entregados a la competencia de los tribunales militares, la plenitud de la competencia corresponde a los tribunales con competencia penal ya indicados, habiéndose derogado todas las normas que entregaban dicha competencia a tribunales unipersonales de excepción. Sólo subsiste la norma aparente contemplada en el numeral 2 del artículo 52 del COT que entrega a la competencia de un Ministro de la Corte Suprema “*los delitos de jurisdicción de los tribunales chilenos, cuando puedan afectar las relaciones internacionales de la República con otro Estado*”, norma que

entendemos orgánicamente derogada en virtud de lo dispuesto en el artículo 83 de la CPR que entrega en forma exclusiva la investigación de los delitos al Ministerio Público, con la excepción ya comentada.

Del mismo modo el fuero en cuanto elemento de determinación de la jerarquía no recibe actualmente aplicación al haberse derogado todas las normas que lo contenían.

A los efectos indicados, sólo es posible concebir como un elemento de la competencia absoluta en materia penal el factor tiempo, atendida la gradualidad que se contempló para la entrada en vigencia de las normas y su aplicación exclusiva a delitos cometidos a partir de dichas fechas, tal como fuere comentado en los acápites pertinentes y resumido en el numeral anterior.

De todo lo anterior, podemos apreciar que la competencia de los tribunales en el nuevo sistema procesal penal es menos jerárquica, potenciándose notablemente el conocimiento de la totalidad de los asuntos por los jueces de la instancia y por otra parte, se establece como regla casi general el conocimiento y resolución del conflicto penal en única instancia, al no preverse la procedencia del recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas en el juicio oral, simplificado y de acción penal privada. Concordante con ello, no se establece en el nuevo sistema procesal penal el trámite de la consulta.

10.2. La cuantía en los asuntos penales y su relación con los procedimientos

Como señaláramos, el factor cuantía no representa actualmente relevancia para efectos de la determinación de la jerarquía del tribunal que debe resolver el conflicto penal. Sin embargo, y al igual que en materia civil, en la que también tiene trascendencia en materia de recursos, la cuantía sirve como elemento para determinar el procedimiento aplicable a ciertas materias.

En primer término, "*Para determinar la gravedad en materia criminal, se estará a lo dispuesto en el Código Penal*" (artículo 132 COT). Según dicho Código, los delitos, en cuanto a su gravedad, se clasifican en faltas, simples delitos y en crímenes. Esta clasificación se determina por la pena que el hecho ilícito lleva consigo, sirviendo para determinar el tribunal competente y el procedimiento aplicable.

A. FALTAS

De las faltas conocen los juzgados de garantía a través de los siguientes procedimientos:

a) Procedimiento monitorio.

Este procedimiento es aplicable sólo tratándose de las faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa (artículo 392).

b) Procedimiento simplificado.

Este procedimiento es aplicable respecto de todas las faltas con excepción de las que debieren sancionarse sólo con pena de multas (artículo 388 CPP), y también

respecto de las faltas que debiendo sancionarse sólo con pena de multa, se hubiere reclamado de ella por el imputado dentro del plazo legal en un procedimiento monitorio (artículo 392 inciso final).

B. CRÍMENES Y SIMPLES DELITOS

Los crímenes y simples delitos son de competencia del juez de garantía o del Tribunal oral en lo penal, dependiendo de la naturaleza de la acción penal, es decir según se trate de crímenes o simples delitos de acción penal pública, de acción penal privada y de acción penal pública, previa instancia particular.

a) *Los crímenes o simples delitos de acción penal privada, es decir* aquellos en que la acción penal sólo puede ejercitarse por la víctima (artículo 55) y sólo mediante la interposición de una querrela (artículo 400), son de competencia de los juzgados de garantía, conforme el procedimiento de acción penal privada, contemplado en el Título II del Libro IV De los Procedimientos Especiales y Ejecución del CPP.

b) *Los crímenes o simples delitos de acción penal pública, es decir* aquellos en que la acción penal debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público, y además puede serlo por las personas que determine la ley (artículo 53), y en que la investigación puede iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela (artículo 172 CPP), son de competencia:

a) Del juez de garantía, si se tramitan conforme al procedimiento abreviado (artículo 406), o conforme el procedimiento simplificado (artículo 388), o

b) Del tribunal oral en lo penal, en el juicio oral (artículo 281 y siguientes).

Dicho lo mismo, pero desde la óptica de los procedimientos, podemos afirmar que el tribunal competente y el procedimiento que debe aplicarse para la tramitación de los crímenes o simples delitos de acción penal pública es:

a) El procedimiento abreviado (artículo 406 CPP).

Del procedimiento abreviado conoce el juez de garantía y se aplica si concurren los siguientes requisitos copulativos:

a.1. Se trate de crímenes o simples delitos respecto de los cuales el fiscal no requiriere la imposición de una pena de muerte o privativa de libertad superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo.

a.2. El imputado, en conocimiento de los hechos de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundaren, debe haber aceptado los hechos y manifestado su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

b) El procedimiento simplificado (artículo 388 CPP).

Del procedimiento simplificado conoce el juez de garantía y se aplica respecto de los simples delitos respecto de los cuales el Ministerio Público requiriere la imposición de una pena que no excediere de presidio o reclusión menores en su grado mínimo y no recibiere aplicación el procedimiento abreviado.

c) El juicio oral (artículos 281 y siguientes).

Del juicio oral conoce el tribunal oral en lo penal, luego de concluida la investigación, y constituye el procedimiento ordinario en el nuevo sistema procesal penal, contemplándose en el Título III del Libro II del CPP.

Al igual que en el procedimiento civil, el legislador penal regula en el Título III del Libro II del CPP el Juicio Oral, el que debe aplicarse para la solución de todos los conflictos en caso que no se haya establecido un procedimiento especial.

El Juicio Oral se caracteriza por ser de aplicación general y por tener el carácter de supletorio respecto de los otros procedimientos penales, al tenerse que aplicar sus disposiciones a todas las gestiones, trámites y actuaciones de los otros procedimientos que no estén sometidos a una norma especial (a título ejemplar, artículos 389, 405 y 415 del CPP).

C. LOS CRÍMENES O SIMPLES DELITOS DE ACCIÓN PENAL PÚBLICA, PREVIA INSTANCIA PARTICULAR

Los crímenes o simples delitos de acción penal pública, previa instancia particular son aquellos en que no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito o las demás personas previstas en la ley hubiere denunciado el hecho a la justicia, al Ministerio Público o a la policía (artículo 55). La investigación por el Ministerio Público sólo puede iniciarse por la interposición de una querrela o de una denuncia presentada por dichas personas; pero una vez deducidas, la acción y el procedimiento aplicable se rige por las normas de la acción penal pública.

II. REGLAS DE COMPETENCIA RELATIVA EN ASUNTOS PENALES

Por su parte, las reglas de competencia relativa se vinculan con el elemento territorial y persiguen establecer, dentro de la jerarquía ya determinada por las reglas de competencia absoluta, el tribunal específico dentro de esa jerarquía que va a conocer del asunto, normas que en materia penal, son de orden público, irrenunciables y no admiten la prórroga de la competencia (artículo 182 COT).

En materia criminal el factor territorio presenta dos particularidades que lo diferencian de las reglas civiles. Por una parte, es un elemento de orden público y, consiguientemente, improrrogable por la voluntad de las partes y, por otra, está determinado por el lugar físico en que el delito se comete o dio inicio a su ejecución. Así, por lo demás, lo señala el artículo 157, inciso 1º del COT al expresar: “*Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio*”.¹¹

¹¹ Como norma de excepción podemos mencionar el artículo 22 de la Ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques que establece una regla particular de competencia relativa, en su inciso séptimo al señalar que “*será juez competente para conocer de los delitos que se penan en la presente ley, el del domicilio que el librador del cheque tenga registrado en el Banco*”.

Para determinar la competencia relativa en los asuntos penales, el legislador procesal distinguió respecto de los delitos cometidos dentro del territorio nacional, entre unidad y pluralidad de delitos y, respecto de estos últimos, entre delitos conexos y los inconexos o independientes. Adicionalmente, formuló reglas referentes a la competencia de los tribunales en el conocimiento de ciertos delitos cometidos en el extranjero, a todas las que nos referiremos a continuación.

11.1. Delitos cometidos dentro del territorio nacional

Para determinar el tribunal competente respecto de delitos cometidos dentro del territorio nacional es menester determinar si se trata de un solo delito, o de varios:

A. COMISIÓN DE UN SOLO DELITO

Respecto de la comisión de un delito, es competente el juez de garantía del lugar donde éste se haya cometido (artículo 157 del COT).

El delito se entiende cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución. Se recoge aquí el principio de la ejecución del hecho, como factor atributivo de la competencia. En consecuencia es competente para conocer de un delito determinado el juzgado de garantía del lugar donde se hubiere cometido el delito, entendiéndose cometido en el lugar donde se dio inicio a la ejecución del mismo (supóngase el robo de una camioneta ocurrido en un lugar determinado, que se traslada para efectuar el robo por distintos lugares, concretándose finalmente en un lugar distinto).

El juzgado de garantía del lugar de comisión del hecho investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral (artículo 157 inciso 2° del COT).

Cuando las gestiones debieren efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias urgentes, la autorización judicial previa podrá ser concedida por el juez de garantía del lugar donde deban realizarse. Si se suscitare conflicto de competencia entre jueces de varios juzgados de garantía, cada uno de ellos estará facultado para otorgar las autorizaciones o realizar las actuaciones urgentes, mientras no se dirimiere la competencia (artículo 157 inciso 4° del COT).

La competencia del Juez de Garantía, como la de las Cortes de Apelaciones, no se alterará por razón de haber sido comprometidos por el hecho intereses fiscales (artículo 157 inciso 5° del COT).

B. COMISIÓN DE VARIOS DELITOS

En el nuevo sistema procesal penal no se hace ninguna distinción en caso de pluralidad de delitos o de delitos conexos para determinar la competencia del tribunal competente. Para los efectos de regular esa materia, se contempla una norma única en el artículo 159 del COT, la que contempla las siguientes reglas:

1°. Si en ejercicio de las facultades que la ley procesal penal confiere al Ministerio Público, éste decidiere investigar en forma conjunta hechos constitutivos de delito en los cuales son competentes más de un juez de garantía en atención a haberse cometido en más de un territorio jurisdiccional, continuará conociendo de las gestiones relativas a dichos procedimientos el juez de garantía del lugar de comisión del primero de los hechos investigados.

Es decir, el Ministerio Público, en la dirección exclusiva de la investigación, puede decidir acumular las investigaciones de diversos delitos cometidos en distintos lugares y, por ende, de la competencia territorial de diversos juzgados de garantía. En este caso es competente para seguir conociendo de las investigaciones acumuladas el juzgado de comisión del primero de los hechos,

2°. En el evento anterior, el Ministerio Público comunicará su decisión en cada uno de los procedimientos que se seguirán en forma conjunta, para lo cual solicitará la citación a una audiencia judicial de todos los intervinientes en ellos. El o los jueces de garantía inhibidos harán llegar copias de los registros que obraren en su poder al juez de garantía al que correspondiere continuar conociendo de las gestiones a que diere lugar el procedimiento.

3°. Si el Ministerio Público decidiere posteriormente separar las investigaciones que llevare conjuntamente, continuarán conociendo de las gestiones correspondientes los jueces de garantía competentes de conformidad a la regla general contenida en el artículo 157, procediéndose de conformidad a los incisos segundo y tercero del artículo 159 del COT.

Por otra parte debe tenerse también presente dos normas relevantes aplicables a la comisión de varios delitos por un mismo sujeto y/o la concurrencia de diversos sujetos, alguno de los cuales se encuentre sometido a la competencia de los tribunales militares.

A la primera situación se refiere la norma contenida en el artículo 164 que dispone que cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto.

Por su parte, si siendo muchos los responsables de un delito, hubiere entre ellos individuos sometidos a los tribunales militares y otros que no lo estén, el tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás (artículo 169). En este caso, el fuero militar, por el cual uno de los varios intervinientes queda sometido a los tribunales militares y no a los tribunales ordinarios, “arrastra” a los demás individuos.

La redacción del precepto es amplia, ya que no habla de “autores” sino de “responsables”, y en un delito no sólo es responsable el autor, sino también el cómplice

y el encubridor. En consecuencia, se puede llegar a la conclusión que, atendida la redacción del precepto, el juez militar será competente para conocer del hecho en que aparezcan civiles involucrados cuando al menos el encubridor se encuentre sujeto a la competencia de tribunales militares.

En el artículo transcrito, la voz "fuero" no está tomada en el sentido de regla de competencia sino que en el de persona sujeta a los tribunales militares.

11.2. Delitos cometidos en el extranjero

Hemos señalado con anterioridad que en nuestro país rige el principio de la territorialidad (artículo 6° CP, 5° COT), en razón del cual, la ley penal sólo rige en Chile y en su territorio afecta a todos los habitantes, sean chilenos o extranjeros. Sin embargo, también hemos visto que existe una importante excepción, contemplada en el artículo 6° del COT y en cuya virtud los tribunales chilenos pueden conocer de ciertos delitos cometidos en el extranjero.

A esta excepción se refiere el artículo 167 de COT en los siguientes términos:

*"Las competencias propias de los Jueces de Garantía y de los Tribunales Orales en lo Penal respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional que fueren de conocimiento de los tribunales chilenos serán ejercidas, respectivamente, por los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme al turno que dicho tribunal fije a través de un auto acordado."*¹²

Existe, en todo caso, una regla especial de competencia referente a delitos calificados como atentatorios contra la seguridad del Estado cuando éstos son perpetrados fuera del territorio de la República. En efecto, de acuerdo al artículo 27, letra a) de la Ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, de la investigación de estos delitos cometidos en el extranjero por chilenos y extranjeros al servicio de la República será dirigida por el fiscal adjunto de la Región Metropolitana que sea designado por el Fiscal Regional Metropolitano que tenga competencia sobre la comuna de Santiago, sin perjuicio de las potestades del Fiscal Nacional que contempla la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.¹³

12. LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL

FORMAS DE HACER VALER LA INCOMPETENCIA DEL TRIBUNAL

La sanción a la infracción de las reglas de la competencia absoluta y relativa es la nulidad procesal.

¹² El auto acordado al que hace referencia el precepto legal transcrito precedentemente fue dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 22 de mayo de 2007 y publicado en el Diario Oficial de 19 de junio de 2007.

¹³ Artículo modificado por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

El legislador ha establecido diversas formas comunes de hacer valer la nulidad procesal por infracción a las reglas de la competencia absoluta y relativa, las que en algunos casos presentan ciertas particularidades tratándose de las que dicen relación con la competencia relativa en los asuntos civiles contenciosos atendiendo su orden privado respecto de las demás que revisten el carácter de orden público, diferencias a las cuales nos vamos a referir expresamente en las materias que ellas concurren.

Las vías que el legislador ha contemplado para hacer valer la nulidad procesal son las siguientes:

12.1. De oficio por el tribunal

Conforme el artículo 163, si el tribunal estimare haberse producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, lo pondrá en conocimiento del interviniente en el procedimiento a quien estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que proceda como creyere conveniente a sus derechos, a menos de que se trate de una nulidad de las previstas en el artículo 160, caso en el cual podrá declararla de oficio.

En el artículo 163 se contempla la facultad del tribunal para declarar la nulidad con carácter más limitado, pero dentro de la cual debemos considerar comprendida la declaración de nulidad por incompetencia del tribunal por violarse con ello el principio del juez natural que se prevé en el artículo 2º de ese cuerpo legal.

Esta interpretación se ve avalada por la consagración de la incompetencia como un motivo absoluto para deducir el recurso de nulidad en la letra a) del artículo 374.

12.2. Por vía incidental

La posibilidad de alegar la incompetencia del tribunal a través de la promoción de un incidente se puede verificar a través de la declinatoria de competencia, la inhibitoria de competencia, el incidente de nulidad procesal:

A. DECLINATORIA DE COMPETENCIA

En el proceso penal, la declinatoria de competencia por infracción de las reglas de la competencia absoluta y relativa respecto del juez de garantía se puede alegar como una excepción de previo y especial pronunciamiento de acuerdo a lo previsto en el artículo 264 letra a).

Dicha excepción se puede hacer valer hasta el inicio de la audiencia de preparación de juicio oral (artículo 263 letra b), sin perjuicio que ella puede ser planteada también durante el juicio oral (artículo 265). El tribunal debe resolver de inmediato, luego de haber escuchado a los otros intervinientes, la excepción de incompetencia, la que es apelable (artículo 271).

B. INHIBITORIA DE COMPETENCIA

La inhibitoria de competencia es aquel incidente especial que se promueve ante el tribunal que se cree competente y que no está conociendo del asunto pidiéndole que

se dirija al tribunal, que es incompetente pero que está conociendo del negocio, para que se inhíba y le remita los autos (artículos 102 CPC y 52 CPP)

El tribunal ante el cual se presenta la solicitud debe analizar los antecedentes y pronunciarse acerca de su competencia. Si estima que la solicitud es procedente, le solicitará al tribunal que está conociendo del asunto que se inhíba de seguir conociendo de él y le remita el proceso.

Requerido el tribunal que está conociendo del asunto deberá oír a la parte que ante él litiga, y con lo que ella exponga o en su rebeldía, procederá a acceder a la inhibición o negar lugar a ella. Si se niega se generará una contienda positiva de competencia. Si acepta la inhibitoria, remitirá los autos al tribunal requirente, resolviéndose con ello la cuestión de competencia.

Sobre la materia debemos tener presente, que si se suscitare un conflicto de competencia entre jueces de varios juzgados de garantía en relación con el conocimiento de una misma causa criminal, mientras no se dirimiere dicha competencia, cada uno de ellos estará facultado para realizar las actuaciones urgentes y otorgar las autorizaciones que, con el mismo carácter, les solicite el Ministerio Público.

De los jueces entre quienes se hubiere suscitado la contienda, aquel en cuyo territorio jurisdiccional se encontraren quienes estuvieren privados de libertad en la causa resolverá sobre su libertad (artículo 72).

Lo trascendente desde un punto de vista orgánico es determinar el tribunal encargado de resolver la contienda de competencia:

i) Juzgados de garantía en conflicto con superior común: la contienda es resuelta por el tribunal superior común (p. ej. Juzgado de garantía de Ñuñoa y Las Condes: Resuelve C. Ap. Stgo.). Artículo 190 inciso 1° COT.

ii) Tribunales en conflicto, de distinta jerarquía: será competente para resolver la contienda el superior de aquel que tenga jerarquía más alta. Artículo 190 inciso 2° COT.

iii) Tribunales en conflicto que dependen de diversos superiores, iguales en jerarquía: será competente para resolver la contienda el que sea superior del tribunal que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto. Artículo 190 inciso 3° COT.

iv) Entre tribunales especiales y los tribunales ordinarios, dependientes ambos de una misma Corte de Apelaciones: La contienda debe ser resuelta por la Corte de Apelaciones. Artículo 191 inciso 1° COT.

vi) Entre tribunales especiales y los tribunales ordinarios, dependientes ambos de diversas Cortes de Apelaciones: La contienda debe ser resuelta por la Corte de Apelaciones que sea superior jerárquico del tribunal que hubiere prevenido en el conocimiento del asunto. Artículo 191 inciso 2° COT.

vii) Si no pudieren aplicarse las reglas precedentes, resolverá la contienda la Corte Suprema.

viii) Contiendas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales inferiores de justicia: Corresponderá resolver la contienda a la Corte Suprema. Artículo 191 inciso 4° COT.

ix) Contendidas de competencia que se susciten entre las autoridades políticas o administrativas y los tribunales superiores de justicia: Corresponderá resolver la contienda al Senado. Artículo 53 N° 3 CPR.

Todas las contiendas de competencia serán falladas en única instancia. Artículo 192 COT.

Dirimida la competencia, serán puestas inmediatamente a disposición del juez competente las personas que se encontraren privadas de libertad, así como los antecedentes que obraren en poder de los demás jueces que hubieren intervenido (artículo 73 inciso 1°).

En cuanto al efecto que genera la competencia, se establece perentoriamente que todas las actuaciones practicadas ante los jueces que resultaren incompetentes serán válidas, sin necesidad de ratificación por el juez que fuere declarado competente (artículo 73 inciso 2°).

De acuerdo con ello, el efecto de la declaración de incompetencia del juez de garantía es que éste debe cesar en el conocimiento del asunto, el que debe ser conocido en el futuro por aquel que fuere competente.

C. EL INCIDENTE DE NULIDAD PROCESAL

La tramitación de un proceso por parte de un tribunal incompetente es un vicio que da lugar para promover un incidente de nulidad procesal, pudiéndose hacer ella valer de acuerdo a lo previsto en el artículo 74 y 161 del CPP.

Finalmente, debemos tener presente que se contempla una oportunidad preclusiva especial para hacer valer los conflictos de competencia.

Transcurridos tres días desde la notificación de la resolución que fijare fecha para la realización de la audiencia del juicio oral, la incompetencia territorial del tribunal del juicio oral en lo penal no podrá ser declarada de oficio ni promovida por las partes (artículo 74 inciso 1°).

Si durante la audiencia de preparación del juicio oral se planteara un conflicto de competencia, no se suspenderá la tramitación, pero no se pronunciará la resolución de auto de apertura de juicio oral mientras no se resolviera el conflicto (artículo 74 inciso 2°).

D. EL RECURSO DE NULIDAD

En el proceso penal, la incompetencia del tribunal de juicio oral que pronuncia la sentencia definitiva es una causal para deducir el recurso de nulidad en su contra (artículo 374 letra a).

13. LAS REGLAS DE DISTRIBUCIÓN DE CAUSAS

En el actual sistema procesal penal, no cabe aplicar las reglas de distribución de causas porque sólo existe un tribunal de garantía y de tribunal de juicio oral en la

respectiva comuna. Los asuntos se dividen entre los jueces que conforman el tribunal de garantía y entre las diversas Salas del tribunal oral en lo penal de conformidad al procedimiento objetivo y general que aprueba el comité de Jueces de conformidad a lo previsto en los artículos 15, 17 y 23 letra a) del COT.

14. LAS IMPLICANCIAS Y RECUSACIONES

La jurisdicción es una función del Estado que requiere ser ejercida por un órgano integrado por jueces imparciales. Si el juez que ejerce jurisdicción no es imparcial no se configura uno de los presupuestos básicos para que nos encontremos ante el debido proceso.

Para resguardar esta imparcialidad se ha establecido el sistema de las implicancias y recusaciones.

Las implicancias y recusaciones conducen a una incompetencia accidental o subjetiva conforme a lo previsto en el artículo 194 del COT.

De acuerdo con lo anterior, podemos afirmar que el debido proceso requiere de un juez imparcial, esto es, que no sea parte en el conflicto, e imparcial, esto es, que no tenga interés en el conflicto que debe resolver.

Las implicancias o recusaciones son inhabilidades por las causales previstas en la ley, que inhabilitan a un juez o funcionario naturalmente competente para conocer o participar en un determinado asunto, por considerarse que existe un interés presente que le hace perder la imparcialidad requerida en la función que desempeña. Las implicancias y recusaciones, también denominadas causales de incompetencia subjetiva se regulan en los artículos 194 y siguientes y 483 y siguientes del COT y 113 y siguientes del CPC.

14.1. Causales

Las causas de implicancias se contemplan en el artículo 195 del COT. Las de recusaciones en el artículo 196 del mismo. Tradicionalmente suelen agruparse las causales en las siguientes cinco categorías:

1. Parentesco:	Implicancias, artículo 195 N°s. 2, 4, 6, 7 y 9 Recusaciones, artículo 196 N°s. 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 11 y 13
2. Interés	Implicancias, artículo 195 N°s. 1, 3, 5, 6, 7 y 9 Recusaciones, artículo 196 N°s. 4, 5, 12, 14, 17 y 18
3. Amistad	Recusación, artículo 195 N° 15
4. Enemistad	Recusación, artículo 195 N° 16
5. Emisión de juicio o anticipo juicio sobre cuestión pendiente	Implicancia, artículo 195 N° 8 Recusación, artículo 195 N° 10

Especial trascendencia tiene en esta materia, el inciso final del artículo 195 del COT el que establece como causales de impugnancias en el proceso penal, respecto de los jueces con competencia criminal, además de las señaladas, las siguientes:

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

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

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

Planteada la inhabilitación del juez de garantía, quien debiere subrogarlo conforme a la ley continuará conociendo de todos los trámites anteriores a la audiencia de preparación del juicio oral, la que no se realizará hasta que se resolviere la inhabilitación (artículo 75 CPP). La subrogación del juez de garantía deberá verificarse de acuerdo a las reglas contempladas en los artículos 206 a 209 del COT.

Las solicitudes de inhabilitación de los jueces del tribunal de juicio oral deberán plantearse, a más tardar, dentro de los tres días siguientes a la notificación de la resolución que fijare fecha para el juicio oral, y se resolverán con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia.

Cuando los hechos que constituyeren la causal de impugnancia o recusación llegaren a conocimiento de la parte con posterioridad al vencimiento del plazo previsto en el inciso anterior y antes del inicio del juicio oral, el incidente respectivo deberá ser promovido al iniciarse la audiencia del juicio oral.

Con posterioridad al inicio de la audiencia del juicio oral, no podrán deducirse incidentes relativos a la inhabilitación de los jueces que integren el tribunal. Con todo, si cualquiera de los jueces advirtiere un hecho nuevo constitutivo de causal de inhabilitación, el tribunal podrá declararla de oficio.

El tribunal continuará funcionando con exclusión del o de los miembros inhabilitados, si éstos pudieren ser reemplazados de inmediato en virtud de lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 281, o si continuare integrado por, a lo menos, dos jueces que hubieren concurrido a toda la audiencia. En este último caso, deberán alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Si no se cumpliera alguna de estas condiciones, se anulará todo lo obrado en el juicio oral.

La normas para la integración del tribunal oral en caso de inhabilitación de alguno de sus miembros se contemplan en los artículos 210 a 210 B del COT.

14.2. Paralelo entre las impugnancias y recusaciones

	IMPUGNANCIAS	RECUSACIONES
Fuentes	Artículo 195	Artículo 196
Extensión	A todos los jueces; funcionarios judiciales y peritos	A todos los jueces; funcionarios judiciales y peritos
Obligación jueces	Artículo 199	Artículo 199

	IMPLICANCIAS	RECUSACIONES
Fundamento	Presunción falta responsabilidad	Presunción falta responsabilidad
Gravedad	Mayor	Menor
Modo de operar	Declaración de oficio o voluntad de parte. Artículo 200	Petición de parte, sin perjuicio tribunal la declare de oficio. Artículo 200
Disponibilidad	Orden público	Orden privado
Purga	No existe	Se purga artículo. Artículo 114 CPC
Renuncia tácita	No existe	Procede si no se alega dentro de 5° día. Artículo 125 CPC
Infraacción	Delito Prevaricación. Artículo 224 C. Penal	No hay delito
Consignación	Artículo 118 CPC	Artículo 118 CPC
Efectos interposición	Artículos 119 y 120 CPC	Artículo 119 y 120 C.P.C y 75 y 76 CPP
Competencia	Ante propio afectado. Artículo 203 COT	Superior jerárquico Artículo 204 COT
Causal casación forma	Basta su concurrencia	Debe haber sido alegada 768 N° 2 CC, 541 N° 7 CPP y 374 letra a) CPP
Naturaleza jurídica	Incidente especial	Incidente especial
Vía amistosa	No existe	Procede 124 CPC
Apelación	Inapelable, salvo la que pronuncia juez unipersonal desechando la impugnación	Inapelable, salvo la que acepte la recusación amistosa, o declare de oficio inhabilitación por alguna causal de recusación. Artículo 205
Efectos	Integración y subrogación	Integración y subrogación

14.3. Recusación de abogados integrantes

Respecto de la invocación de causal y oportunidad para deducir una recusación respecto de los abogados integrantes podemos señalar, respectivamente, que:

- 1°. No se requiere expresar causa (artículo 198 COT).
- 2°. Antes del inicio de la audiencia.

14.4. Abandono de la impugnación y recusación

De conformidad a lo previsto en el artículo 123 del CPC, “*paralizado el incidente de impugnación o de recusación por más de diez días, sin que la parte que lo haya promovido haga gestiones conducentes para ponerlo en estado de que sea resuelto, el tribunal lo declarará de oficio abandonado con citación del recusante*”.

En consecuencia, tratándose de los incidentes de impugnación y recusación, el legislador ha previsto el plazo más breve para sancionar la inactividad del recusante (diez días) con la pérdida la impugnación y recusación que se haya hecho valer.

14.5. Renovación

“Cuando sean varios los demandantes o los demandados, la implicancia o recusación deducida por alguno de ellos, no podrá renovarse por los otros, a menos de fundarse en alguna causa personal del recusante” (artículo 128 del CPC).

SEGUNDA PARTE: DISPOSICIONES COMUNES

II. DISPOSICIONES COMUNES A TODO PROCEDIMIENTO

1. APLICACIÓN DE LAS INSTITUCIONES Y DISPOSICIONES COMUNES DEL PROCEDIMIENTO CIVIL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

1.1. Generalidades

El CPP en los artículos 14 a 52, del Título II del Libro I, denominado “Actividad procesal”, contempla un conjunto de reglas de tipo general, normalmente denominadas disposiciones comunes a todo procedimiento, desde que precisamente reciben aplicación en todos aquellos contemplados en el Código. Estas normas regulan:

- Los Plazos (artículos 14 a 18)
- Las Comunicaciones entre autoridades (artículos 19 a 21)
- Las Comunicaciones y citaciones del Ministerio Público (artículos 22 y 23)
- Las Comunicaciones y citaciones judiciales (artículos 24 a 33)
- Las Resoluciones y otras actuaciones judiciales (artículos 34 a 38)
- El Registro de actuaciones judiciales (artículos 39 a 44)
- Las Costas (artículos 45 a 51)
- Las Normas supletorias (artículo 52).

1.2. Reglas supletorias

La regla general se encuentra contenida en el artículo 52, conforme el cual son aplicables al procedimiento penal las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto no se opongan a disposiciones expresas del Código Procesal Penal.

Consecuente con la regla general, al procedimiento penal resulta aplicable la normativa relativa a notificaciones, plazos, incidentes, resoluciones judiciales y demás contenidas del Libro I del CPC, salvo las normas especiales contempladas en el CPP.

No cabe duda que actualmente existe una grave dificultad en aplicar en forma supletoria las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil al nuevo sistema procesal penal, dado que los principios que inspiran al primer cuerpo legal como son los de la escrituración, impulso de partes, mediación, y prueba legal no se condicen con los de la oralidad, concentración, continuidad, impulso de tribunal, inmediatez y sana crítica que rigen al nuevo sistema procesal penal.

De allí, que las disposiciones comunes a todo procedimiento contempladas en el Código de Procedimiento Civil debemos entender que se aplicarán al nuevo proceso penal en la medida que ellas no sean incompatibles con la naturaleza de los procedimientos.¹⁴

2. LOS PLAZOS

En materia penal, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito civil, por regla general, los actos procesales no se ven interrumpidos por días inhábiles, pudiendo ser realizados todos los días y en todo horario. En consecuencia, por regla general todos los días y horas son hábiles para realizar las actuaciones del procedimiento, sin suspenderse por la interposición de días feriados (artículo 14). Nos encontramos en consecuencia ante la manifestación de plazos continuos.

No obstante lo anterior, el legislador contempla una ampliación o prórroga legal de los plazos concedido a los intervinientes, cuando un plazo de días venciere en un día feriado, en cuyo caso dicho plazo se amplía hasta las 24 horas del día siguiente (artículo 14 inciso 2º) (por ejemplo si se trata del plazo para recurrir cuyo último día recayere en un día feriado).

Todos los plazos legales son fatales e improrrogables, y a diferencia del procedimiento civil, ello afecta tanto a los intervinientes como al tribunal (artículo 16). Respecto de los plazos judiciales, por el contrario, y no existiendo norma especial en materia penal, recibe plena aplicación el artículo 67 del CPC, y en consecuencia son prorrogables si aquello se solicita antes del vencimiento y se alega justa causa.

La fatalidad de los plazos encuentra sin embargo una excepción en el artículo 17, que regula en carácter general el entorpecimiento en materia penal, ya que, excepcionalmente se prevé la concesión de un nuevo plazo, siempre que por hechos inimputables, por un defecto en la notificación, por fuerza mayor o por caso fortuito, un interviniente se hubiere visto impedido de ejercer un derecho o desarrollar una actividad dentro del plazo establecido por la ley, en cuyo caso puede solicitarse al tribunal un nuevo plazo, que puede ser otorgado por el mismo lapso. En todos estos eventos el plazo para alegar el entorpecimiento es dentro de los 5 días siguientes al cese impedimento.

El CPP regula especialmente el cómputo del plazo de horas establecido para las actuaciones del proceso, los que comienzan a correr después de ocurrido el hecho que fijare su iniciación, sin interrupción (artículo 15).

Finalmente el legislador permite la renuncia de los plazos, total o parcialmente, en forma expresa. Si plazo fuere común requiere el consentimiento de todos los intervinientes y aprobación del tribunal (artículo 18). La renuncia puede verificarse en

¹⁴ Esta aplicación del principio de la supletoriedad del Código de Procedimiento Civil respetando la naturaleza o los principios que inspiran a los diversos procedimientos se ha consagrado expresamente en los artículos 27 de la Ley Nº 19.968 que crea los Tribunales de Familia y 432 del Código del Trabajo.

forma oral o escrita, pero en el juicio oral solo se admite la renuncia por dicha via (artículo 291 inciso 2°).

3. REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN A AUTORIDADES Y ÓRGANOS DEL ESTADO

El legislador regula en el artículo 19 el requerimiento de información que tanto los tribunales con competencia penal, como el Ministerio Público pueden efectuar a toda autoridad y órgano del Estado, quienes deben proporcionarla sin demora.

Los sujetos con facultades para efectuar tales solicitudes son tanto el Ministerio Público, como los tribunales con competencia en lo penal, en tanto que los destinatarios, cualquier autoridad y órganos del Estado.

El requerimiento debe contener los antecedentes necesarios para su comprensión y posibilidad de cumplimiento, es decir fecha y lugar de expedición, los antecedentes necesarios para su cumplimiento, el plazo que se otorgare para que se llevare a efecto y la determinación del fiscal o tribunal requirente.

Estos requerimientos de información, al igual que todas las comunicaciones, pueden realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente (artículo 21).

En cuanto al objeto del requerimiento, pueden tener por finalidad la realización de diligencias y/o la entrega de información. En este sentido no se trata de “solicitudes”, sino de requerimientos efectuados por los órganos con atribuciones suficientes. Es por ello que incluso tratándose de informaciones o documentos secretos que en virtud de la ley tuvieran en carácter de secretos, el requerimiento se atenderá observando las prescripciones de la ley respectiva, si las hubiere, y, en caso contrario, adoptándose las precauciones que aseguren que la información no será divulgada.

Frente a la negativa o retardo de cumplimiento, a pretexto del carácter secreto o reservado y si el fiscal estimare indispensable la realización de la actuación, remitirá los antecedentes al fiscal regional quien, si compartiere esa apreciación, solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que, previo informe de la autoridad de que se tratare, recabado por la vía que considerare más rápida, resuelva la controversia. La Corte adoptará esta decisión en cuenta. Si fuere el tribunal el que requiriere la información, formulará dicha solicitud directamente ante la Corte de Apelaciones.

Si la razón invocada por la autoridad requerida para no enviar los antecedentes solicitados fuere que su publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, la cuestión deberá ser resuelta por la Corte Suprema.

Aun cuando la Corte llamada a resolver la controversia rechazare el requerimiento del fiscal, por compartir el juicio de la autoridad a la que se hubieren requerido los antecedentes, podrá ordenar que se suministren al Ministerio Público o al tribunal los datos que le parecieren necesarios para la adopción de decisiones relativas a la investigación o para el pronunciamiento de resoluciones judiciales.

Las resoluciones que los ministros de Corte pronunciaren para resolver estas materias no los inhabilitarán para conocer, en su caso, los recursos que se dedujeren en la causa de que se tratare (artículo 19).

3.1. Solicitudes entre tribunales nacionales

Cuando un tribunal debiere requerir de otro la realización de una diligencia dentro del territorio jurisdiccional de éste, le dirigirá directamente la solicitud, sin más menciones que la indicación de los antecedentes necesarios para la cabal comprensión de la solicitud, y las generales aplicables a todo requerimiento.

Si el tribunal requerido rechazare el cumplimiento del trámite o diligencia indicado en la solicitud, o si transcurriere el plazo fijado para su cumplimiento sin que éste se produjere, el tribunal requirente podrá dirigirse directamente al superior jerárquico del primero para que ordene, agilice o gestione directamente la petición.

3.2. Solicitudes de asistencia internacional

La ley regula también la tramitación de solicitudes de asistencia internacional, disponiendo que las solicitudes de autoridades competentes de país extranjero para que se practiquen diligencias en Chile serán remitidas directamente al Ministerio Público, el que solicitará la intervención del juez de garantía del lugar en que deban practicarse, cuando la naturaleza de las diligencias lo hagan necesario de acuerdo con las disposiciones de la ley chilena (artículo 20 bis).¹⁵

4. CITACIONES ADMINISTRATIVAS Y COMUNICACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

a) El Ministerio Público en tanto órgano administrativo, no practica notificaciones, las que en cuanto actuación procesal está reservada a los órganos jurisdiccionales.

Las citaciones administrativas del Ministerio se regulan en el artículo 23, conforme al cual, cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla por cualquier medio idóneo.

El Ministerio Público no puede disponer directamente de medidas de apremio, motivo por el cual si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.

Con todo, el fiscal no podrá recabar directamente la comparecencia personal de las personas o autoridades a que no están obligadas a comparecer como testigos a la audiencia del juicio, y a que se refiere el artículo 300. Si la declaración de dichas personas o autoridades fuere necesaria, procederá siempre previa autorización del juez de garantía y conforme lo establece el artículo 301.

b) Por su parte, las comunicaciones del Ministerio Público constituyen la forma a través de la cual este órgano pone en conocimiento de los restantes intervinientes en el procedimiento alguna actuación o decisión que, por disposición legal, esté obligado a comunicar formalmente (artículo 22).

¹⁵ Artículo agregado por Ley N° 20.074, de 14/11/2005.

Estas comunicaciones a los otros intervinientes puede hacerlo “*por cualquier medio razonable que resulte eficaz*”, bajo su responsabilidad, siendo de su cargo acreditarlo correspondientemente.

Si el interviniente prueba que por deficiencia de la comunicación se hubiere encontrado impedido de ejercer oportunamente un derecho o desarrollar alguna actividad dentro del plazo establecido por la ley, puede solicitar nuevo plazo conforme las condiciones y circunstancias del entorpecimiento regulado en el artículo 17 (artículo 22).

5. NOTIFICACIONES Y CITACIONES JUDICIALES

5.1. *Notificaciones judiciales*

Las notificaciones judiciales se regulan en los artículos 24 a 32, y en todo lo no previsto en ellos, las notificaciones que hubieren de practicarse a los intervinientes en el procedimiento penal se regirán por las normas contempladas en el Título VI del Libro I del Código de Procedimiento Civil (artículo 32). Las citaciones judiciales, por su parte, se regulan en el artículo 33.

Las notificaciones son el acto jurídico procesal mediante el cual se da eficacia a las resoluciones judiciales y se ponen éstas en conocimiento de las partes, en el caso del procedimiento penal, de los intervinientes.

Respecto de los funcionarios habilitados para practicar las notificaciones, a diferencia del procedimiento civil en que las notificaciones son practicadas por el secretario del tribunal o el receptor judicial, por regla general, en materia penal las notificaciones de las resoluciones judiciales se realizarán por los funcionarios del tribunal que hubiere expedido la resolución, que hubieren sido designados para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal.

El tribunal podrá ordenar que una o más notificaciones determinadas se practicaren por otro ministro de fe (artículo 24).

5.2. *Tipos de notificaciones*

Conforme dispone expresamente el artículo 32, la normas previstas en el CPC, son plenamente aplicables al proceso penal, salvo las modificaciones establecidas en el párrafo respectivo del CPP. Los tipos de notificaciones existentes en el proceso penal son:

- a) La notificación personal (artículos 40 y 44 CPC)
- b) La notificación por cédula (artículo 48 CPC)
- c) La notificación por estado diario (artículo 50 CPC)
- d) Otras formas de notificación.

Las “otras formas de notificación” resultan relevantes de mencionar, ya que cualquiera de los intervinientes puede proponer para sí otras formas de notificación,

las que el tribunal puede aceptar, si, en su opinión, resultan eficientes y no causan indefensión. Por ejemplo, notificación vía correo electrónico, fax, etc.

Respecto del domicilio de los intervinientes y en relación con las notificaciones, debemos hacer presente desde ya que en su primera intervención en el procedimiento los intervinientes deberán ser conminados por el juez, por el Ministerio Público, o por el funcionario público que practicare la primera notificación, a indicar un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcione el tribunal respectivo y en el cual puedan practicárseles las notificaciones posteriores. Asimismo, deberán comunicar cualquier cambio de su domicilio.

En caso de omisión del señalamiento del domicilio o de la comunicación de sus cambios, o de cualquier inexactitud del mismo o de la inexistencia del domicilio indicado, opera la sanción a que nos referiremos al tratar la notificación por el estado diario.

A. NOTIFICACIÓN PERSONAL

La notificación personal constituye la fórmula más perfecta de comunicar una resolución judicial, definiéndose como aquella consistente en la entrega a la persona a quien se debe notificar, en forma personal, de copia íntegra de la resolución y de la solicitud en que haya recaído, cuando sea escrita.

Conforme el CPC, la notificación personal puede emplearse para notificar cualquier resolución, pudiendo reemplazar a todas las demás¹⁶. Las resoluciones que deben practicarse personalmente son¹⁷:

- i) En toda gestión judicial, la primera notificación a las partes o personas a quienes haya de afectar sus resultados (artículo 40 CPC).
- ii) Cuando la ley dispone que se notifique a alguna persona para la validez de ciertos actos (artículo 47 CPC)
- iii) Cuando los tribunales lo ordenen expresamente (artículo 47 CPC).

Según lo anterior y la regulación que efecto el CPP, en el procesal penal podemos distinguir 3 actuaciones que implican una notificación personal:

- a) La primera notificación.
- b) La notificación al imputado privado de libertad.
- c) Notificaciones en audiencia.

¹⁶ "Podrá, además, usarse en todo caso (artículo 47 final CPC).

¹⁷ También se notifica personalmente en materia civil la resolución que da lugar al cumplimiento de una sentencia en contra de un tercero dentro del procedimiento incidental (artículo 233 inciso 2º CPC), pudiendo también notificarse personalmente o por cédula, las notificaciones que se hagan a terceros que no sean parte en el juicio o a quienes no afectan sus resultados (artículo 56 CPC), por ejemplo a peritos o testigos; y las resoluciones que se dicten en el proceso, cuando éste ha estado paralizado sin que se hubieren dictado resoluciones por un plazo de 6 meses (artículo 52 CPC).

i) Primera Notificación.

Rige en esta materia la norma prevista en el artículo 40 del CPC ya citado, por lo que la primera notificación a la parte o personas a quienes haya de afectar resultados, debe practicarse personalmente, con el contenido que regula el artículo 25 es decir, la notificación deberá incluir una copia íntegra de la resolución de que se tratare, con la identificación del proceso en el que recayere, a menos que la ley expresamente ordenare agregar otros antecedentes, o que el juez lo estimare necesario para la debida información del notificado o para el adecuado ejercicio de sus derechos.

Si la persona a notificar no es habida, aplica igualmente la norma del artículo 44, pudiendo ser notificado personalmente no en persona.

Tratándose del querellante o denunciante, bastará su notificación por estado diario, de acuerdo a las reglas generales.

ii) Notificaciones al imputado privado de libertad.

Las notificaciones al imputado que se encontrare privado de libertad se efectúan en persona en el establecimiento o recinto en que se encontrare, aunque aquél se encontrare fuera del territorio jurisdiccional del tribunal, por un funcionario del establecimiento y bajo la responsabilidad del jefe del mismo. La notificación se verifica mediante la entrega del texto de la resolución y cualquier otro antecedente que el tribunal estime relevante. Puede ser enviada por cualquier medio idóneo (fax, correo, etc.). Si el imputado no sabe leer o no puede, le debe ser leída (artículo 29 CPP).

Excepcionalmente el tribunal puede disponer, por resolución fundada, que la notificación de determinadas resoluciones sea practicada en el recinto en que funcione.

En el caso del sujeto privado de libertad ciertamente no opera la notificación personal subsidiaria, debiendo siempre ser notificado en persona.

iii) Notificación en audiencia.

Las resoluciones pronunciadas durante las audiencias judiciales se entenderán notificadas a los intervinientes en el procedimiento que hubieren asistido o debido asistir a las mismas (artículo 30).

En este evento, no hay entrega de antecedentes escritos, perfeccionándose la notificación por la comunicación verbal efectuada en la audiencia, quedando constancia en el estado diario, pero sin que su omisión invalide la notificación. Los interesados pueden pedir copias de los registros de actuaciones.

Considerando que el proceso penal se estructura sobre la base de la garantía de la oralidad¹⁸, la que se concreta en la realización de las diversas audiencias desa-

¹⁸ Ver las garantías del sistema procesal penal del apartado 3.2. letra B, del Capítulo Primero.

rolladas ante el juez de garantía¹⁹ y el tribunal oral en lo penal²⁰, será esta forma de notificación la de mayor ocurrencia en la práctica en el actual sistema procesal penal.

B. NOTIFICACIÓN POR CÉDULA

Este tipo de notificación es aquella consistente en la entrega en el domicilio del notificado, por parte del ministro de fe, de copia íntegra de la resolución y los datos necesarios para su acertada inteligencia, que en materia penal se complementa con los datos previstos en el artículo 25.

Considerando que en materia penal no existe “auto de prueba” ni debe notificarse la sentencia en una oportunidad o actuación distinta de la audiencia, la notificación por cédula sólo procedería cuando se ordenara la comparecencia personal de las partes o el tribunal lo ordenare expresamente.²¹

El CPP se refiere a este tipo de notificación sólo en una disposición (artículo 68), pero que no se refiere a un procedimiento penal: Si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan

¹⁹ Las principales audiencias que le corresponde realizar durante la fase de investigación al juez de garantía son:

- a. Control de detención (artículo 132).
- b. Formalización de la investigación (artículos 231 y 232).
- c. Pronunciarse sobre la solicitud de otorgamiento, modificación o revocación de la prisión preventiva o otra medida cautelar personal (artículos 142, 144 y 155 CPP).
- d. Terminación de la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales (artículos 152 y 155 CPP).
- e. Cautela de garantías (artículo 10 inciso 2º).
- f. Prueba anticipada de testigos (artículos 191 y 192).
- g. Declaración judicial del imputado como medio de defensa (artículo 98).
- h. Cierre de la investigación en caso que el fiscal no lo hubiere efectuado dentro del plazo respectivo (artículo 247).
- i. Aprobar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios (artículo 245).
- j. Conocer de la solicitud de sobreseimiento definitivo, temporal o no perseverar en la investigación del fiscal de (artículo 249).
- k. Preparación del juicio oral (artículo 260).

Por su parte el procedimiento monitorio, el simplificado, el abreviado y el de acción penal privada, se desarrolla también en audiencias.

²⁰ El juicio oral se desarrolla en una audiencia oral, en la que se establece la inadmisibilidad absoluta de efectuar presentaciones, argumentaciones o peticiones por escrito, dado que toda intervención de quienes participan en ella debe efectuarse verbalmente (artículo 291).

²¹ En materia civil se notifican por cédula:

- i. La sentencia definitiva de primera o única instancia.
- ii. La resolución que ordena la comparecencia personal de las partes.
- iii. La resolución que ordena recibir la causa a prueba en el juicio.
- iv. Cuando el tribunal lo disponga o la ley lo establezca (artículos 48, 211-2, 233, 442, 450, 595 y 629 CPC).

el procedimiento abreviado, o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal.

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario.

C. NOTIFICACIÓN POR EL ESTADO DIARIO

Este tipo de notificación es aquella que se entiende practicada por el hecho de incluirse en un estado que debe formarse y fijarse diariamente en la secretaría del tribunal, y que conforme el artículo 50 del CPC constituye la regla general, aplicable a todos aquellos casos que no tengan señalada una regla especial. En la estructura orgánica de los tribunales no existe la función de secretaría, sino que la de jefe de unidad administrativa de los juzgados de garantía y del tribunal de juicio oral en lo penal que tenga a su cargo la administración de causas, quienes son los encargados de confeccionar dicho estado.

Conforme señalamos anteriormente, en su primera intervención en el procedimiento los intervinientes deberán ser conminados por el juez, por el Ministerio Público, o por el funcionario público que practicare la primera notificación, a indicar un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcionare el tribunal respectivo y en el cual puedan practicárseles las notificaciones posteriores. Asimismo, deberán comunicar cualquier cambio de su domicilio.

En caso de omisión del señalamiento del domicilio o de la comunicación de sus cambios, o de cualquier inexactitud del mismo o de la inexistencia del domicilio indicado, las resoluciones que se dictaren se notificarán por el estado diario. Para tal efecto, los intervinientes en el procedimiento deberán ser advertidos de esta circunstancia, lo que se hará constar en el acta que se levantara.

El mismo apercibimiento se formulará al imputado que fuere puesto en libertad, a menos que ello fuere consecuencia de un sobreseimiento definitivo o de una sentencia absolutoria ejecutoriados.

En consecuencia, además de constituir la regla general, se establece como sanción.

I. Cuando los intervinientes no señalen en su primera presentación un domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad de funcionamiento del tribunal.

II. Cuando no informaren los cambios en dicho domicilio informado, hubiere inexactitud o inexistencia del domicilio.

III. Cuando el imputado no cumpla tales obligaciones al ser puesto en libertad (artículo 26 CPP).

D. OTRAS FORMAS DE NOTIFICACIÓN

Cualquier interviniente puede proponer para sí otras formas de notificación, las que el tribunal puede aceptar, si, en su opinión, resultan eficientes y no causan indefensión.

Finalmente, respecto de los sujetos a notificar el legislador distingue entre el imputado privado de libertad, al Ministerio Público y los demás intervinientes.

Respecto del Ministerio Público, éste será notificado en sus oficinas, para lo cual deberá indicar su domicilio dentro de los límites urbanos de la ciudad en que funcionare el tribunal e informar a éste de cualquier cambio del mismo (artículo 27).

Las notificaciones que debieren realizarse al imputado privado de libertad se le harán en persona en el establecimiento o recinto en que permaneciere, aunque éste se hallare fuera del territorio jurisdiccional del tribunal.

Los otros intervinientes son notificados exclusivamente en la persona de su mandatario constituido, salvo que la ley o el tribunal dispusieren que también se notifique directamente a aquél. De esta forma el mandatario judicial, en todos los eventos es el destinatario de la notificación, sin perjuicio que en ciertas situaciones, además, se requiera la notificación de la parte (artículo 28).

5.3. Funcionarios habilitados

Las notificaciones de las resoluciones judiciales se realizarán: (artículo 24)

a) Notificaciones personales o por cédula.

Estas notificaciones serán efectuadas, por regla general, por los funcionarios del tribunal que hubiere expedido la resolución respectiva, y que hubieren sido designados para cumplir esta función por el juez presidente del comité de jueces, a propuesta del administrador del tribunal.

No obstante lo anterior, se contemplan excepciones a dicha regla ya que:

I. El tribunal puede ordenar que una o más notificaciones determinadas se practiquen por otro ministro de fe o

II. En casos calificados y por resolución fundada, una notificación determinada puede ser practicada por un agente de la policía.

III. Al imputado privado de libertad, la notificación se le practica por un funcionario del establecimiento penitenciario y bajo la responsabilidad del jefe del mismo (artículo 29).

b) Notificaciones por estado diario.

Corresponde que sean efectuadas por el Jefe de la unidad administrativa que tenga a su cargo la administración de causas del respectivo tribunal.²²

²² Corresponderá al jefe de la unidad administrativa que tenga a su cargo la administración de causas del respectivo juzgado o tribunal autorizar el mandato judicial y efectuar las certificaciones que la ley señale expresamente.

6. CITACIONES JUDICIALES

La citación judicial consiste en la orden de comparecencia efectuada por el tribunal para la realización de un acto del procedimiento.

Según dispone el artículo 33, cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia.

Se hará saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.

El tribunal podrá ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas cuya presencia se requiriere, podrán ser arrestados hasta la realización de la actuación por un máximo de veinticuatro horas e imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales.

Si quien no concurriera injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, se le aplicará lo dispuesto en el artículo 287.

Consecuentemente con lo anterior, la notificación debe contener:

- I. El tribunal ante el cual se debe comparecer.
- II. Domicilio del tribunal.
- III. La fecha y hora de la audiencia.
- IV. La identificación del proceso de que se tratare.
- V. El motivo de su comparecencia.
- VI. La advertencia de los efectos de la incomparecencia injustificada.

Los efectos de la incomparecencia son:

- I. Que sean conducidos por medio de la fuerza pública.
- II. Quedar obligados al pago de las costas que causaren.
- III. Imposición de sanciones.

La justificación de la incomparecencia debe efectuarse ante el tribunal, antes de la audiencia para la que se ha sido citado.

Frente a la incomparecencia injustificada a la actuación el tribunal puede disponer la detención o sometimiento a prisión preventiva, tratándose del imputado; y el arresto, hasta la realización de la audiencia, por un máximo de 24 horas, y además, una multa de hasta 15 UTM, en el caso de testigos, peritos u otras personas requeridas.

Finalmente si el citado incomparecente injustificado es el abogado defensor o el fiscal se le aplicará la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por 2 meses.

7. REGISTRO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

Tal como se desarrolló oportunamente²³ el proceso penal se estructura sobre la base de la garantía de la oralidad, la que se concreta en la realización de las diversas audiencias desarrolladas ante el juez de garantía y el tribunal oral en lo penal, sin que, por regla general, existan actuaciones escritas. Sin embargo la oralidad no supone prescindir de los registros de las actuaciones verificadas en la audiencia. Así la ley prohíbe leer, incorporar o dar lectura en el juicio oral a los registros y demás documentos que den cuenta de actuaciones realizadas durante la investigación, pero los registros son esenciales para el control de las actuaciones y el avance de la investigación (artículos 39 a 44).

La ley regula dos registros relativos a la fase de investigación: a) el registro de las actuaciones del Ministerio Público (artículo 227), y b) el registro de las actuaciones policiales (artículo 228).

Conforme a la primera disposición legal, 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, así como el acceso a la misma de aquellos que de acuerdo a la ley tuvieren derecho a exigirlo.

La constancia de cada actuación deberá consignar a lo menos la indicación de la fecha, hora y lugar de realización, de los funcionarios y demás personas que hubieren intervenido y una breve relación de sus resultados.

Respecto del registro de las actuaciones policiales se dispone que la policía levantará un registro, en el que dejará constancia inmediata de las diligencias practicadas, con expresión del día, hora y lugar en que se hubieren realizado y de cualquier circunstancia que pudiere resultar de utilidad para la investigación. Se dejará constancia en el registro de las instrucciones recibidas del fiscal y del juez. El registro será firmado por el funcionario a cargo de la investigación y, en lo posible, por las personas que hubieren intervenido en los actos o proporcionado alguna información. En todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral.²⁴

A nivel judicial se regula en los artículos 39 y siguientes y es aplicable al registro de todas actuaciones de los tribunales con competencia penal.

²³ Ver las garantías del sistema procesal penal del apartado 3.2, letra B, del Capítulo Primero.

²⁴ Como se señaló en el apartado V 1, concepto y funciones de la Policía y VI 5.2, principales derechos del imputado, del Capítulo segundo, las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y la policía tienen el carácter de secretas para los terceros ajenos al procedimiento. El imputado y demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar y obtener copia de los registros y documentos de la investigación fiscal y examinar los de la investigación policial, salvo orden del fiscal que disponga el secreto para tales personas, respecto de determinadas actuaciones, registros o documentos, circunstancia que no puede exceder de 40 días. No obstante ello, el imputado o cualquier otro interviniente puede solicitar al juez de garantía, que ponga término al secreto o lo limite en cuanto a su duración, actuaciones o personas a quienes afecte. Los funcionarios que hubieren participado en la investigación y las demás personas que, por cualquier motivo, tuvieron conocimiento de las actuaciones de la investigación estarán obligados a guardar secreto respecto de ellas (artículo 182).

7.1. Reglas generales

- a) Toda actuación judicial realizada por o ante el juzgado de garantía, el tribunal de juicio oral en lo penal, Cortes de Apelaciones y Corte Suprema, debe ser registrada.
- b) Las sentencias y demás resoluciones que pronuncie el tribunal deben ser registradas siempre íntegramente.
- c) El registro consiste en cualquier medio apto para producir fe, que permita conservar y reproducir su contenido.

7.2. Registro de actuaciones ante los tribunales con competencia penal

El legislador estableció una regla de registro común aplicable a todo tribunal con competencia penal:

- a) Las audiencias deben ser registradas en forma íntegra.
- b) Por cualquier medio que asegure fidelidad (audio digital, video u otro soporte tecnológico equivalente) (artículo 41).

Debemos tener presente que esta materia fue objeto de modificación por la Ley N° 20.074²⁵. Antes de la modificación indicada el legislador establecía en el artículo 40 una regla de registro resumido de las audiencias ante el Juez de garantía, con la sola excepción de las sentencias y demás resoluciones dictadas por el tribunal que debían ser registrados íntegramente, y aquellas observaciones especiales que los intervinientes solicitaran registrar íntegramente.

7.3. Valor registro del juicio oral

El artículo 42 asigna valor al registro del juicio, el que demuestra:

- a) El modo en que se hubiere desarrollado la audiencia.
- b) La observancia de las formalidades previstas para ella.
- c) Las personas que hubieren intervenido, y
- d) Los actos que se hubieren llevado a cabo.

La omisión de las formalidades del registro no lo priva de valor cuando puedan suplirse con otros medios que acreditan lo ocurrido en audiencia, pudiendo acreditarse lo sucedido en la audiencia también dentro del recurso de nulidad a fin de acreditar la causal.

7.4. Conservación, reconstitución y examen de los registros

La responsabilidad de conservación y reconstitución de los registros corresponde al juzgado de garantía y del tribunal de juicio oral en lo penal respectivo, mientras dure la investigación y el proceso (unidad administradora de causas).

Si se produce un daño al soporte que contiene el registro, el tribunal debe ordenar reemplazarlo en todo o parte por una copia fiel (artículo 43).

²⁵ 14 de noviembre de 2005.

En cuanto al examen de los registros, la regla general es el libre acceso para los intervinientes, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley. Los terceros también, por regla general, tienen libre acceso a los registros, cuando den cuenta de actuaciones que fueren públicas de acuerdo con la ley, salvo que durante la investigación o la tramitación de la causa, el tribunal restringiere el acceso para evitar afectar la normal sustanciación o el principio de inocencia. En todo caso los registros son públicos transcurridos 5 años desde la realización de las actuaciones consignadas en ellos.

A petición de los intervinientes o de cualquier persona, se expedirán copias de los registros o de la parte de ellos que fuere pertinente, conforme a las reglas anteriores sobre privacidad (artículo 43).

7.5. Incorporación de las nuevas tecnologías en los Tribunales de Justicia

La necesidad de registrar y conservar las actuaciones judiciales en un proceso oral resulta evidente a fin de compatibilizar el principio que representan, con otros igualmente relevantes, como el de la transparencia, la revisión y la publicidad, entre otros.

Tal como dijimos oportunamente, el proceso de reforma implicó no sólo cambios en la concepción y finalidades del proceso, sino también en los sistemas organizativos del Poder Judicial, enfrentando una “profesionalización” de la administración de éstos. Conjuntamente con ello se hizo patente la necesidad de avanzar y profundizar en los procesos de la incorporación de las nuevas tecnologías a la gestión administrativa de los tribunales. En este sentido el proceso penal constituyó un fuerte impulso, precisamente por ejemplo, ante la necesidad de registrar adecuadamente aquellas actuaciones ante los tribunales que ahora se desenvolvían oralmente.²⁶

En consideración a los principios inspiradores del nuevo proceso penal y la necesidad práctica de recoger las innovaciones introducidas, la Corte Suprema adoptó una serie de decisiones relativas, primero al registro de las audiencias, y luego a los procedimientos administrativos internos aplicables por los nuevos tribunales. Es así que:

a) Con fecha 28 de enero de 2002, mediante Acuerdo del Pleno, se establece como único método oficial de registro de audiencias el Sistema de Audio.

b) Con fecha 18 de marzo de 2002, mediante Acuerdo del Pleno, se instruye a los Jueces de Garantía respecto a los registros a enviar junto al Auto de Apertura de Juicio Oral.

²⁶ Podemos decir que antes de la reforma procesal penal, los esfuerzos se concentraron en incorporar tecnología informática en los Juzgados Civiles y Cortes de Apelaciones del país, lo que básicamente se concretó en:

- a) Incorporación de terminales y sistemas elementales de Red.
- b) Desarrollo del sistema para los Juzgados Civiles de Santiago y Corte de Apelaciones de Santiago, que permite la distribución de causas entre los juzgados y el registro de resoluciones y escritos por esta clase de Tribunales. Generación automática de Estados Diarios y Libros de Ingreso.
- c) Implementación del Sistema de Seguimiento de causas para los Juzgados Laborales.
- d) Implementación del Sistema de Seguimiento de causas para los Juzgados del Crimen.
- e) Implementación del Sistema de Ingreso y Seguimiento de causas en Corte de Apelaciones de Santiago y la Corte Suprema, etc.

c) Se elaboran Manuales de Procedimiento para los Juzgados de Garantía, Juzgados de Familia y Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

Sin perjuicio de estos avances, debe tenerse presente que el que en ese momento existían modelos diferentes de gestión al interior de cada tribunal, no existían estándares comunes de trabajo, los ingresos de causas y por ende la carga de trabajo entre los distintos tribunales admitía notables diferencias y, probablemente, existían grados de resistencia al uso de herramientas informáticas.

A su vez, en los referidos manuales de procedimiento es posible comprobar que subsisten modelos que probablemente se adecuaban de mejor forma al sistema anterior de administración, más bien ritualista y escriturado, y donde el juez desempeñaba una serie de gestiones administrativas, junto a las labores propiamente jurisdiccionales.

7.6. La carpeta electrónica o digital

Dentro del marco de la Sociedad de la Información²⁷ en la que nos encontramos inmersos, muchos de los esfuerzos se encuentran hoy dirigidos hacia la digitalización, entendiendo por tal tanto el proceso de transformación de la información en formato analógico a soportes susceptibles de ser procesados por computadores, por una parte, como su almacenamiento, tratamiento y transmisión por redes, por otra.

Este proceso de digitalización se encuentra sustentado, entre otros, por la enorme capacidad de almacenamiento de la información, universalidad, democratización, accesibilidad, menores costos, flexibilidad de soportes, potencialidad de usos, facilidad de transporte y comunicación existentes en la actualidad.

La realidad frente a las denominadas nuevas tecnologías es incontrarrestable, resultando una revolución que no pocos califican de exponencialmente superior a la revolución industrial, proceso que se encuentra en pleno y vertiginoso desarrollo, del que nadie puede marginarse, menos aún el Estado y sus organismos.

El Poder Judicial, en tanto integrante del Estado, por una parte, como en su deber de ejercer jurisdicción, a través de un debido proceso, es parte de dicha realidad. Como poder del Estado, la Administración de Justicia debe intervenir activamente en el proceso de transformación, modernizando no sólo su estructura y sus medios, sino aplicando métodos de organización y los instrumentos procesales más modernos y avanzados

²⁷ Aun cuando en torno al concepto relativo a la "Sociedad de la Información" subsistan visiones distintas que expliquen el fenómeno en formación, lo cierto es que en ella es posible distinguir claramente sus nociones integradoras de (1) nuevas tecnologías, (2) información y (3) comunicación, elementos indispensables para entender la realidad contemporánea, en la que la interrelación de los diversos actores de esta nueva sociedad es pieza fundamental. La Comisión de la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencias de Portugal elaboró el denominado Libro Verde, el que se refiere a la Sociedad de la Información como "...a una forma de desarrollo económico y social en el que la adquisición, almacenamiento, procesamiento, evaluación, transmisión, distribución y diseminación de la información, con vistas a la creación de conocimiento y a la satisfacción de las necesidades de las personas y de las organizaciones, juega un papel central en la actividad económica, en la creación de riqueza y en la definición de la calidad de vida y las prácticas culturales de los ciudadanos".

con el objeto de alcanzar una justicia de calidad, que combine la eficacia, la celeridad y agilidad, con el pleno respeto de los derechos y garantías de las personas.

En este contexto de digitalización y manejo de la información, nos encontramos además, en lo particular, en otro de transformación desde un proceso eseriturado a uno oral, por lo que resulta fácil comprender la ineludible necesidad de utilizar los medios tecnológicos a tal fin. Podemos así hablar de la transición desde el expediente escrito a la carpeta digital.

Hemos de señalar en este punto que entendemos por “carpeta electrónica” o “carpeta digital” el mecanismo en el que de forma exclusiva se registran digital o informáticamente las actuaciones judiciales de todo orden realizadas por las partes, terceros, auxiliares de la administración de justicia y el tribunal, de acceso público, salvo las restricciones legales pertinentes, y que se mantenga debidamente a resguardo tanto durante, como después de terminado el proceso.

Surge entonces la debida interrogante en torno a si esta carpeta electrónica o digital satisface los requerimientos constitucionales y legales del debido proceso.

Para comenzar, y tal como se señaló previamente, debemos considerar que el proceso constituye un imperativo constitucional y el debido proceso aún más, una garantía fundamental, tanto en el orden privado como público. Dentro de las garantías mínimas del debido proceso indicamos que éste, para ser debido, requería —además de otros— el reeonocimiento del derecho de acción y de defensa, la expedita resolución del conflicto, la existencia de un contradictorio, la rendición de prueba y la igualdad en el tratamiento de las partes.

Desde esta perspectiva aparece que no sólo no reciben afectación alguna las garantías señaladas, sino por el contrario la tramitación del proceso vía carpeta digital, la eventual agregación de instrumentos y medios probatorios en general (en el ámbito civil), el registro digital de las actuaciones de los intervinientes, la posibilidad de efectuar presentaciones electrónicas, la consulta del estado y demás actuaciones judiciales vía web entrega a las partes, a sus apoderados judiciales y al tribunal beneficios de que eventualmente no se disponen cuando nos enfrentamos a los registros físicos, aportando transparencia, celeridad, inmediatez, accesibilidad, calidad de la información, e incluso, comodidad.

En efecto, la carpeta digital puede evitar la mayor de las veces el desplazamiento físico hasta dependencias del tribunal para efectuar presentaciones, formular solicitudes y demás gestiones que de contrario implican cualquier tipo de apersonamiento. Al tratarse de archivos electrónicos que pueden ser remitidos vía correo electrónico e incorporados de esta forma al proceso, las partes obtienen el consiguiente ahorro de costos y riesgos, pudiendo siempre además caber la posibilidad de ser recepcionado el mismo archivo en las dependencias del tribunal, en forma presencial, mediante unidades de almacenamiento o soportes, para garantizar el acceso a las personas que no cuenten con dispositivos informáticos.

La economía en este sentido debe entenderse en su doble acepción: en tanto economía de costos, como de menor e innecesario desgase de la actividad jurisdiccional.

Es en aplicación, precisamente, de ambos principios, el que no resulta procedente la existencia de carpetas o registros paralelos adicionales, en medios físicos.

La carpeta electrónica y especialmente su consulta y seguimiento a través de la red entrega además un beneficio adicional, relevante en todo orden de materias: permite conocer su contenido no sólo a los letrados, sino potencial y directamente a las partes, cuestión del todo relevante en procesos en los que la transparencia es piedra angular. Esta medida constituye una fórmula efectiva de transparencia²⁸⁻²⁹⁻³⁰ que fomenta, además, el acceso a la justicia, la democratiza y la acerca a los ciudadanos, legitimando también con ello la actividad de todos quienes desempeñan y colaboran con la administración de justicia. Lo anterior no implica atentar contra la eficacia del secreto o la reserva en aquellos casos en que resulta legítimo y necesario, desde que incluso por medios electrónicos las más de las veces resulta de mayor simplicidad dicho control y seguimiento.

También desde la perspectiva del debido proceso no debe dejar de considerarse un aspecto de suyo relevante en la utilización de la carpeta electrónica: Con su uso se eficiente la gestión de los tribunales al concentrar la labor de los jueces en su labor

²⁸ Aun cuando no es plenamente aplicable (por encontrarse excluidos de su aplicación los Tribunales de Justicia, además del Congreso, respecto de quienes sólo se aplican ciertas obligaciones en materia de transparencia activa, sin establecer procedimientos o mecanismos de solicitud de información, ni de reclamo en caso de denegación), resulta pertinente hacer presente en este punto el reciente reconocimiento constitucional del principio de la transparencia, en virtud del cual se consagra el derecho fundamental de acceso a la información, en los siguientes términos: *"El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional"*.

²⁹ Ley N° 20.285, Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a Información de la Administración del Estado.

³⁰ La Constitución Política de la República asegura a todas las personas el derecho de acceso a la información. Así lo ha reconocido unánimemente la doctrina constitucional al señalar que *"es posible afirmar que el derecho de acceso a la información pública se encuentra reconocido en la Carta Fundamental —aunque no en forma explícita— como un mecanismo esencial para la vigencia plena del régimen democrático y de la indispensable asunción de responsabilidades unida a la consiguiente rendición de cuentas que éste supone por parte de los órganos del Estado hacia la ciudadanía. Al mismo tiempo, la publicidad de los actos de tales órganos, garantizada, entre otros mecanismos, por el derecho de acceso a la información pública, constituye un soporte básico para el adecuado ejercicio y defensa de los derechos fundamentales de las personas..."*. *"el derecho a acceder a las informaciones que obran en poder de los órganos del Estado forma parte de la libertad de expresión que, entre nosotros, se encuentra consagrada en el artículo 19 N° 12 de la Carta Fundamental"*, ...*"este mismo Tribunal ha sostenido que la libertad de informar incluye "el derecho a recibir informaciones"* (Sentencia Rol N° 226, de 30 de octubre de 1995, considerando 20°).

Sentencia Rol N° 634-2006, de 9 de agosto de 2007, "Lean Casas Cordero, Carlos Eric con Director Nacional de Aduanas", Considerando 9°.

propia, la jurisdiccional, dejando en manos de otros profesionales labores de tipo administrativo, no por eso de menor relevancia, pero que en el pasado tendió a sobrecargar y desnaturalizar la función a que los tribunales están llamados a desempeñar.

La carpeta electrónica contribuye con ello en la administración profesional de los tribunales, evitando al juez su distracción en materias de gestión e impidiendo a su vez impartir instrucciones de carácter administrativo, con lo cual se satisface la garantía de la más expedita administración de justicia.

En el mismo sentido, la utilización de la carpeta electrónica y los demás medios informáticos, incluido el uso del correo electrónico, contribuyen eficientemente en la expedición de actuaciones de los tribunales, tales como exhortos y oficios, desburocratizando la gestión, beneficiando la celeridad y oportunidad, y en definitiva con todo ello, al proceso y la administración de justicia.

Un aspecto que no debe descuidarse, y que se relaciona con las características propias de los medios digitales, que permiten su reproducción posterior y accesibilidad por terceros, es el relativo a la seguridad de los archivos electrónicos y la carpeta electrónica en general, ya que precisamente al ser el medio exclusivo de registro, estando prohibido la existencia de carpetas físicas, deben considerarse mecanismos eficientes de respaldos que permitan la reconstitución de datos ante pérdidas y, por otro lado, medidas de seguridad y fiabilidad, específicamente a través de claves, definiciones de perfiles y privilegios por parte de usuarios internos y externos.

Finalmente, un aspecto que debe destacarse en este apartado es precisamente que, a través del impulso del uso de la carpeta digital, los tribunales se ubicarán en el mismo nivel tecnológico que otros servicios públicos, ya plenamente insertos dentro del desarrollo del gobierno electrónico³¹ y la agenda digital³², y más cerca

³¹ Los primeros antecedentes relativos al gobierno electrónico se remontan a Dinamarca, en los años 70, al organizarse diversos municipios para compartir información mediante sistemas informáticos. La tendencia se amplió a diversos países europeos y a Estados Unidos en los años 90, principalmente con la explosión de Internet. El principio impulsor de estas políticas pasa, más que por un afán de modernizar la gestión pública, por un deseo de transparencia y de mejora en las comunicaciones hacia la ciudadanía.

El término Gobierno Electrónico (e-government), fue usado el 17 de diciembre de 1999 por el entonces vicepresidente de Estado Unidos, Al Gore, a través del memorando del presidente Bill Clinton, denominado "e-government directive" <http://www.useu.be/ISSUES/gore1217.html>.

³² La Agenda Digital es un programa en el que participa tanto el gobierno como privados, cuyos objetivos son incrementar la competitividad y eficiencia, igualdad de oportunidades, calidad de vida, transparencia, privacidad y seguridad, a través del uso de las tecnologías digitales. Entre sus logros pueden destacarse el fomento a diversos sitios, como el de Trámite Fácil, que entrega información de trámites que pueden realizarse a través de Internet; el de Servicio de Impuestos Internos, que permite realizar gestiones en línea; los sitios de la Presidencia de la República y algunos ministerios, que informan sobre sus actividades y programas; de la Cámara de Diputados y del Senado, que publican la tabla de sesiones del día, estado de los proyectos de ley; el de la Biblioteca del Congreso Nacional, que pone a disposición la legislación chilena actualizada, etc.

de otros eminentemente digitalizados e intensivos en el uso de las herramientas tecnológicas.³³

*7.7. Autoacordado sobre procedimientos
para juzgados que tramitan con carpeta electrónica.
Acta N° 91*

En el escenario comentado en el acápite general 2.9, la Corte Suprema decidió establecer criterios uniformes de sustanciación e implementar un modelo único de procedimientos y buenas prácticas para todos los Juzgados que operan con carpeta electrónica, manteniendo las particularidades de cada jurisdicción.

Se busca con ello favorecer y agilizar los procesos administrativos al interior de los tribunales insertos en el proceso de modernización, identificar, sistematizar y uniformar las prácticas más beneficiosas desarrolladas y potenciar el uso de las herramientas tecnológicas disponibles en la gestión de los tribunales permitiendo el establecimiento de la “carpeta electrónica”.

Es así que el 7 de junio de 2007, el pleno de la Corte Suprema aprueba el Acta N° 91, que constituye el texto refundido y sistematizado del Autoacordado sobre Procedimientos para Juzgados que tramitan con carpeta electrónica.

Los principales aspectos recogidos en este Autoacordado son:

- Define y dispone el sistema de “carpeta electrónica” o “carpeta digital” como el mecanismo de registro digital o informático de las actuaciones judiciales.
- Dispone que los tribunales no dispondrán de registros paralelos, ni formarán carpetas o expedientes físicos para la tramitación de las causas.
- Define las responsabilidades de las unidades que conforman el tribunal en la aplicación de la carpeta electrónica.
- Establece la no radicación de las causas, como principio de eficiencia administrativa, salvo norma legal en contrario.
- Dispone los criterios que deben adoptarse para la programación de las audiencias. La planificación queda entregada a la plataforma administrativa del tribunal, sin injerencia personal del magistrado.
- Las actuaciones realizadas en audiencia serán registradas en el sistema de registro de audio.

³³ Nos referimos, por ejemplo al SII, que en un pionero e incesante proceso evolutivo ha desarrollado un conjunto de iniciativas para la atención a los ciudadanos, facilitando el acceso de ellos mediante declaración pre-hecha, la atención mediante la oficina virtual del SII, el uso de teléfonos celulares con el sistema de mensajes SMS (Short Messages Standard) en el que se puede visualizar el saldo a devolver y sólo resta confirmarlo, la autorización a rollos de máquinas registradoras, la instalación de puestos del SII en centros comerciales, capacitación a través de la red de infocentros y biblioredes, facilidades de pago mediante tarjeta de crédito, obtención de clave secreta on line, iniciación de actividades y emisión de boletas electrónicas por Internet, etc.

- Estandariza el tipo de audiencias, según su materia y complejidad. A efectos de levantar actas de lo acontecido en la audiencia, el tribunal deberá hacer uso exclusivamente de las plantillas de actas provistas por el Sistema Informático, incorporando al mismo el marcado de las nomenclaturas o hitos de la respectiva audiencia. En caso alguno, tales actas incluirán transcripción de las declaraciones de testigos, peritos o de las propias partes.

- Las resoluciones que se dicten en audiencia se ceñirán a los modelos computacionales disponibles en el Sistema Informático.

El ámbito de aplicación de este Autoacordado se extiende a todos los tribunales sujetos a los procesos de reforma a la fecha de su dictación, es decir, a los Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, Juzgados de Familia, Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, Juzgados Laborales y Juzgados Mixtos que cuenten con Sistema Informático.³⁴

El autoacordado contenido en el Acta N° 91 constituye un avance notable en materia de administración de justicia, dado que establece una pauta general para todos los tribunales a nivel nacional lo que permite estandarizar las prácticas administrativas, eficientando la gestión y concentrando la labor de los jueces en su labor propia, la jurisdiccional. Con ello se refuerza el principio de administración profesional de los tribunales, al establecer que al juez le está vedado impartir instrucciones de carácter administrativo.

Pero no menor es el aporte que efectúa en materia de Tecnologías de la Información, ya que potencia el uso de las herramientas informáticas como tecnología aplicada para la tramitación de las causas. Con ello se efectúa un aporte a los principios inspiradores en materia de reforma a la justicia, definiendo procedimientos claros, uniformes y transparentes, facilitando la respuesta oportuna a los requerimientos de los intervinientes, así como el acceso de la información por parte del público en los términos que opináramos precedentemente.

Por otra parte, a principios de enero de 2009 se aprueba el Autoacordado sobre uso de documento y firma electrónica en el Poder Judicial, en el que se deja constancia que el uso de la firma electrónica es imprescindible para la eficacia de los procesos de reforma en curso en el Poder Judicial, a la cual nos referiremos en el apartado respectivo a las resoluciones judiciales.

7.8. El uso de la carpeta electrónica en los sistemas comparados

El uso de medios tecnológicos aplicados a la función jurisdiccional tiene pleno reconocimiento en los países europeos.

³⁴ El autoacordado fue posteriormente complementado por las Actas N°s. 98-2009 y 189-2009, a través de las cuales se introdujeron normas sobre gestión y administración en los Tribunales de Familia y sobre distribución de causas entre los nuevos tribunales de letras del Trabajo, respectivamente.

Así la ley alemana de 22 de marzo de 2005, sobre modernización de las comunicaciones en materia jurisdiccional, permite el tratamiento informatizado de los asuntos mediante el uso de un sistema de registro electrónico de los expedientes, permitiendo también la dictación de sentencias a través de fax por computador, con firmas y sellos escaneados.

En el derecho civil francés, según la ley de 13 de marzo de 2000, se establece la equivalencia entre el escrito en soporte papel y el escrito en soporte electrónico, por lo que resulta indiferente el soporte en el que se contiene la manifestación de voluntad.

A propósito de la discusión sobre la existencia de procedimientos completamente informatizados, la tendencia internacional demuestra su plena recepción en aquellos procedimientos de requerimiento de pago de cantidades dinerarias, que reposan más bien en presunción de que la ausencia de reacción del deudor, supone un reconocimiento, un allanamiento a la demanda. El contencioso fiscal en Francia se ha adaptado al modo electrónico tras un decreto de 10 de marzo de 2005.

Para finalizar, podemos citar parcialmente la experiencia española a fin de entregar una breve visión sobre la incidencia de las nuevas tecnologías en el proceso.

Algunos avances para la introducción de las nuevas tecnologías en el proceso civil español se produjo con la modificación del artículo 261 de la LEC³⁵ que permitía la realización de determinadas comunicaciones por telégrafo u otros medios análogos y con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, en cuya redacción original se permitía el uso del fax u otros medios entonces existentes para la realización de determinados actos de comunicación³⁶.

Sin embargo, la LEC del año 2000 impulsó fuertemente el uso de los medios tecnológicos, afirmando la Exposición de Motivos que *“La ley, atenta al presente y previsor del futuro, abre la puerta a la presentación de escritos y documentos y a los actos de notificación por medios electrónicos, telemáticos y otros semejantes, pero sin imponer a los justiciables y a los ciudadanos que dispongan de esos medios y sin dejar de regular las exigencias de esta comunicación...”*. Esta ley regula la admisibilidad del uso, y los efectos jurídicos, de los medios electrónicos en la realización de los actos procesales, permitiendo la realización de éstos mediante tales medios electrónicos, cuando los órganos judiciales y los sujetos intervinientes dispongan de los medios técnicos necesarios y se den las condiciones y requisitos señalados.

A partir de ella se han sucedido diversas modificaciones que han impulsado la informatización y “ofimatización” de la administración de justicia³⁷, con lo cual se

³⁵ Ley de Enjuiciamiento Civil, 1/2000, de 7 de enero.

³⁶ Artículos 229 y siguientes y 271 de la ley.

³⁷ En mayo de 2001 se suscribió el Pacto de Estado para la Reforma de Justicia, el que previó el desarrollo de nuevas tecnologías.

legalizó el uso de la videoconferencia³⁸, y permitió el uso de la videograbación como medida de protección de los intereses de los menores³⁹, entre otros.

El artículo 230 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) regula el uso de la tecnología para las actuaciones judiciales al señalar que tanto los órganos judiciales como las personas que actúen ante ellos utilicen en el desarrollo de su actividad y en el desempeño de sus funciones, en el ejercicio de sus derechos y en sus relaciones cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, siempre que sean compatibles entre sí y con respeto de las garantías y de los requisitos previstos en las leyes de procedimiento.

El numeral 3 del mismo artículo dispone que *“1º) Los procesos que se tramiten con soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la función jurisdiccional por el órgano que la ejerce, así como la confidencialidad, la privacidad y la seguridad de los datos de carácter personal que contengan en los términos que se establezcan legalmente”*.

En lo relativo a la documentación de las actuaciones judiciales mediante medios técnicos el art. 146.3 de la LEC establece que *“Los tribunales podrán emplear medio técnicos de documentación y archivo de sus actuaciones y de los escritos y documentos que recibieren, con las garantías a que se refiere el apartado quinto del artículo 135 de esta ley. También podrán emplear medios técnicos de seguimiento del estado de los procesos y de estadística relativa a éstos”*.

En enero de 2007, se dicta el RD 84, que regula el sistema de comunicaciones procesales a través de medios telemáticos denominado “Lexnet”⁴⁰, como iniciativa del Ministerio de Justicia español, de aplicación gradual y que consiste en una plataforma tecnológica que permite la remisión y recepción de escritos y documentos procesales, basado en un sistema de correo electrónico seguro, mediante el empleo de la “firma electrónica reconocida”⁴¹. Esta plataforma dispone de funcionalidades que permiten:

- la presentación de escritos y documentos anexos.
- traslado de copias de escritos y documentos al órgano jurisdiccional y a los apoderados, dejando constancia de la fecha y hora.
- reenvío de escritos recibidos por los abogados al órgano jurisdiccional.
- realización de actos de comunicación procesal provenientes de los órganos jurisdiccionales.
- reenvío de las notificaciones emitidas por los órganos.

³⁸ Con la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley Orgánica del Poder Judicial.

³⁹ Artículos 433, 448, 707 y 731 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁴⁰ Se trata de un sistema de comunicaciones electrónicas securitizadas para la Administración de Justicia, basado en un sistema de correo electrónico seguro, que permite la comunicación bidireccional de las oficinas judiciales con los distintos operadores jurídicos, esto es, con los abogados y los procuradores, facilitando tanto la realización de los actos de comunicación procesal con los órganos como la presentación de escritos y de los documentos y el traslado de las copias de los mismos por los profesionales del Derecho.

⁴¹ La firma electrónica reconocida se regula en la Ley de firma electrónica 59/2003.

La aplicación de este sistema telemático se inició como experiencia piloto, utilizándose primero en forma paralela el proceso tradicional o manual y el telemático y hoy este último en forma exclusiva, operando en la Agencia Tributaria, Registros de la propiedad, Comisión Nacional del Mercado de Valores, contratación mercantil electrónica, etc.

Sin perjuicio de las críticas que también ha recibido⁴², *“Las ventajas generales deberán ser notorias para todos los colectivos implicados: el órgano jurisdiccional, la oficina judicial, los procuradores, los abogados y demás potenciales usuarios, y desde luego para la administración de justicia en general. Se traducirían en un notable ahorro de medios personales y materiales para todos, y desde luego en una sensible reducción de los tiempos procesales, lo que en definitiva redundaría positivamente sobre la ciudadanía, y muy en particular sobre las partes del proceso, que verían transcurrir éste de un modo más ágil. En último término sus ventajas se traducirían en un proceso civil un poco más eficiente al optimizarse los recursos económicos, personales, temporales, y materiales en la obtención del resultado pretendido: tutela judicial efectiva con pleno respeto de las garantías del “debido proceso”*”.⁴³

Las principales críticas al sistema Lexnet se relacionan con la falta de respeto al principio de neutralidad tecnológica, ya que impone la necesidad de contar con un determinado sistema operativo, lo que a su vez atenta contra la interoperatividad, siendo además una iniciativa no generalizada, al haber sido desarrollado por el Ministerio de Justicia y no del Consejo General del Poder Judicial.

8. RESOLUCIONES JUDICIALES Y OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES

A las resoluciones y otras actuaciones judiciales, en general, se refiere el CPP en los artículos 34 a 38.

Como reiteración de la facultad de imperio de que gozan los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal, en tanto integrantes de los tribunales ordinarios consagrada en el artículo 76 de la CPR, el artículo 34 dispone que en el ejercicio de sus funciones, el tribunal podrá ordenar directamente la intervención de la fuerza pública y disponer todas las medidas necesarias para el cumplimiento de las actuaciones que ordenare y la ejecución de las resoluciones que dictare.

La fundamentación de las resoluciones judiciales con carácter general es recogido en el artículo 36, las que sucintamente, pero con precisión, deben indicar los motivos de hecho y de derecho en que se basaren las decisiones tomadas. En este punto debe-

⁴² MORENO RUBIO, JA, blog “Las nuevas herramientas Derecho y Sociedad del Conocimiento. Implicaciones jurídicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación”, 18 de mayo de 2005.

⁴³ DE HOYOS SANCHO, Montserrat. “Hacia un proceso civil más eficiente: comunicaciones telemáticas. El sistema Lexnet”.

mos recordar que como señalamos oportunamente la fundamentación de la sentencia es uno de los presupuestos del debido proceso, constitucionalmente garantizado en el artículo 19 N° 3. En este sentido el CPP previene 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.

Se exceptúan de la obligación de fundamentar aquellas resoluciones que se pronunciaran sobre cuestiones de mero trámite.

La exigencia de la fundamentación alcanza un grado superlativo en la sentencia definitiva, desde que, como veremos más adelante, el sistema de apreciación de la prueba rendida durante el juicio oral es el de la sana crítica, la que exige construirse mediante las razones de lógica, máximas de experiencia y conocimientos científicos afianzados que permiten dar por establecidos los hechos conforme a determinados medios de prueba.

8.1. Plazos para dictar las resoluciones

El artículo 38 contempla la regla general en materia de plazos para dictar las resoluciones en materia penal. Conforme a ella:

- a) Las cuestiones debatidas en una audiencia deberán ser resueltas en ella.
- b) Las presentaciones escritas serán resueltas por el tribunal antes de las 24 horas siguientes a su recepción.

En otras diversas disposiciones se contienen normas especiales relativas a los plazos.

a) Así respecto del principio de oportunidad, la sentencia que deje sin efecto la decisión del fiscal de aplicarlo debe pronunciarse, de oficio o a petición de parte, dentro de los 10 días siguientes a la comunicación de esa decisión (artículo 170-3).

b) La decisión de absolución o condena en el juicio debe ser emitida al término de la audiencia del juicio oral. Sólo excepcionalmente cuando el juicio se hubiere prolongado por más de 2 días y la complejidad del caso no permitiere pronunciar la sentencia inmediatamente, la deliberación puede extenderse hasta por 24 horas siguientes, lo que se comunica a los intervinientes en la audiencia (artículo 343).

c) Al comunicar la decisión de absolución o condena, el tribunal puede diferir la redacción de la sentencia, y la pena si es condenatoria, hasta por un plazo de 5 días, fijando la audiencia de lectura. Este plazo puede ampliarse si el juicio hubiere durado más de 5 días, 1 por cada dos de exceso (artículo 344).

d) La sentencia que resuelve recurso de nulidad, debe dictarse dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que hubiere terminado de conocer de él (artículo 384).

8.2. Firma de las resoluciones

Las resoluciones judiciales serán suscritas por el juez o por todos los miembros del tribunal que las dictare. Si alguno de los jueces no pudiere firmar se dejará constancia del impedimento.

No obstante lo anterior, bastará el registro de la audiencia respecto de las resoluciones que se dictaren en ella (artículo 37).

Finalmente debe recordarse que la delegación de funciones en empleados subalternos para realizar actuaciones en que las leyes requirieren la intervención del juez producirá la nulidad de las mismas.

8.3. Autoacordado sobre uso de documento y firma electrónica en el poder judicial

El año 2002 se dicta la Ley N° 19.799, que reglamenta los “*Documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación de dicha firma*”, tanto en el ámbito público como privado⁴⁴, texto que establece el principio de la equivalencia de soportes, entre el físico y el electrónico, firmado mediante firma electrónica.⁴⁵

Mediante el Acta N° 25, de fecha 30 de enero de 2009⁴⁶, se aprobó el Autoacordado sobre uso de documento y firma electrónica en el Poder Judicial, en el que se deja constancia que el uso de la firma electrónica es imprescindible para la eficacia los procesos de reforma en curso en el Poder Judicial.

Conforme esta normativa, los magistrados de los Juzgados de Garantía, Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, Juzgados de Familia, Juzgados Laborales, Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional, Juzgados de Letras con competencia en Garantía y todos los que tramitan con carpeta electrónica, sean titulares, interinos suplentes o subrogantes utilizarán firma electrónica avanzada, personal y exclusiva, a través de un prestador de servicios de certificación acreditado, con arreglo a lo dispuesto en la Ley 19.799 y su Reglamento, y conforme la cual podrán emitir, toda clase de resoluciones, actas, oficios y, en general, ejecutar toda otra actuación judicial.

9. LAS COSTAS

El CPP regula en los artículos 45 a 51 las costas.

La regla general se consagra en el artículo 45, conforme al cual el tribunal debe pronunciarse sobre ellas al dictar la sentencia que pone fin a la causa o al resolver un incidente.⁴⁷

A continuación establece normativa relativa a la condena obligatoria en costas, la que rige respecto de:

⁴⁴ El Reglamento de la ley de documentos electrónicos, firma electrónica y servicios de certificación se contiene en Decreto N° 181 (2002).

El año 2004 se emite el Dictamen N° 4.941 sobre certificación y firma electrónica de los servicios públicos.

⁴⁵ Artículo 3° de la Ley N° 19.979.

⁴⁶ Con vigencia a contar del 1 de abril de 2009.

⁴⁷ Véase TAVOLARI, Raúl. “Tribunal competente para regulación de las costas”. *Boletín del Ministerio Público* N° 24. Septiembre 2005. Págs. 171 y siguientes.

- a) El condenado (artículo 47).
- b) La víctima, cuando hubiere abandonado la acción civil (artículo 47).
- c) El querellante, cuando:
 - i) Hubiere abandonado la querella (artículo 47).
 - ii) El imputado fuere absuelto o sobreseído definitivamente.
 - iii) El Ministerio Público, cuando el imputado fuere absuelto o sobreseído definitivamente, salvo que la acusación la hubiere formulado por orden judicial en el caso del artículo 462, o que el tribunal lo exima por razones fundadas (artículo 48).

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal, por razones fundadas que expresará determinadamente, podrá eximir total o parcialmente del pago de las costas, a quien debiere soportarlas (artículos 47-2 y 48-2).

Por otra parte es el legislador quien exime a ciertas personas del pago de las costas en el artículo 50.

Así no pueden ser condenadas personalmente al pago de costas los fiscales, los abogados y mandatarios de los intervinientes en el procedimiento, salvo que exista: a) notorio desconocimiento del derecho, o b) grave negligencia en el desempeño de sus funciones, en cuyo caso pueden ser condenados personalmente al pago, total o parcial de las costas.

En el evento de existir varios intervinientes, el tribunal fija la parte o proporción de cada uno de ellos corresponde (artículo 49).

Finalmente, respecto de los gastos que fuere necesario efectuar, y cuyo pago correspondiere a los intervinientes el tribunal estimará su monto y dispondrá su consignación anticipada.

En todo caso, el Estado soportará los gastos de los intervinientes que gozaren del privilegio de pobreza.

CAPÍTULO QUINTO

LAS MEDIDAS CAUTELARES

*Un proceso penal para combatir
el delito está destinado a fracasar¹*

1. EL PROCESO PENAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el proceso penal se encuentra conformado el litigio por la existencia de la pugna derivada de la pretensión punitiva estatal emanada de la comisión del delito, y el interés de mantención de la libertad de aquel o aquellos en contra de quienes se dirige la imputación del Estado. De acuerdo con ello, el proceso penal se estructura sobre la base de los dos elementos configurativos que se encuentran siempre presentes y van evolucionando en todo su desenvolvimiento: el hecho punible y la participación.

De lo anterior surge en consecuencia la confrontación entre dos derechos tremendamente trascendentes para la convivencia en una comunidad como son, el derecho de la libertad del imputado y el derecho del Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión de un delito.

Cualquiera sea el sistema penal por el cual opte dicha comunidad, aparece ineludiblemente consagrado el principio de la necesidad y exclusividad del proceso penal para los efectos que se pueda hacer efectiva dicha pretensión punitiva del Estado privando, restringiendo o limitando la libertad de un sujeto con motivo de la comisión de un delito y la imposición de una pena preestablecida en la ley.

Sólo a través de una sentencia dictada en un proceso previo legalmente tramitado, por un tribunal imparcial e independiente, con el debido respeto a las garantías y principios que lo informan, y a que nos hemos referido en extenso, es posible concebir en un Estado democrático el ejercicio de la tutela judicial efectiva frente a comisión de un delito.

De esta forma la imposición de la pena a través de la sentencia definitiva penal constituye el mecanismo por medio del cual la sociedad establece, regula y controla dicho poder monopólico de persecución, transformándose en el único medio a través del cual se puede privar, restringir o limitar la libertad individual del sujeto, quien hasta entonces gozaba de una presunción de inocencia.

¹ MAIER, Julio Bernardo. *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*. Año 1 N°s. 2 y 3. Diciembre 2002. Pág. 81. Santiago. Chile.

Establecido en consecuencia que la sentencia penal, librada en un debido proceso penal, constituye el único mecanismo para el establecimiento de la tutela judicial efectiva penal, cabe preguntarse si resulta posible e incluso útil, conveniente y/o necesario que el Estado adopte medidas que puedan afectar la libertad del sujeto con motivo de la comisión de un delito, antes de la dictación de dicha sentencia condenatoria, durante la sustanciación de dicho proceso.

Como señaláramos también en forma previa la respuesta a dicha legítima interrogante se encuentra estrecha e indisolublemente relacionada con el sistema procesal penal ante el que nos encontremos. En general en el sistema inquisitivo, se otorga claramente una prevalencia a la protección del Estado frente a la comisión del delito sobre los derechos de la persona humana y, en consecuencia, atendida la preferencia que se otorga a la investigación de los delitos, se contempla la prisión preventiva y la privación de libertad del imputado durante el curso del proceso como una regla de carácter general, concentrándose en el juez las facultades de investigar, acusar y sentenciar.

Por el contrario, en un sistema acusatorio, nos encontramos claramente con una igualdad en la posición del Estado y el individuo durante el curso del proceso penal, con la separación de las funciones de investigar, acusar y sentenciar, siendo indispensable para ello que por regla general el imputado mantenga su libertad durante el curso del proceso penal para los efectos de poder preparar su defensa y recopilar las pruebas que hará valer en el juicio oral. Por ello, la prisión preventiva pasa a tener un carácter excepcional durante el curso del proceso, al respetar la presunción de la inocencia del imputado y consecuentemente su derecho a gozar de libertad.

Constituye una máxima y una realidad ineludible en cualquier sistema procesal que *“la justicia tarda, pero llega”*. Y la justicia debe tardar, puesto que ella requiere de ponderación y jamás puede ser impartida en forma instantánea. Es el Estado quien debe, por los medios de prueba legal, acreditar los extremos necesarios demostrativos de la culpabilidad y la participación del sujeto, quien a su vez, en un equilibrio de armas debe tener el derecho de ejercer su legítima defensa, amparado por la presunción de inocencia. No debemos olvidar que el proceso es una secuencia o serie de actos, y éstos no son instantáneos, siendo indispensable su desenvolvimiento temporal. Pero al mismo tiempo el derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye un imperativo que en cuanto derecho humano se integra al proceso. Las dilaciones innecesarias atentan contra aquél. Desde esta perspectiva, y utilizando otro aforismo, hemos de decir que *“justicia demorada es justicia denegada”*.

Habiendo incorporado ambas realidades, durante este período intermedio entre la comisión del ilícito y la dictación de la sentencia condenatoria surgen dentro del proceso las medidas cautelares, puesto que tampoco es posible concebir que el tiempo que va implícito en la tramitación de la investigación y el proceso se transforme en la negación de la eficacia que debe poseer el mismo proceso.

“Si el juicio oral pudiera realizarse el mismo día de la incoación del procedimiento penal no sería necesario disponer a lo largo del procedimiento de medida cautelar alguna. Pero desgraciadamente esta solución es utópica: el juicio oral requiere de su preparación a

*través de la fase instructora, en la cual se invierte, en muchas ocasiones, un excesivamente dilatado periodo de tiempo, durante el cual el imputado podría ocultarse a la actividad de la justicia, haciendo frustrar el ulterior cumplimiento de la sentencia. Para garantizar estos efectos o la ejecución de la parte dispositiva de la sentencia surge la conveniencia de adoptar, hasta que adquiera firmeza, las medidas cautelares”.*²

Así las medidas cautelares constituyen mecanismos de aseguramiento, ya de la persona, ya de los bienes, cuya finalidad es garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria que haya de dictarse en el proceso, frente al peligro en la demora, el *periculum in mora* en la obtención de la tutela judicial definitiva a través de dicha sentencia.³

*“Las medidas cautelares cumplen, por esencia, una función de aseguramiento: están destinadas a evitar que el peligro, que afecta a la práctica efectividad de una resolución judicial que –dado el orden del procedimiento– no puede adoptarse y llevarse a efecto de modo inmediato, se convierta en daño real, impidiendo que dicha resolución produzca sus efectos en la práctica o los produzca en forma menos útil que la debida”.*⁴

Dentro del proceso penal, desde la comisión de delito y hasta la ejecutoriedad de la sentencia condenatoria que puede llegar a ser dictada dentro del proceso penal pueden distinguirse dos necesidades que sirven para categorizar precisamente las diversas medidas cautelares que pueden adoptarse: La necesidad de aseguramiento de la persona y la necesidad de aseguramiento de bienes. Desde la perspectiva de las pretensiones (y de las acciones) se distingue la pretensión punitiva estatal, y la pretensión civil, derivada del delito.

Tomando en consideración lo anterior, hemos de conceptualizar las medidas cautelares como aquellos instrumentos de aseguramiento de la persona o de los bienes del presunto responsable, que pueden ser adoptadas dentro del proceso penal, en virtud de una resolución judicial fundada, que persiguen garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, frente al riesgo en la demora en la dictación de ésta.

Aparece así la finalidad de la cautela en el proceso penal con radical diferencia respecto de aquella que tiene como finalidad la pena. La medida cautelar, especialmente aquella que se relaciona con la persona, no puede tener objetivo ninguno de los fines propios de la pena, es decir no puede ser del tipo preventivo ni retributivo.

² GIMENO SENDRA, Vicente. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Penal. Derecho Procesal*. Tomo II. *Proceso Penal*. Pág. 353. Tirant Lo Blanch Derecho. Valencia. 1991.

³ Podemos señalar, en general, que el desarrollo sistemático del concepto global de medidas cautelares se produce en el siglo XX, a través de la escuela italiana. La sistematización efectuada por esta escuela reunió conceptos que presentaban elementos comunes (provisionalidad, instrumentalidad, *periculum in mora*), reconociendo principios y características que ha uniformado la cautela tutelar en torno a las medidas individuales: Embargo preventivo, secuestro, interventor judicial, etc. Como exponentes de ésta podemos citar a Chiovenda (José) “*Principii di diritto processuale civile*” (1919), Carnelutti (Francesco) “*Carattere della sentenza di fallimento*” (1931), Calamandrei (Piero) “*Introduzione al estudio sistemático de las providencias cautelares*” (1936), Allorio (Enrico) “*Per una nozione del proceso cautelar*” (1936).

⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel. “*Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*”. Pág. 445. *Revista de Legislación y Jurisprudencia*. 1978. Madrid. España.

El CPP declara en el artículo 122 precisamente la finalidad instrumental a los fines del procedimiento de las medidas cautelares. Desde esta perspectiva si la medida se aleja de los fines de aseguramiento, ya sea de la comparecencia, ya de la fuga, ya del éxito de la investigación, no corresponde hablar de medidas cautelares.

Ahora bien, considerando las pretensiones involucradas y los objetivos perseguidos, las medidas cautelares suelen clasificarse en:

a) *Medidas cautelares personales*, esto es, aquellas que tienen por objeto privar o limitar la libertad del imputado, para asegurar el ejercicio de la pretensión punitiva, durante el curso del proceso penal hasta la ejecutoriedad de la sentencia penal, instante a partir del cual se debe obtener la libertad por el imputado si ella es absolutoria, o se debe pasar a cumplir por éste una pena, si ella es condenatoria (artículos 5º, 9º, 123, 125, 139 y 155 del CPP).

b) *Medidas cautelares reales*, esto es, las que tienen por objeto privar, limitar o disponer de los derechos patrimoniales durante el curso del proceso penal para asegurar la pretensión civil que puede hacerse valer en el proceso penal y que puede ser reconocida al momento de dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal (artículo 157 del CPP).

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

Las medidas cautelares personales son aquellas que tienen por objeto privar o limitar la libertad personal del imputado, para asegurar el ejercicio de la pretensión punitiva, durante el curso del proceso penal hasta la ejecutoriedad de la sentencia definitiva penal, instante a partir del cual se debe obtener la libertad por el imputado, si ella es absolutoria, o se debe pasar a cumplir por éste una pena, si ella es condenatoria (artículos 5º, 9º, 123, 125, 139 y 155 del CPP).

I. LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL PROCESO PENAL Y LAS MEDIDAS CAUTELARES

Sin perjuicio de remitirnos, en cuanto a la presunción de inocencia, íntegramente en este punto a lo señalado en el Capítulo Primero, debemos reiterar aquí que el principio de no culpabilidad constituye uno de los pilares del sistema acusatorio, aun cuando nuestra constitución no lo consagra explícitamente⁵⁻⁶. En nuestro ordenamiento jurídico, dicho principio a nivel constitucional puede deducirse “*indirectamente de la prohibición de presumir de derecho la responsabilidad penal, en armonía con el*

⁵ Sobre la materia pueden consultarse los artículos “Constitución y CPP” de PFEFFER URQUIAGA, Emilio. Págs. 625 a 641. *Revista de Derecho Público* Facultad Derecho Universidad de Chile. Vol. 63. Año 2001; y MATURANA MIQUEL, Cristián. “Prisión Preventiva y Libertad Provisional; Análisis desde una perspectiva procesal Constitucional con las realidades del sistema acusatorio y sistema inquisitivo”. Págs. 84 a 90. *Revista de Derecho Público* Facultad Derecho Universidad de Chile. Vol. 64. Año 2002.

⁶ No debe olvidarse que en la Constitución de 1980, el tratamiento de las medidas cautelares se realiza bajo la óptica de la existencia de un sistema procesal inquisitivo, escrito, en el cual rige la doble instancia, bajo la concepción de un procedimiento penal que contemplaba la resolución auto de procesamiento dentro del procedimiento penal

derecho a la libertad individual y la seguridad de que los preceptos que regulen o limiten las garantías constitucionales no pueden afectar la esencia de las mismas".⁷ Además, encuentra una amplia consagración en los Tratados Internacionales de los que Chile es parte⁸, constituyendo por ello una obligación para el Estado respetar y promover dicho derecho básico del proceso penal, conforme a lo previsto en el inciso 2º del artículo 5º de la CPR. Finalmente, dicho principio encuentra un reconocimiento legal expreso en el artículo 4º del CPP, conforme lo ya analizado.

La presunción de inocencia ampara a todo individuo frente a la pretensión estatal de determinación del autor y responsable de un ilícito, presunción que le protege y no abandona al sujeto hasta tanto no se encuentre firme la sentencia condenatoria que establece dicha responsabilidad. Sólo desde entonces se despliegan los efectos de la pena, ya sean éstos del orden preventivo o represivo. Antes de la sentencia firme, ninguno de dichos efectos puede manifestarse, precisamente porque sólo en virtud de una sentencia, dictada en un debido proceso previo, se destruye la presunción y puede hacerse efectiva la pretensión punitiva.

Es precisamente conforme a lo anterior que la presunción de inocencia implica especial y fundamentalmente el trato como tal, de forma que cualquier turbación a los derechos del imputado durante el procedimiento no pueden sino encontrarse al servicio del mismo, ser excepcionales y provisionales.

Es por ello que al referirnos a esta garantía del proceso, dijimos que su reconocimiento no constituye una prohibición para el establecimiento de cautelas necesarias durante el procedimiento, restrictivas o limitativas de la libertad del sujeto pasivo, dado que las finalidades de ambas, la pena y la cautela, son esencialmente distintas. Las medidas cautelares tienen como finalidad particular el aseguramiento frente al riesgo de la ineffectividad de la sentencia por el transcurso del tiempo, son dependientes y supeditadas al procedimiento y especialmente vinculadas con los fines de éste.

Por ello las medidas cautelares no puedan considerarse ni constituirse en mecanismos anticipatorios de los efectos de la eventual condena, ya que con ello se afecta precisamente la presunción de inocencia y el derecho al juicio previo, teniendo finalidades y encontrándose inspiradas por principios radicalmente opuestos a los que motivan a la pena.

El reconocimiento y aplicación del principio de inocencia genera trascendentales consecuencias en materia de medidas cautelares personales, ya que ello implica que no proceden las medidas de pleno derecho y, por el contrario, toda medida cautelar deba siempre generarse mediante una resolución judicial, correspondiéndole la carga de la prueba al fiscal, y no al imputado, y debiendo aplicarse cualquier medida cautelar personal, en forma *excepcional* y su normativa interpretada restrictivamente.

⁷ TC, Rol N° 739-2007.

⁸ Artículos 11 Declaración Universal de Derechos Humanos, 8 N° 2 Convención Americana de Derechos Humanos y 14 N° 2 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

2. GARANTÍA AFECTADA POR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

El bien o derecho que resulta afectado por las medidas cautelares es la libertad ambulatoria, a cuyo respecto la CPR en su artículo 19 *asegura a todas las personas*:

7º) El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia:

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

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

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

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

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

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

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

e) *La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.*

La apelación de la resolución que se pronuncie sobre la libertad del imputado por los delitos a que se refiere el artículo 9º, será conocida por el tribunal superior que corresponda, integrado exclusivamente por miembros titulares. La resolución que la apruebe u otorgue requerirá ser acordada por unanimidad. Mientras dure la libertad, el imputado quedará siempre sometido a las medidas de vigilancia de la autoridad que la ley contemple (numeral modificado por Ley N° 20.050).

3. LOS PRINCIPIOS QUE DEBEN REGIR LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

De acuerdo con el principio de inocencia o no culpabilidad, la citación, la detención, la prisión preventiva, el arraigo, o cualquier otra medida cautelar que afecte la libertad personal del imputado, deben adoptarse durante el curso del proceso penal cumpliendo con una serie de requisitos que condicionan su procedencia, puesto que la regla general es la libertad del imputado durante el proceso.

En efecto, nadie puede ser considerado culpable ni tratado como tal antes que se haya declarado dicha culpabilidad en una sentencia condenatoria firme, la que debe emanar de un debido proceso de ley.

Al efecto, el artículo 19 N° 7 de nuestra Carta Fundamental establecen 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” y que “*la libertad del imputado procederá a menos que la detención o la prisión preventiva sea considerada...*”.

Para los efectos de que se adopte una medida cautelar personal durante el curso del proceso penal se contemplan la concurrencia de los siguientes principios:

1. La Legalidad
2. La Jurisdiccionalidad
3. La Instrumentalidad
4. La Excepcionalidad
5. La Necesariedad o Idoneidad
6. La Proporcionalidad y Homogeneidad
7. La Provisionalidad
8. La Temporalidad
9. La Substituibilidad
10. La Acumulabilidad
11. La Dignidad
12. La Responsabilidad

A continuación procedemos brevemente a referirnos a cada uno de estos principios que deben concurrir para los efectos de poder adoptar una medida cautelar personal en el proceso penal, destinada a privar, restringir o limitar la libertad personal de la cual tiene derecho a gozar una persona hasta antes de existir una sentencia condenatoria ejecutoriada en su contra.

3.1. La legalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

En el proceso penal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, no es posible sostener la existencia de un poder cautelar de carácter general, puesto que sólo cabe reconocer con tal carácter las medidas que expresamente se hayan previsto con tal carácter por el legislador.

En otras palabras, dentro del proceso penal no pueden adoptarse en contra de una persona más que las medidas cautelares expresamente previstas por parte del legis-

lador, no siendo posible reconocer al juez, ni a ninguna otra persona que forme o no parte de otro Poder del Estado, ninguna facultad para los efectos de crear o modificar las medidas que expresamente haya previsto el legislador.

Tratándose de las medidas cautelares personales en el proceso existe un verdadero principio de la tipicidad cautelar personal, puesto que el juez sólo puede adoptar las medidas que al efecto haya previsto expresamente el legislador y en la forma que éste haya señalado.

Al efecto debemos recordar que el artículo 19 N° 7 letra b) de nuestra Carta Fundamental prescribe 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”.

En el artículo 5° del CPP se contempla el mismo principio, pero en términos más amplios para comprender cualquier medida cautelar personal, al señalar que:

“No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

Las medidas cautelares personales que pueden adoptarse en el proceso penal y que se contemplan en el Código Procesal Penal son:

- 1° La citación (artículo 123 y 124),
- 2° La detención (artículo 125 a 138),
- 3° La prisión preventiva (artículos 139, a 154),
- 4° El arraigo judicial (artículo 155 letra d) primera parte), y
- 5° Las medidas privativas o restrictivas de libertad contempladas en el artículo 155, de:

5.1) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

5.2) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

5.3) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

5.4) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

5.5) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

5.6) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y

5.7.) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

3.2. La jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

La regla general que se contempla en nuestra Carta Fundamental respecto de las medidas que tengan por objeto privar o restringir la libertad personal, y en general, el ejercicio de cualquiera de los derechos que la Constitución asegura al imputado, e incluso a los terceros, sólo pueden ser llevadas a cabo por el Ministerio Público, previa aprobación judicial (artículo 83 inciso 3° de la Constitución).

En consecuencia, de acuerdo con el texto de la CPR, cualquiera medida cautelar personal en el nuevo proceso penal debe obligatoriamente ser dispuesta por un acto jurisdiccional, puesto que ésta debe ser decretada por el juez garantía, y jamás podrá ser dispuesta directamente en sede administrativa por parte del Ministerio Público.

En el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, que aparece en el Boletín 1.943-07, se deja constancia que se *“modificó la redacción del texto propuesto, porque el vocablo “vulnerar” tiene una connotación que alude a un actuar ilegítimo. Optó por referirse a actos que priven del ejercicio de una garantía constitucional, o que restrinjan o perturben dicho ejercicio, para que el texto sea armónico con lo preceptuado por el número 26 del artículo 19 de la constitución Política de la República, cuyo entendimiento el Tribunal Constitucional ha confirmado al fallar sobre el artículo 12 de la Ley N° 18.414 orgánica constitucional de los Estados de Excepción.*

A partir de la entrada en vigencia del artículo 83 debemos entender que el artículo 19 N° 7 letra C) en su inciso primero, que contempla la facultad de detener por *cualquier funcionario público expresamente facultado por la ley*, sólo se puede referir a una detención material en los casos autorizados por la ley y, en caso alguno, a una detención en virtud de una orden, la que en caso alguno puede emanar del Ministerio Público, dado que con ello se violaría el texto del artículo 83 de la Constitución, el que reviste un carácter posterior y especial para estos efectos.

En este sentido debe indicarse que los artículos 258 y 259 del Código de Procedimiento Penal, facultaba a los Intendentes, gobernadores y alcaldes dictar orden de detención respecto de determinados delitos⁹ y el artículo 13 de la Ley N° 18.314 sobre

⁹ Artículo 258.- Los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales podrán dictar orden de detención, siempre que estimen fundadamente que hay verdadero peligro en dejar burlada la acción de la justicia por la demora en recabarla de la autoridad judicial, para aprehender y poner de inmediato a disposición de dicha autoridad a los presuntos culpables de los siguientes delitos:

1° Crímenes y simples delitos contra la seguridad exterior y soberanía del Estado, o contra la seguridad interior, previstos en los Títulos I y II del Libro II del Código Penal y en la Ley de Seguridad del Estado;

2° Falsificación de monedas, papel moneda, instrumentos de crédito del Estado, de establecimientos públicos y sociedades anónimas o de bancos e instituciones financieras legalmente autorizadas;

3° Crímenes o simples delitos de tráfico de estupefacientes;

4° Crímenes o simples delitos que la ley tipifique como conductas terroristas;

5° Crímenes y simples delitos de sustracción y secuestro de personas, y

Continúa nota

conductas terroristas, otorgaba al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición la facultad de disponer la detención respecto de ese tipo de delitos, norma ésta que fue derogada el año 2002.

En el CPP se contempla expresamente este principio de la jurisdiccionalidad respecto de todas las medidas cautelares personales, al señalarse en el inciso segundo del artículo 122 que *“estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”*.

En el Informe se deja expresa constancia de la necesaria intervención judicial para disponer las medidas cautelares personales, señalándose que *“Lo que cabe tener en consideración es que cualquier medida cautelar respecto de un procesado implica un conflicto que, en un estado de derecho, debe ser resuelto por un juez, sobre la base de que éste se convenza personalmente – no formalmente – de la necesidad de adoptar o de no adoptar una medida en su contra. Si el fiscal quiere adoptar una medida respecto de una persona, amparado en el principio de inocencia, tiene que convencer de ello al juez”*.

Por otra parte, se nos señala en el mencionado Informe que *“en el diseño planteado por el proyecto, las amplias facultades del Ministerio Público durante la instrucción tienen como límite los derechos individuales de las personas. En los casos en que su actividad afecte o pueda afectar esos derechos, procederá siempre la intervención judicial, en general previa, por medio de audiencias orales, en las que el juez de control de la instrucción deberá calificar la legalidad de la actuación y cautelar por el respeto a los derechos de quienes puedan resultar afectados por ella*.

Entre las medidas que requieren esta intervención judicial, estarán siempre las cautelares dirigidas en contra del imputado y también algunas actividades de investigación que puedan afectar sus derechos o los de cualquier otra persona.

“El proyecto, junto con enumerar un conjunto de medidas específicas que requieren este control, consagra la posibilidad de que el afectado requiera al juez, reclamando de cualquier otra actividad persecutoria que pueda implicar afectación de sus derechos”.

Los requisitos que debe cumplir la orden judicial de detención y prisión preventiva se encuentran expresamente contemplados en el artículo 154 del CPP.

La única medida cautelar personal que se mantendría por tener un carácter meramente material y no judicial es el relativo a la detención en caso de delito flagrante

Continuación nota ⁹

6° Cualquier crimen o simple delito perseguible de oficio cometido en la sala o recinto en que el Intendente Regional o Gobernador Provincial desempeña sus funciones y en los momentos en que las ejerce;

Artículo 259. Los alcaldes podrán dictar orden de detención contra los responsables de los delitos señalados en los números 4°, 5° y 6° del artículo 8° precedente, cuando la demora en recabarla de la autoridad competente pueda dejar burlada la acción de la justicia.

Las personas aprehendidas por estos funcionarios serán puestas inmediatamente a disposición del tribunal que corresponda.

(artículo 129) y la detención policial (artículos 83 y 85), puesto que ella sólo tiene por objeto poner al detenido a disposición de las autoridades establecidas en la ley.

3.3. La instrumentalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Atendida la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares personales, ellas son instrumentales o han de estar supeditadas a un proceso penal en curso”.

“Tales medidas han de estar preordenadas a un proceso penal (v. gr. la detención) por lo que hoy es ilegítimo el arresto por impago de multa, bien han de disponerse en el curso de un proceso con todas las garantías y no mediante un mero expediente, tal como acontecía con el procedimiento de peligrosidad social.

Al ser instrumentales de un proceso penal, pendiente y principal, lógicamente habrán de finalizar necesariamente con dicho proceso, extinguiendo sus efectos o transformándose en medidas ejecutivas. En tal sentido, es indiferente que el procedimiento acabe por sentencia o auto de sobreseimiento”.¹⁰

En el Informe se contempla expresamente la instrumentalidad de las medidas cautelares personales subordinándose la procedencia de ellas a los objetivos del procedimiento, no pudiendo en caso alguno ser utilizadas como una forma de hacer cumplir anticipadamente la pena antes de la existencia de una sentencia condenatoria ejecutoriada.

Al efecto, se establece en dicho Informe que *“El proyecto de ley en informe considera un nuevo diseño de las medidas coercitivas, que se engloban bajo el nombre genérico de medidas cautelares, basado en la excepcionalidad de las mismas y en su subordinación a los objetivos del procedimiento.*

“A partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieron afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas, que restringen los derechos del imputado cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación, o cuando resulte peligrosa su libertad para la seguridad de la sociedad o del ofendido, o para asegurar los resultados pecuniarios del juicio”.

Este principio de la instrumentalidad aparece reconocido expresamente en el inciso 1º del artículo 122, señalándose a su respecto en el Informe de la Comisión que éste *“se encarga de señalar la finalidad y alcance de las medidas cautelares personales: Sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación.*

¹⁰ GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit. Tomo II. Pág. 355. 1991.

Específicamente, con relación a la prisión preventiva se indica que ella “*es una privación de libertad frente a un inocente. Antes de la condena con autoridad de cosa juzgada, la presunción de inocencia rige siempre o no rige. De ello se sigue, necesariamente, que la prisión preventiva no puede perseguir objetivos del derecho penal material. Los fines de la prisión preventiva, por lo general, sólo pueden ser fines de aseguramiento del procedimiento y de la ejecución*”.

De acuerdo con ello, se nos señala en el informe “*en relación con la prisión preventiva, la regla general es que se trata de una medida cautelar de carácter excepcional, que sólo procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento*”, lo que se recoge expresamente en el inciso 2º del artículo 139.

3.4. La excepcionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Las medidas cautelares personales en el proceso penal, como cualquier medida cautelar reviste un carácter excepcional, puesto que viene a alterar la situación de igualdad que las partes deben tener en un proceso, y además en el curso de la investigación, la que requiere ser racional y justa por mandato expreso del artículo 19 N° 3 de la CPR.

De acuerdo con ello, es que para los efectos de ordenar cualquier medida de carácter cautelar se requiere que concorra el *fumus boni iuris* que colora el buen derecho.

Tratándose de las medidas cautelares personales el legislador requiere para que ellas sean ordenadas que se cumplan en cada caso con los requisitos que establece el legislador respecto de su otorgamiento, y además obviamente a lo menos *prima facie* consten en el proceso los antecedentes que hacen procedente que ellas sean ordenadas.

“El *fumus boni iuris* o apariencia y justificación del derecho subjetivo, que en el proceso civil suele ir ligado a la titularidad de un documento justificativo del derecho subjetivo material, en el proceso penal, tratándose de la futura actuación del “*ius puniendi*”, como consecuencia de la comisión de un delito, que, al propio tiempo, es fuente de la obligación civil, estriba precisamente en la *razonada atribución del hecho punible a una persona determinada*”.

“El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es pues, *la imputación*. Sin el imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales”.¹¹

En el Informe se contempla expresamente que “*las medidas cautelares, además, para poder decretarse, requieren lo que el Código de Procedimiento Civil llama comprobante que constituya presunción grave del derecho que se reclama, denominado, técnicamente, el “humo del buen derecho”. Para decretar una medida cautelar, es in-*

¹¹ GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit. Tomo II. Pág. 354. 1991.

dispensable que el juez tenga, no certeza, pero si un grado de verosimilitud del derecho que se le está invocando”.

Al efecto, el artículo 122 del Código establece como principio de carácter general que *“las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsista la necesidad de su aplicación”.*

En relación con la citación, se establece en el Informe de la Comisión que a ella *“le otorga un ámbito de aplicación más amplio que el que le asigna la legislación vigente, ya que será la única medida coercitiva que recaiga sobre la libertad del imputado, que podrá decretarse si la imputación se refiere a faltas, a delitos que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad o bien cuando éstas no excedan las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, esto es, de 540 días”.*

En el Informe se señala *“respecto de la detención, particularmente acerca de su procedencia, la regla general es que ningún habitante de la República podrá ser detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después de que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendido en delito flagrante, y, en este caso, para el único objeto de ser conducido ante la autoridad que corresponda”.*

Para los efectos de que se decrete la *detención judicial*, los requisitos que deben concurrir son los siguientes:

- 1º. Que exista una solicitud de un fiscal del Ministerio Público
- 2º. Que exista una orden del juez de garantía, y
- 3º. Que sea necesario que el imputado sea traído a la presencia del Ministerio Público, sin previa citación, porque de otra manera la comparecencia pudiere verse demorada o dificultada (artículo 127).

La regulación de esa materia nos parece francamente deficiente, puesto que no se establece ninguna vinculación con el hecho delictivo y la participación para que se decrete judicialmente la detención, como sí acontece en el N° 1 del actual artículo 255 del Código de Procedimiento Penal.

Ello trae como consecuencia que si desgraciadamente la ley no es lo suficientemente precisa en la materia, pues los supuestos en que se encuentra permitida o en que es obligatoria la detención, están regulados con gran amplitud, escasamente el principio de legalidad puede desplegar su eficacia.¹²

Finalmente, en el Informe se nos señala que *“el juez podrá ordenar la prisión preventiva del imputado, a solicitud del fiscal o del querellante, con posterioridad a la declaración judicial indagatoria y a la formalización de los cargos, siempre que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investiga; que de las diligencias de investigación realizadas aparezcan presunciones fundadas para estimar que el*

¹² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal Penal*. Pág. 220. Akal/Iure. 1999. Colober Vega. Madrid.

imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor y que, basándose en antecedentes calificados, el juez considere la prisión preventiva como estrictamente indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación o cuando la libertad del imputado sea peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

Para los efectos de que se decrete *la prisión preventiva*, los requisitos que deben concurrir son los siguientes:

- a) Que se hubiere formalizado la investigación
- b) Petición del Ministerio Público o del querellante
- c) Realización de audiencia con la presencia del fiscal, imputado y su defensor
- d) Que las otras medidas cautelares sean insuficientes para asegurar finalidades del procedimiento, seguridad ofendido o de la sociedad (artículo 139 inciso 2º)
- e) Que no se trate casos improcedencia de prisión preventiva (artículo 141)
- f) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito
- g) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- h) Que existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga (artículo 140).

Los requisitos que se contemplan respecto del hecho delictivo y la participación para determinar la procedencia de la prisión preventiva nos parecen claramente deficientes, puesto que no cabe exigir a esa altura de una investigación que se justifique la “existencia del delito” y, por otra parte, se mantiene la expresión “presunciones fundadas” respecto de la participación, las que ahora no se regulan en cuanto a sus requisitos para que se configuren, y respecto de las cuales hoy sólo cabe su construcción de acuerdo con el sistema probatorio sólo al tribunal, sin que corresponda al legislador fijar sus pautas por haberse apartado el procedimiento del sistema de prueba legal.

Se insiste en la redacción en utilizar los términos para hacer procedente la prisión preventiva empleados por el artículo 274 del antiguo Código de Procedimiento Penal, lo que claramente resulta improcedente atendida la disparidad de criterios que respecto de su alcance existe en la doctrina y la jurisprudencia.

Esta situación se ve agravada si tenemos presente que respecto de los requisitos que deben concurrir para decretar las otras medidas cautelares diversas de la prisión preventiva se contempla expresamente en el artículo 155 que “*la procedencia, duración, impugnación y ejecución de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo*”.

De allí que creemos más correcta la configuración de estos requisitos que se contemplan en el Derecho Comparado:

— En España se nos señala que para decretar la prisión es necesario que conste la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito en relación con los hechos; y que aparezcan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quienes se haya de dictar auto de prisión.¹³

— En Alemania se exige que debe existir sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es, debe existir alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y que están presentes todos los supuestos de punibilidad y de la perseguibilidad.¹⁴

— En Argentina, se nos señala que no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y la participación del imputado en él. Este es un límite sustancial y absoluto: si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor del hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva.¹⁵

Finalmente, es menester tener presente que dado el carácter de excepcionalidad de las medidas cautelares necesariamente las normas que las contemplan requieren ser interpretadas restrictivamente.

Al efecto, el inciso segundo del artículo 5º del CPP establece que “*Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía*”.

En el Informe se dejó expresa constancia que la excepcionalidad de las medidas cautelares personales conduce a la necesaria interpretación restrictiva de las normas que las contemplan y a la prohibición de aplicarlas en forma analógica.

Se establece en dicho Informe que “*el artículo 4º, denominado ‘Tratamiento del imputado como inocente e interpretación restrictiva’, contempla dos materias diversas.*

La primera es relativa al principio de inocencia, en virtud del cual ninguna persona puede ser considerada culpable ni tratada como tal, en tanto no sea condenada por medio de una sentencia firme.

La segunda exige interpretar restrictivamente las disposiciones que autoricen la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades, e impide aplicarlas por analogía”.

Como ya se ha dicho, la libertad del imputado sólo cabe restringirla a modo de cautela y para asegurar la aplicación de la ley punitiva.

¹³ LÓPEZ BARJA DE QUIROZ, Jacobo. *Instituciones de Derecho Procesal*. Ob. cit. Págs. 225 y 226.

¹⁴ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Pág. 259. Año 2000. Ediciones del Puerto Buenos Aires. 2000.

¹⁵ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Pág. 199. 2ª edición. Ad-Hoc. Buenos Aires. 1999.

“Al aplicar toda esta normativa en forma restrictiva, lo que se busca en definitiva es que su aplicación se limite taxativamente a lo determinado en la propia disposición legal”.

En síntesis, como nos señala Cafferata Nores, sólo *excepcionalmente*, cuando el imputado intente *abusar* de su libertad para frustrar el propósito de afianzar la justicia que persigue el juicio previo, obstaculizando la investigación de la verdad o la actuación de la ley (adulterando el material probatorio, poniéndose en rebeldía o fugando para no cumplir la pena), *nacerá* el derecho del Estado de limitar o restringir la libre locomoción del sospechoso (poder de arresto del artículo 18 C.N.). Será entonces el Estado quien deberá *demostrar* la existencia en cada caso de los peligros que justifiquen la limitación o restricción a la libertad del imputado: es decir, deberá evidenciar que tiene derecho a encarcelar en el caso concreto, probando que lo contrario significaría admitir que la justicia, en lugar de afianzarse, sería burlada. En suma, lo que debe presuponer es el derecho del imputado a permanecer en libertad durante el proceso. La ley procesal deberá establecer en qué casos el Estado tendrá derecho a limitarla o restringirla. La nueva visión del tema incidirá favorablemente en un mayor respeto real, en la práctica judicial, a los derechos individuales del sometido a proceso, evitando innecesarias restricciones de su libertad que se proyectarán, además, en su reputación, relaciones familiares y laborales, etc., sin provecho para la consecución de los fines del proceso.¹⁶

3.5. La necesidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Las medidas cautelares personales en el proceso penal, como cualquier medida cautelar reviste un carácter excepcional, por lo que no sólo requieren de la existencia del *fumus boni iuris*, sino además que concurra el *periculum in mora*, o el peligro en la demora que importa que durante el curso del proceso puedan realizarse conductas por parte del imputado que conduzcan a la imposibilidad de cumplir la sentencia condenatoria que se haya de dictar en su contra.

“El periculum in mora o daño jurídico derivado del retardo del procedimiento, viene determinado en el proceso penal, por el peligro de fuga o de ocultación personal y patrimonial del imputado.

“Naturalmente este peligro de evasión del imputado se acrecienta en la medida en que el hecho imputado sea de mayor gravedad y, por tanto, la futura pena a imponer sea más grave.

“De aquí que el periculum in mora en nuestro procedimiento penal ofrezca un marcado carácter cuantitativo. Si el hecho punible no lleva aparejada pena privativa alguna o puede en el futuro beneficiarse el condenado de la remisión condicional, habrá que presumir la inexistencia de peligro de fuga, por lo que decaerá la medida cautelar.

¹⁶ CAFFERATA NORES, José. *Excarcelación y eximición de prisión*. Págs. 2 y 3. Depalma. Buenos Aires. 1986.

“Sin embargo, este criterio no debe ser el único a tomar en consideración por el órgano jurisdiccional, sino que debe conjugarse con otros, tales como la inexistencia o no de antecedentes penales o el arraigo familiar y social del imputado”.¹⁷

Los peligros que permiten la detención o la prisión preventiva se encuentran configurados por la necesidad de asegurar la realización del juicio o para asegurar la imposición de la pena.

Sin embargo, debemos tener presente que el proceso penal en la actualidad, no sólo tiene por objeto hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado que emana de la comisión de un delito, sino que tiende además a brindar protección a la víctima de ese delito.

De conformidad con el texto de la Carta Fundamental, los antecedentes que configuran el *periculum in mora* que justifica la adopción de una medida de privación de la libertad a través de la detención o prisión preventiva se encuentra constituida por encontrarse esas medidas por el juez como estrictamente necesarias (artículo 19 N° 7 e):

a) *Para las investigaciones*

El peligro en la demora está constituido en este caso por las acciones que pueda realizar el imputado para impedir o perturbar la realización de diligencias que permitan acreditar los hechos que harán posible hacer efectiva la pretensión punitiva del Estado.

Este peligro deberá ser concreto, puesto que requiere que se precisen las diligencias que impiden el otorgamiento de la libertad provisional.

En el inciso segundo del artículo 140 establece que “*se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente*”.

Además, procede la prisión preventiva respecto del imputado que no compareciere a la audiencia del juicio oral (artículo 141 inciso 4°).

En la doctrina, se ha cuestionado por algunos el peligro de entorpecimiento de la investigación como antecedente para decretar la prisión preventiva. Al efecto, se ha señalado que “el entorpecimiento de la investigación no puede constituir un antecedente para el encarcelamiento de una persona porque el Estado cuenta con innumerables medios para evitar la eventual acción del imputado. Además, es difícil de creer que el imputado puede producir por sí mismo más daño a la investigación que el que puede evitar el Estado con todo su aparato de investigación: la policía, los fiscales, la propia justicia. Concederles a los órganos de investigación del Estado un poder tan grande, supondría desequilibrar las reglas de igualdad en el proceso. Además, si el Estado es

¹⁷ GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit. Tomo II. Pág. 354. 1991.

ineficaz para proteger su propia investigación, esta ineficacia no se puede cargar en la cuenta del imputado, mucho menos a costa de la privación de su libertad”.¹⁸

Sin embargo, es menester tener presente que para un sector de la doctrina, la referida causal que permite mantener la prisión preventiva goza de una clara función cautelar por la razón esencial de que mediante la misma se pretende garantizar el proceso, de modo tal que si tal labor no se llevara a cabo, el procedimiento podría frustrarse, no ya por la incomparecencia del imputado, sino por la falta del mínimo material sobre el que apoyarse la inculpación”.¹⁹

b) *Para la seguridad del ofendido*

En el inciso final del artículo 140 se establece que “*se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitan presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes...*”.

Sobre el particular debemos tener presente que este es un aspecto que siempre debe ser considerado, puesto que uno de los principios rectores que deben regir en el proceso penal consiste en brindar protección a la víctima (artículo 6°).

c) *Para la seguridad de la sociedad.*

En el penúltimo inciso del artículo 140 se establece que “*Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias:*

- *La gravedad de la pena asignada al delito*
- *El número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos*
- *La existencia de procesos pendientes*
- *El hecho de haberse actuado en grupo o pandilla”.*²⁰

*Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.*²¹

¹⁸ BINDER, Alberto. *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Ob. cit. Pág. 199. Ad-Hoc. SRL. 1993.

¹⁹ ASENCIO MELLADO, José María. *La prisión provisional*. Pág. 36. Editorial Civitas. 1987.

²⁰ Artículo modificado por la Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008, el que incluía anteriormente dentro de los motivos para considerar que la libertad del imputado era peligrosa para la seguridad de la sociedad, además de los indicados. “*El hecho de encontrarse sujeto a una medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios contemplados en la ley 18.216, y la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que se traten*”.

²¹ Inciso incorporado por la Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008. revisar la ley.

Para algunos, el peligro de seguridad de la sociedad que hace procedente la prisión preventiva se encuentra configurado por el peligro de la fuga.

*“El Estado se encuentra con un límite absoluto que es la imposibilidad de realizar juicios en ausencia. No se pueden realizar los juicios penales en rebeldía del imputado. En consecuencia, aquí el imputado tiene efectivamente un poder real para obstaculizar el desarrollo del proceso e impedir la aplicación de una pena. En consecuencia, la prisión preventiva sólo es admisible cuando se trata de un mecanismo excepcional y restringido que tiende a evitar la fuga del imputado”.*²²

3.6. La proporcionalidad u homogeneidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Las medidas cautelares personales en el proceso penal, al igual que todas las medidas cautelares, deben estar destinadas a proteger la pretensión punitiva que se ha hecho valer, por lo que deben guardar respecto de ella una relación cuantitativa y cualitativa.

En consecuencia, las medidas cautelares personales, al igual que toda medida cautelar, jamás pueden exceder el fin que se pretende a través de proceso penal.

*En otras palabras, la violencia que se ejerce como medida de coerción nunca puede ser mayor que la violencia que se podrá eventualmente ejercer mediante la aplicación de la pena, en caso de probarse el delito en cuestión.*²³

La homogeneidad de las medidas cautelares quiere significar que “entre la actividad cautelar y la decisión que se espera debe contener la sentencia respecto de la pretensión hecha valer en el proceso deben existir grados o niveles de igualdad, de semejanza.

Por ejemplo, en un proceso civil, si estoy demandando para obtener una sentencia declarativa, de mera certeza, fallaría la condición de homogeneidad de la medida cautelar si yo pidiera que, para asegurar la declaración a la que aspiro, se embarguen bienes del deudor. No hay entre lo que aspiro obtener y lo que pido para asegurar ese resultado futuro, niveles de homogeneidad.

Puede resultar más simple en el proceso penal: si lo que es materia del proceso penal es una conducta que se va a sancionar con una rigurosa pena privativa de libertad (sobre 15 años), no sería homogénea una sentencia que suspendiera anticipadamente al sujeto del ejercicio de sus derechos políticos, y a la inversa, si la conducta está sancionada con penas no privativas de libertad, atenta contra este principio, la posibilidad que durante la tramitación del proceso, tengamos al sujeto privado de libertad.

Es una relación de semejanza, no es una relación de identidad, porque si yo anticipo el resultado de la sentencia a la que aspiro en términos idénticos, estaría vulnerando un principio básico: que no hay ejecución sin título, porque querría decir que estoy

²² BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 199. Ad-Hoc. SRL. 1993.

²³ BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 200. Ad-Hoc. SRL. 1993.

haciendo cumplir aquello que quiero sin que medie en mi favor la existencia del título ejecutivo.²⁴

En el informe de la Comisión, se establece expresamente que *“es útil tener en cuenta, en el momento de legislar en relación con las medidas cautelares, la necesidad de que éstas guarden una relación de finalidad con lo que el proceso persigue, lo que se denomina la homogeneidad de las medidas cautelares.*

La actividad que a través de ellas se verifica tiene que ser semejante a la que se aguarda de la sentencia. En otras palabras, no se puede imponer una medida cautelar que no tenga relación con el tema; tiene que haber un rango de semejanza”.

El legislador, en virtud del principio de la proporcionalidad²⁵, excluye expresamente en el artículo 141 del CPP la procedencia de la prisión preventiva en los siguientes casos:

- a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos*
- b) Cuando se tratare de delitos de acción privada, y*
- c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad.*

Lo anterior sin perjuicio de los eventos en que sí puede decretarse, los que serán comentados al analizar en específico la medida.

En los casos señalados, la prisión preventiva se desestima, por regla general al ser desproporcionada en relación con aquella que significaría la eventual sentencia condenatoria, atendida la gravedad del delito de que se trata. Por otro lado, la existencia de este principio posibilita, por ejemplo, la aplicación preferente de aquellas medidas cautelares menos gravosas para la libertad del imputado, relacionado esto con la instrumentalidad. Además, en el informe de la Comisión se deja expresa constancia que *“Se establece un conjunto de medidas cautelares personales menos intensas que la prisión preventiva y que el juez debe utilizar con preferencia a ésta cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento. Entre las que debieren tener mayor efecto práctico está el arresto domiciliario, que fue introducido con buenos resultados por la Ley N° 19.164, en favor del que obra en legítima defensa de su persona o derechos o en defensa de la persona o derechos de su cónyuge, parientes o de un extraño; la sujeción a la vigilancia de una persona o autoridad; la prohibición de salir del país o del ámbito territorial que fije el juez, y otras restricciones al libre desplazamiento, destinadas a proteger a las víctimas o los resultados de la investigación.*

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 instrucción, el tribunal, a petición del Ministerio Público, del querellante o la víctima, y salvo los casos en que sólo

²⁴ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Charla “Las medidas cautelares en Diplomado Reforma Procesal Penal”. Universidad de Chile. 2002.

²⁵ Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Págs. 266 y siguientes. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

proceda la citación, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas: el arresto domiciliario en su propia residencia, si ella se encontrare en la ciudad de asiento del tribunal o en la que el propio imputado señale dentro de esa ciudad; la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designe; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez; la prohibición de concurrir a determinadas reuniones o de visitar ciertos lugares; la prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afecte el derecho a defensa, y la prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

En síntesis, se establece un conjunto de medidas cautelares personales menos intensas que la prisión preventiva, al objeto de que el juez las utilice con preferencia a ésta cuando resulten adecuadas para asegurar los objetivos del procedimiento”.

Debemos tener presente que se ha resuelto “en principio la prisión preventiva es improcedente en el artículo 141 letra a), pero esa improcedencia no es absoluta, pues todos los casos del segundo inciso del artículo 141 configuran una regla general que encuentra su excepción en el inciso cuarto de la misma disposición, entre cuyas hipótesis está la de que el tribunal considere que el imputado pueda incumplir las condiciones referidas en el inciso tercero del mismo artículo. La existencia de una condena anterior por delito de la misma especie que el actual, la existencia de un proceso pendiente en su contra y la circunstancia de que exista formalización en su contra por otros ilícitos, aunque a la fecha actual no se consideren establecidos, lleva a esta Corte a considerar que el imputado puede efectivamente incumplir las condiciones de permanecer en el lugar del juicio y presentarse a los actos del procedimiento y a la eventual ejecución del fallo, de manera que por esas exclusivas razones cabe confirmar la resolución de que se trata²⁶.

Finalmente la homogeneidad o proporcionalidad se considera por el legislador al establecer la oportunidad en que debe ser revisada la prisión preventiva, atendiendo el tiempo transcurrido (artículo 152).

Debemos señalar que el principio de proporcionalidad experimentó un retroceso evidente con ocasión de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.253 respecto de los casos de improcedencia de la prisión preventiva y a que nos referiremos en ese apartado.

3.7. La temporalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

La detención o prisión preventiva debe tener necesariamente una limitación en cuanto a su duración, como toda medida cautelar, puesto que ellas duran hasta la

²⁶ Corte Apelaciones Rancagua. 2.10.2004. Revista Procesal Penal N° 28. Págs. 78 y Sgtes. Diciembre 2004.

dictación de la sentencia definitiva. Sin embargo, atendido los bienes afectados por estas medidas cautelares, también se establece su término durante el curso del proceso penal en atención a su tiempo de duración, aun cuando no se hubiere arribado a la dictación de la sentencia definitiva ejecutoriada dentro de éste.

En efecto, siguiendo las palabras de Calamandrei, entendemos que las medidas cautelares son *temporales* en el sentido de que ellas no duran siempre, sino que independientemente de que sobrevenga otro evento, tienen por sí mismas una duración limitada.

“Toda persona sometida a proceso tiene derecho a que tal proceso termine en un tiempo razonable. Con más razón aún, toda persona que está privada de libertad durante el proceso, tiene el derecho a que ese proceso termine cuanto antes; y si el Estado es moroso en el desarrollo del proceso, tal encarcelamiento preventivo pierde legitimidad. Si el Estado utiliza un recurso tan extremo como encarcelar a una persona para asegurar el desarrollo del proceso adquiere paralelamente la obligación de extremar todos los medios a su alcance para concluir el proceso cuanto antes.

“La aplicación práctica de este principio ha mostrado la necesidad de establecer límites temporales absolutos para la prisión preventiva, no ligados directamente a la duración del proceso. Toda prisión preventiva que se extienda más allá de un cierto límite temporal se convierte de hecho en la aplicación de una pena, puesto que se ha entendido que éste es un lapso razonable como para que un proceso finalice, aun si se trata de un proceso complejo y dificultoso”.²⁷

De acuerdo con lo anterior, las medidas cautelares personales tienen una duración limitada dentro del curso del proceso en cuanto al tiempo durante el cual ellas se han mantenido vigentes.

En el informe de la Comisión se deja expresa constancia de este principio de la temporalidad, tanto respecto de la detención como de la prisión preventiva, señalándonos al efecto que: “*La idea que se pretende promover es que el detenido esté el menor tiempo posible privado de su libertad sin que el Ministerio Público o el juez de control de la instrucción tengan conocimiento de este hecho, estableciendo plazos reducidos para que sea puesto a disposición de estas autoridades o disponiendo, cada vez que se pueda asegurar la comparecencia de la persona ante el tribunal, el reemplazo de la detención por la citación.*

Se han previsto límites temporales para la prisión preventiva. El juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieran justificado. Asimismo, se ordenará la cesación de la prisión preventiva cuando su duración alcance la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiera esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria o la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes”.

Al respecto, en el artículo 152 del Código de Procesal Penal se contempla la aplicación de este principio de la temporalidad, al establecer que se considerará por

²⁷ BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 201. Ad-Hoc. SRL. 1993.

el juez de garantía, en una audiencia oral a la que debe citar de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, la cesación o prolongación de la prisión preventiva cuando:

- La duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiese esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria;

- La duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se hubiere impuesto, existiendo recursos pendientes.

Pero en todo caso, la medida cautelar personal en el proceso penal tiene siempre una duración limitada, puesto que todas ellas deben cesar al momento de dictarse sentencia absolutoria ejecutoriada. En caso de dictarse sentencia condenatoria ejecutoriada, las medidas cautelares personales cesan, puesto que en tal caso lo que procede es cumplir la pena en la forma establecida en el fallo, abonándose a ella el tiempo que hubiere permanecido el condenado detenido, sujeto a prisión preventiva y privación de libertad domiciliaria impuesta en conformidad a la letra a del artículo 155 (artículo 348).

La norma original del proyecto que contemplaba la limitación temporal de la prisión preventiva a dieciocho meses, en todo caso, a menos que existiere sentencia condenatoria, fue eliminada por la Comisión de Comisión, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados.

Al efecto, se nos señala en el Informe a propósito del artículo 181 que “*se objetó el hecho de tener detenida a una persona por más de dieciocho meses.*”

Se señaló que, de acuerdo a los tratados internacionales, la legislación tiene que adecuarse a establecer una duración razonable para los juicios. Es una garantía establecida en el Pacto de San José, por el cual la persona debe tener un juicio en un plazo razonable o debe ser puesta en libertad. Lo lógico es que un juicio se haga con la persona en libertad; por motivos de peligrosidad se detiene. Si el Estado no es capaz de condenarla en ese período, que se restablezca la ley original.

Se consideró que el establecimiento de la disposición era un error, por cuanto, en la práctica, conduce a que el juez tenga a la persona privada de libertad por dieciocho meses. Establecer un límite es una cuestión inductiva, por lo que algunos fueron partidarios de que el juez lo resuelva con el fiscal, lo que representa mayor garantía para el imputado.

Se observó que no era un problema de garantía, sino de cómo obligar a los actores del sistema a apurarse. Todos los mecanismos que se han utilizado no han funcionado. Hay una cantidad de plazos sin sanción, que tampoco operan. La experiencia comparada muestra que una de las maneras de obligar a los actores a apurarse es poner sanciones reales en cuanto a las consecuencias del proceso. La solución es poner dos años, pero que se permita al juez la facultad de descontar las demoras que sean producto de la actitud dilatoria del imputado.

Dentro de los estándares internacionales, tener a un sujeto privado de libertad más de dos años, sin condena, es una violación grave. En ningún país se acepta. En

Argentina, cada día de exceso de los dos años, se cuenta por dos. A los dos años, el tipo tiene que ser liberado.

Esta norma está destinada también a controlar al juez.

La mayoría estuvo por no fijar plazos, para no poner trabas al juez.

Con motivo de los diferentes criterios esbozados, se trajo a colación el artículo 176, que no se aprobó, en el cual se establecía un procedimiento de revisión de oficio, cuando el imputado había cumplido la mitad de la pena privativa de libertad.

Hubo consenso en establecer aquí ese procedimiento, para obligar al juez a citar a una audiencia oral para resolver el problema.

En definitiva, por mayoría de votos, se eliminó la disposición que establecía que la prisión no podría exceder, en caso alguno, de dieciocho meses, a menos que se hubiere dictado sentencia condenatoria.

En forma complementaria, en el segundo inciso, se acordó agregar la siguiente oración: "el juez citará de oficio a una audiencia oral, con el fin de considerar su cesación o prolongación".

La detención por su parte contempla también plazos de duración, lo que dependerá de si ésta se realizó con o sin orden judicial

Así, la detención realizada en virtud de una orden judicial tiene por objeto la conducción inmediata del detenido a la presencia del juez que hubiere dado dicha orden, y en caso de no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las 24 horas.

Este plazo puede ser ampliado, pero una vez que el detenido hubiere sido puesto a disposición del tribunal, en la audiencia de control de detención, a petición fundada del Fiscal, pudiendo ampliarse hasta por 3 días. El fundamento del fiscal puede estar referido a la imposibilidad de formalizar o solicitar medidas cautelares, ya que no cuenta con los antecedentes necesarios o no está presente el defensor.

El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida" (artículo 132 inciso 2°).

Si por el contrario, la detención se practica sin orden judicial, los agentes policiales deben informar al fiscal en el plazo máximo de 12 horas, en cuyo caso éste puede dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro plazo máximo de 24 horas contado desde que la detención se hubiere practicado (artículo 131 inciso 2°).

3.8. La provisionalidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

La detención, prisión preventiva y demás medidas cautelares personales del artículo 155 deben tener necesariamente, como toda cautela, una duración provisional dentro del proceso.

Las providencias cautelares tienen un carácter provisorio en cuanto sus efectos, los que están destinados a durar a lo más sólo el tiempo intermedio que media entre

la fecha en que la providencia cautelar es dictada y la fecha en que pasa a encontrarse ejecutoriada la resolución que pone término al proceso.

Desde este punto de vista cabe diferenciar lo provisional, esto es, lo que está destinado a durar hasta sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio, de lo temporal, esto es, lo que simplemente no dura siempre, lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene en si mismo una duración limitada.

Teniendo presente estas distinciones de terminología, la cualidad de provisoria dada a las providencias cautelares quiere significar en sustancia lo siguiente: que los efectos jurídicos de las mismas no sólo tienen duración *temporal* (fenómeno que, bajo un cierto aspecto, se puede considerar común a todas las sentencias pronunciadas, como se dice con cláusula *rebus sic stantibus*, de las cuales pueden nacer efectos dispositivos o negociables destinados a durar mientras permanezcan sin variar ciertas circunstancias de hecho propias de la relación sustancial, o en absoluto destinadas a valer solamente por un cierto tiempo, preestablecido por el juez o por la ley, sino que tienen duración limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las providencias cautelares sería pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.²⁸

Relacionada con los principios de excepcionalidad e instrumentalidad, las medidas cautelares sólo proceden mientras subsista la necesidad de su aplicación (*rebus sic stantibus*).

En este sentido, las medidas cautelares personales tienen una supervivencia limitada a aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional.

Así puede hacerse cesar la prisión preventiva por la *revocación de la resolución que la hubiere decretado* de conformidad a lo previsto en el artículo 144.

Otra forma prevista por el legislador para hacerla cesar dentro del proceso penal es la de *otorgamiento de una caución económica adecuada*, en el evento que no concurren algunos de los requisitos que justifiquen mantener la privación de libertad del imputado.

Al efecto, conforme con el artículo 146 el juez podrá reemplazar la prisión preventiva por la prestación de una caución económica adecuada que efectúe el propio imputado u otra persona a su favor, mediante el depósito de dinero o valores, la constitución de prenda o hipoteca o la fianza de una o más personas idóneas, cuando aquélla

²⁸ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Pág. 36. Librería El Foro. 1996. Buenos Aires.

hubiere sido o debiera ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena. El otorgamiento de caución económica se encuentra también previsto para los efectos de hacer cesar las otras medidas cautelares personales que se contemplan en el artículo 155. La caución que reemplaza la prisión preventiva debe constituir una garantía real de comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento, esto es, un verdadero estímulo a fin de que éste comparezca a cada una de las actuaciones en que sea requerido, frente al riesgo de perder el monto de la misma.²⁹

Todas estas formas de hacer cesar la prisión preventiva requieren de un análisis de los antecedentes del tribunal para los efectos de decretarla.

El carácter provisional se ve reforzado por la posibilidad de impugnar la resolución que se pronuncia acerca de la prisión preventiva. Sin embargo, esta posibilidad es más restringida por cuanto ella es apelable sólo cuando se hubiere pronunciado en una audiencia (artículo 149).

La resolución que se pronuncia sobre el rechazo de la prisión preventiva también es provisoria, porque ella puede ser decretada con posterioridad en una audiencia cuando existieren otros antecedentes que a juicio del tribunal justificaren discutir nuevamente su procedencia (artículo 144 inciso final).

Sin embargo, existen otros casos en que la cesación es establecida por el propio legislador y de pleno derecho, como consecuencia de la dictación de determinadas resoluciones dentro del proceso, aun cuando ellas no se encuentren ejecutoriadas.

Otra forma prevista por el legislador para hacer cesar la prisión preventiva dentro del proceso penal es la que se genera con motivo de *la sola dictación de sentencia definitiva absolutoria, o cuando se decreta un sobreseimiento definitivo o temporal que beneficie al imputado*, puesto que ellas producen ese efecto aun cuando no se encuentren ejecutoriadas de conformidad a lo previsto en el artículo 153. En este caso, el tribunal puede disponer en lugar de la prisión preventiva alguna de las otras medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155 si las considerare necesarias para asegurar la presencia del imputado, las que permanecerán en vigencia hasta la ejecutoriedad del fallo.

Se contempla también el cese de la prisión preventiva dentro del proceso penal con motivo de *la suspensión condicional del procedimiento en los términos previstos en el artículo 237*. En tal caso, y mientras dure el periodo de la suspensión provisional, podrá disponerse que el inculpado cumpla con una o más de las condiciones previstas en el artículo 238.

También cesa la prisión preventiva dentro del proceso penal con motivo de *los acuerdos reparatorios alcanzados en el procedimiento penal* conforme a lo establecido en el artículo 241, puesto que ellos extinguen la acción penal respecto del imputado que hubiere intervenido en él (artículo 242). A consecuencia de la extinción de la

²⁹ Tribunal Juicio Oral Antofagasta. 4.6.2003. *Revista Procesal Penal* N° 12. Págs. 157 y Sgtes. Agosto 2003.

acción penal, en este caso no es procedente que respecto del imputado que hubiere alcanzado el acuerdo se pueda disponer el cumplimiento de una o más de las medidas cautelares personales contempladas en el artículo 238.

Finalmente, es menester tener presente que también se contempla la existencia de *medidas de seguridad respecto de los enajenados mentales*, ya sea porque se encuentren exentos de responsabilidad penal por haber cometido el delito en estado de enajenación mental, o por no ser procedente su juzgamiento por haber sobrevenido la enajenación mental luego de la comisión del delito (artículos 458 y 465). Estas medidas de seguridad se caracterizan por tener una duración temporal de conformidad a lo establecido en el artículo 464, que hace aplicables las normas que se contemplan respecto de la prisión preventiva.

3.9. La sustituibilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Íntimamente relacionado con los principios de la necesidad y proporcionalidad de las medidas cautelares personales se encuentra el carácter de la sustituibilidad, el que se contempla respecto de la prisión preventiva en relación con una o más de las otras medidas cautelares personales que se contemplan en el artículo 155.

Este principio de la sustituibilidad de las medidas cautelares personales se contempla expresamente en el Informe de la Comisión al señalarse que “*en cualquier momento del procedimiento, el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas cautelares personales de menor intensidad. Así, el juez siempre podrá reemplazar la prisión preventiva por la prestación de una caución económica adecuada, que efectúe el propio imputado u otra persona en su favor, mediante depósito de dinero o valores, la constitución de prenda o hipoteca, o la fianza de una o más personas idóneas*”.

Sin embargo, la sustituibilidad de la prisión preventiva por una caución económica se regula actualmente en términos más restringidos en el artículo 146, a que nos referiremos oportunamente.

El principio de la sustituibilidad se consagra en el artículo 145, el cual dispone al efecto que “*En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en las disposiciones del párrafo 6° de este Título*”.

En la especie, aun cuando no se contemple esta sustitución respecto de las otras medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155, y teniendo presente que claramente ellas se encuentran establecidas en un orden decreciente de gravedad, es perfectamente posible concebir la posibilidad de requerir la sustitución de alguna de ellas, ya sea para agravarlas o para disminuirlas en intensidad, según sea el propósito que se persigue lograr según la conducta del imputado, y por regir este principio al aplicarse supletoriamente las normas de la prisión preventiva conforme a lo previsto en el inciso final de ese mismo precepto.

3.10. La acumulabilidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Estrechamente relacionado con el principio de la necesidad de las medidas cautelares personales se encuentra el carácter de la acumulabilidad de las medidas cautelares personales.

Obviamente, que tratándose de la medida cautelar personal de la prisión preventiva sólo se contempla la medida de la incomunicación en el artículo 151 como medida cautelar accesoria, la que requiere de resolución judicial expresa y fundada, y el motivo que hace procedente que se lleve a efecto es que existan antecedentes graves acerca de que se obstaculizará la investigación. En todo caso, es menester hacer presente que la incomunicación no puede coartar el derecho de defensa, puesto que el incomunicado tiene derecho a comunicarse con su defensor y no puede restringir el acceso a una apropiada atención médica.

El sujeto respecto del cual se hubiere decretado su arresto o prisión preventiva además se encuentra sujeto implícitamente a un verdadero arraigo de pleno derecho aun cuando no se regule éste expresamente en el CPP, puesto que es procedente la detención policial respecto de quien tiene pendiente en su contra semejante orden o cuando habiéndose cumplido se hubiere fugado estando detenido o sujeto a prisión preventiva (artículos 127 y 129).

Respecto de las demás medidas cautelares personales, el artículo 155 contempla expresamente su acumulabilidad al establecer que *“el tribunal, a petición del fiscal, querellante o víctima, podrá imponer al imputado una o más de las siguientes medidas: ...”*.

3.11. La dignidad de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Las medidas cautelares no pueden importar generar situaciones que atenten en contra de la dignidad humana del sujeto privado de libertad.

De acuerdo con ello, la privación de libertad deberá realizarse en los lugares de detención previstos en la ley, los que deberán contar con las condiciones mínimas de higiene y alimentación, permitir que se provea al detenido las condiciones que permitan hacer más grata su estadía en el recinto penitenciario a su cargo; para que la privación de libertad no se transforme en un verdadero tormento, sino que en una simple medida de seguridad para permitir el futuro cumplimiento de la sentencia.

Los principios que se contemplan en el CPP para asegurar la dignidad de la prisión preventiva son los siguientes:

1. La detención y prisión preventiva se cumplirá en establecimientos especiales (artículos 19 N° 7 letra d) y 154 letra c) o en su residencia (artículos 138 y 154 letra c).
2. La detención y prisión preventiva se llevará a cabo de forma tal que no deba convivir en el recinto penitenciario con condenados (artículo 150 inciso 2°).

3. Debe llevarse a cabo de manera tal en que se encuentre protegida la integridad física del detenido o preso (artículo 150 inciso 4°).

En especial se contempla la separación de los detenidos y presos jóvenes y no reincidentes respecto de la población penal de mayor peligrosidad.

4. El imputado privado de libertad puede proveerse a sus expensas las comodidades y ocupaciones que no fueren incompatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (artículo 94 letra g).

5. Recibir visitas y comunicarse libremente por escrito, por teléfono o por cualquier otro medio sin más restricciones que las necesarias para el mantenimiento del orden y seguridad del recinto (artículo 94 letra h).

6. Excepcionalmente puede salir durante el día del recinto, o por un período determinado, previa autorización judicial, siempre que se asegure que no se violarán los objetivos de la prisión preventiva (artículo 150 inciso 5°).

7. Finalmente, puede conferenciar con su abogado en forma privada, el que no puede ser restringido ni aun en caso que se hubiere decretado judicialmente su incomunicación (artículos 94 letra f), 96 inciso 3° y 151).

3.12. La responsabilidad del Estado respecto por la adopción de las medidas cautelares personales en el proceso penal

Con anterioridad a la Constitución de 1980, la persona que se veía privada en forma arbitraria e injusta de su libertad personal durante el curso de un proceso penal no tenía derecho a que se indemnizara el daño causado con semejante medida.

En la actualidad, el artículo 19 N° 7 letra i) de nuestra Carta Fundamental establece:

“Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia”.

La referida norma constitucional quedó desajustada en relación con el nuevo Código Procesal Penal, puesto que no se contempla en éste la resolución de prisión preventiva que era la que sometía a proceso, debiendo modificarse en dicho precepto la expresión “sometido a proceso” por “prisión preventiva”. Debemos tener presente que también será necesario modificar todas las normas legales que contemplan efectos procesales o extraprocesales respecto de la resolución que somete a proceso, puesto que en el Código de Procesal Penal no se contempla dicha resolución sino que tan sólo la prisión preventiva, la que sólo produce efectos en cuanto a la privación de libertad del sujeto, y no los otros efectos, entre otros, las inhabilidades para ingresar a la Administración Pública, la suspensión en el

cargo de juez, etc. Esta es la modificación que quedó pendiente de efectuarse en la Reforma Constitucional de 2005 y hasta la fecha no se ha materializado para ajustarla al nuevo sistema procesal penal, lo que importa una omisión grave a nivel de nuestra Carta Fundamental porque constituye uno de los derechos mínimos que debe consagrarse en beneficio de aquel que es injustificadamente perseguido por el Estado, sin perjuicio de constituir además un claro límite dicha reparación frente a la persecución estatal. Finalmente, la referida omisión es seria además, puesto que su omisión puede conllevar a que si la reparación no es dispuesta por nuestros tribunales, ella termine por ser impuesta por los tribunales internacionales frente a semejante violación de los derechos humanos.

El actual procedimiento para obtener la declaración de la Excmo Corte Suprema se encuentra regulado en el Auto Acordado de 10 de abril de 1996, que fuera publicado en el Diario Oficial de 24 de mayo de 1996.

III. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El CPP regula las medidas cautelares personales en el Título V de su Libro I, que comprende los artículos 122 a 156.

Las medidas cautelares personales son aquellos medios contemplados en la ley, privativos o restrictivos de la libertad personal u otros derechos individuales de un imputado, que se decretan por el tribunal mediante una resolución fundada, cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento penal, consistentes en la realización de diligencias precisas y determinadas de la investigación, asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, proteger al ofendido y velar por la seguridad de la sociedad.

El CPP contempla las siguientes medidas cautelares personales:

1. La citación
2. La detención
3. La prisión preventiva
4. Otras medidas cautelares personales contempladas en el artículo 155, y que son:
 - a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquella 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.

Conforme con los principios inspiradores de las medidas cautelares que hemos analizado en el apartado anterior, aquellas reguladas en el CPP:

- Sólo pueden decretarse, en virtud del principio de la legalidad, las medidas cautelares personales antes señaladas en el proceso penal, sin perjuicio de las otras que puedan contemplarse en leyes especiales, debiendo siempre las normas que las contemplan interpretarse restrictivamente (artículo 5º).

- Sólo pueden decretarse las medidas cautelares personales cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento (artículo 122 inciso 1º).

- Deben durar sólo mientras subsista la necesidad de su aplicación (artículo 122 inciso 1º).

- Deben ser decretadas siempre por medio de una resolución judicial fundada (artículo 122 inciso 2º).

- Tienen un orden de graduación para ser decretadas, siendo la prisión preventiva la medida más extrema, debiendo aplicarse sólo cuando por calificación del legislador o según el criterio del tribunal conforme a los principios antes señalados no fuere procedente que se decrete una medida cautelar de menor entidad.

Para tal efecto, el legislador establece casos de improcedencia en que se decrete la prisión preventiva (artículo 141).

Por otra parte, como criterio al tribunal, le señala que la prisión preventiva solamente procederá cuando las demás medidas cautelares fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento (artículo 139 inciso 2º).

De acuerdo con ello, las medidas cautelares personales dejan de ser un efecto casi automático de la dictación de la resolución auto de procesamiento, la que no se contempla en el nuevo sistema procesal penal por ser propia de un sistema más bien inquisitivo³⁰, pasando a constituirse en medidas excepcionales cuya procedencia y necesidad es menester demostrar en cada caso por el fiscal.

La solicitud de medidas cautelares debe ser siempre posterior a la formalización de la investigación de manera tal que el sujeto imputado sabe el contenido de los hechos punibles que se le atribuyen. Por ende, las medidas cautelares son discutidas en una audiencia ante el Juez de Garantía, sobre la base de una imputación cuyos límites y alcances son preconocidos.³¹

³⁰ Ver RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo. *El procesamiento. Doctrina y jurisprudencia. Regulación legal y concordancias*. Editorial Comares. Granada. 1999.

³¹ CHAHUÁN SARRÁS, Sabas. *Manual del Nuevo Procedimiento Penal*. Págs. 220 y 221. Segunda edición actualizada. Noviembre 2002. LexisNexis.

1. LA CITACIÓN

1.1. Reglamentación

La citación se encuentra reglamentada en el Párrafo 2º del CPP (artículos 123 y 124), sin perjuicio de tener en consideración lo previsto en el artículo 134³².

1.2. Concepto

La citación, en cuanto medida cautelar personal, es la orden de comparecencia dispuesta por el juez de garantía o por el Tribunal Oral en lo Penal respecto del imputado, a objeto que éste comparezca a una audiencia, bajo apercibimiento de disponerse una medida privativa de libertad.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos tener presente que el CPP regula tres formas distintas de citación:

- a) La citación que se encuentra facultada a realizar el Ministerio Público (artículo 23).
- b) La citación judicial (artículo 33).
- c) La citación como medida cautelar personal (artículos 123 y 124).

Tal como señalamos al referirnos a las facultades del Ministerio Público en esta materia³³ las citaciones administrativas del Ministerio se regulan en el artículo 23, conforme al cual, cuando en el desarrollo de su actividad de investigación el fiscal requiriere la comparecencia de una persona, podrá citarla directamente y sin previa autorización judicial por cualquier medio idóneo, ya sea tratándose del imputado, testigos o peritos, con excepción de las personas contempladas en el artículo 300 (artículos 23, 180 y 190).

El Ministerio Público, sin embargo, no puede disponer directamente de medidas de apremio, motivo por el cual si la persona citada no compareciere, el fiscal podrá ocurrir ante el juez de garantía para que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia.

Por su parte, dijimos que la citación judicial³⁴ consiste en la orden de comparecencia efectuada por el tribunal para la realización de un acto del procedimiento, pero que puede referirse tanto al imputado, como a terceros como peritos, testigos u otras personas.

Según dispone el artículo 33, cuando fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal, se le notificará la resolución que ordenare su comparecencia, haciéndoseles saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso

³² Modificado por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002.

³³ Ver Capítulo Cuarto.

³⁴ Ver II. Disposiciones comunes a todo procedimiento, apartado 6 de la segunda parte del Capítulo Cuarto.

de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.

El tribunal puede ordenar que el imputado que no compareciere injustificadamente sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva. Tratándose de los testigos, peritos u otras personas, implica una medida de coerción personal, dado que de no ser acatada conlleva la privación o restricción de libertad hasta la realización de la actuación, por un máximo de veinticuatro horas, la que debe cesar siempre e inmediatamente que el acto requerido al tercero se haya realizado (puede imponérseles, además, una multa de hasta quince unidades tributarias mensuales (artículo 30)).

Si quien no concurriere injustificadamente fuere el defensor o el fiscal, la sanción aplicable es la suspensión del ejercicio profesional hasta por 2 meses (artículo 287).

En cambio la citación como medida cautelar es sólo aquella regulada en los artículos 123 y 124, la que procede sólo respecto del imputado, por delitos de menor gravedad, señalados por la ley, conllevando un germen de privación de libertad para el caso de no ser acatada la orden.

El sujeto que decreta la citación es el juez de garantía o el tribunal oral en lo penal, y el imputado es respecto de quien se dirige el llamamiento de comparecencia ante el órgano jurisdiccional.

El objeto de la presencia del imputado ante el órgano jurisdiccional puede ser para prestar declaración ante el tribunal (artículo 98); para llevar a cabo una actuación procesal, como es la que se requiere para llevar a cabo la audiencia preparatoria del juicio oral (artículo 260), o estar presente en determinados actos del juicio, como acontece con la citación que debe realizarse al acusado para que asista al juicio oral (artículos 281 inciso final y 285).

La citación se debe verificar haciéndose saber a los citados el tribunal ante el cual debieren comparecer, su domicilio, la fecha y hora de la audiencia, la identificación del proceso de que se tratare y el motivo de su comparecencia. Al mismo tiempo se les advertirá que la no comparecencia injustificada dará lugar a que sean conducidos por medio de la fuerza pública, que quedarán obligados al pago de las costas que causaren y que pueden imponérseles sanciones. También se les deberá indicar que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, con anterioridad a la fecha de la audiencia, si fuere posible.

Si el imputado no compareciere injustificadamente, el tribunal podrá ordenar que éste sea detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva (artículo 30).

En cuanto a su naturaleza jurídica se ha señalado que “en doctrina no se le reconoce naturaleza cautelar a la citación. Por de pronto, no es provisional en el sentido que

se ha entendido la provisionalidad de las medidas cautelares. Independientemente de la llegada de otra resolución, la citación es una medida que se agota en sí misma, se ordena y se termina tan pronto el individuo comparece ante el tribunal que expidió la orden. Por lo mismo, tampoco puede predicarse que sea instrumental a otra resolución principal. Adicionalmente, a través de esta medida se puede citar a terceros como son los testigos y los peritos quienes, eventualmente, pueden ser arrestados por no comparecer (artículo 33 inciso 3º). Esta última situación es completamente ajena a los fines cautelares de estas medidas. Con todo, desde una perspectiva positiva no hay duda que bajo el CPP la citación es una de las medidas cautelares a las que pueden acudir los tribunales”.³⁵

Sin embargo, el CPP la regula expresamente dentro de este tipo de medidas, y en tal sentido, durante la discusión parlamentaria se dejó constancia que la citación era *“la medida cautelar de menor intensidad dentro del sistema”*... *“es una convocatoria que hace el tribunal. En el proceso penal, la citación es la vinculación que se produce entre el proceso y el sujeto, conforme al cual el individuo queda convocado a presentarse a los actos de instrucción del juicio y a la ejecución de la sentencia, pero no en términos neutros, sino que bajo una amenaza vigente: que su incumplimiento tornará ese simple llamado en una orden de privación de libertad”*.³⁶

1.3. Procedencia de la citación

La citación reconoce como reglas de procedencia una de tipo general y otras relacionadas con el tipo de delito de que se trate.

La regla general de procedencia establece que la citación puede disponerse respecto de cualquier delito, cuando sea necesaria la presencia del imputado en el procedimiento.

De acuerdo con ello, dispone el artículo 123 del CPP que *“cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, éste dispondrá su citación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 33”*.

Pero además existen ciertas situaciones en que sólo resulta procedente disponer la citación del imputado, atendido el tipo de delito involucrado. Así, conforme el artículo 124 sólo podrá decretarse la citación como única medida cautelar cuando la imputación se refiere a:

³⁵ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP”. Págs. 20 y 21. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1. Año 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile. En el mismo sentido, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. *Derecho Procesal Penal Chileno*. Tomo I. Pág. 357. Editorial Jurídica de Chile. 2002. Santiago. Chile.

³⁶ PFEFFER. *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*. Editorial Jurídica de Chile. Santiago, 2001, artículo 123. Pág. 146, citado por HORVITZ, María Inés y LÓPEZ, Julián. Ob. cit., Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. Pág. 356.

- a) Faltas;
- b) Delitos que la ley no sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad.

Lo anterior se justifica en atención al principio de la proporcionalidad que debe regir en relación con las medidas cautelares personales, a que nos referimos anteriormente. Es decir, el legislador ha considerado la pena que el ilícito lleva consigo, motivo por el cual no resulta procedente en consecuencia afectar la libertad, más que con la medida de menor intensidad, consistente precisamente en la citación.

Excepción:

Sin perjuicio de la regla general señalada, aun respecto de los delitos de menor gravedad puede decretarse la detención o la prisión preventiva, y no la citación en determinadas situaciones. Señala el inciso 2° del artículo 124 que *“Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33”*.

En consecuencia procede la detención o la prisión preventiva, y no sólo citación:

- a) En el caso de no comparecer el imputado a la citación

“En otras palabras, frente a la incomparecencia injustificada del imputado a la citación judicial el tribunal, en la audiencia respectiva, puede directamente ordenar su prisión preventiva. En este caso estamos frente a una prisión preventiva que opera como una especie de sanción producto de la no comparecencia a la citación judicial y cuya duración máxima, al igual que en el caso de la detención, se encuentra expresamente regulada en el propio inciso 3° del artículo 3° *“hasta la realización de la actuación respectiva. Por tanto, tan pronto como se realice dicha actividad el tribunal debe ordenar el cese de la prisión preventiva”*.³⁷

- b) Cuando se hubiere al imputado sorprendido cometiendo alguna de las faltas contempladas en los artículos 494 N°s. 4, 5 y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233, 494 bis; 495 N° 21 y 496 N°s. 5 y 26.³⁸

Debemos tener presente aquí que quien fuere sorprendido por la policía *in fraganti* cometiendo una falta, o algún delito que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad de los señalados en el artículo 124, sólo procede la citación a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.

En este caso la policía se encuentra facultada para registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada y, asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación.

³⁷ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP”. Ob. cit. Pág. 22. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1. Año 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

³⁸ Modificado por las Leyes N°s. 19.789, de 30 de enero de 2002; 19.950, de 5 de junio de 2004, y 20.253, de 14 de marzo de 2008.

Sin embargo, tratándose de las faltas enumeradas, es decir la amenaza con armas blancas o de fuego, o respecto de quien las sacare durante una riña, las lesiones leves (salvo violencia intrafamiliar), el hurto de hallazgo, las defraudaciones, e incendio, inferior a 1 UTM, el hurto falta, los daños en propiedad particular o pública no superior a 1 UTM, el proporcionar nombre falso u ocultamiento de identidad o domicilio y el arrojar piedras u objetos en lugares públicos, no procede la citación, sino la detención, la que debe ser informada por el agente policial al fiscal, de inmediato, para los efectos que éste decida ejercer su facultad de dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo de las 24 horas. Si el fiscal nada manifiesta, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado (artículos 124 inciso 2°, 134, y 131 inciso final).

Debemos tener presente que esta excepción sobre la procedencia de la detención en relación con esas faltas no es originaria del Código.

Al respecto, se nos ha señalado que en un principio “las faltas no autorizaban sino la citación, pero llegó un momento en que la policía entendió que tenía privada parte de sus armas eficaces de prevención de los delitos al no poder practicar la detención en relación con ciertos ilícitos. En consecuencia hoy el CPP permite respecto de algunas faltas la detención, probablemente las que socialmente resultan más dañinas, como son por ejemplo, la amenaza con arma blanca, los hurtos de menos de 5 UTM, etc. Dicha facultad se encuentra en el nuevo artículo 134 del CPP, cuyo epígrafe lo encabeza bajo el título de “citación, registro y detención”.

Lo que ha ocurrido es que para satisfacer una necesidad política o de ordenamiento social ha debido sacrificarse un principio jurídico, por eso, aunque se mantiene incólume el régimen sancionatorio de la falta (sigue sancionándose con multa) bajo determinados supuestos y respecto de algunas de ellas se puede detener, no sólo cuando se trate de flagrancia.

Aun cuando antes sólo había citación, ahora hay derecho al registro del sujeto, de su vehículo, citación y detención y todavía más, el Código autoriza que para estas actuaciones la persona pueda ser conducida al cuartel policial. El fundamento no es de ciencia jurídica, es una explicación de seguridad interna y, en consecuencia, de dotar a la policía de instrumentos más eficaces para cumplir su cometido de represión del delito, accediéndose así a una presión muy fuerte que se ejerció para cambiar esta situación, la que culminó con la mencionada reforma a los artículos 124 y 134 del CPP.³⁹

Finalmente debemos señalar que existe un caso de procedencia facultativa de la citación, tratándose, ya no de faltas, sino de simples delitos.

Dispone el inciso final del artículo 134 que podrá disponerse la citación cuando, tratándose de un simple delito y no siendo posible conducir al imputado inmediata-

³⁹ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Charla “Las medidas cautelares en Diplomado Reforma Procesal Penal”. Universidad de Chile. 2002.

mente ante el juez, el funcionario a cargo del recinto policial considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia.

Consecuentemente con lo señalado, y en tanto medida cautelar, la citación constituye también una garantía para el imputado, ya que en todos aquellos casos en que debe disponerse la citación, no proceden otras cautelares de mayor intensidad. Es por ello que el artículo 124 señala que respecto de los casos de procedencia “*no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación*”, salvo la detención o prisión preventiva hasta la realización de la diligencia, conforme el artículo 33.

Si el imputado comparece se realizará la diligencia con motivo de la cual fue citado. Con posterioridad, el juez podrá a petición del fiscal o del querellante, ordenar la detención, prisión preventiva u otra medida cautelar personal del imputado, si se cumplen supuestos previstos en la ley.

Si el imputado no comparece con un motivo justificado, el tribunal fijará nuevo día y hora para la práctica de la diligencia.

Si el imputado no comparece en forma injustificada, se dispondrá que la medida se lleve a efecto por la fuerza pública, pudiendo decretar la detención o el sometimiento a prisión preventiva del imputado hasta la realización de la actuación respectiva (artículo 33 inciso 3°).⁴⁰

2. LA DETENCIÓN

2.1. Reglamentación

La detención se encuentra reglamentada en el Párrafo 3° del CPP (artículos 125 a 138).

2.2. Concepto

La detención es la medida cautelar personal, adoptada en los casos, por las personas y en la forma prevista en la ley, por la cual se priva de la libertad personal al imputado por un breve tiempo, con el fin de asegurar su comparecencia oportuna a los actos del procedimiento, proteger el éxito de la investigación y asegurar los fines del proceso penal.

Reviste particular importancia diferenciar la detención, que es una medida de carácter cautelar y que por ello debe cumplir con los requisitos del *fumus boni iuris* y *periculum in mora* para decretarla, de lo que es un arresto, esto es, una medida de apremio que tiene por objeto velar únicamente por el cumplimiento de una

⁴⁰ Véase DURÁN FUICA, Rodrigo. *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*. Págs. 134 y Sgtes. Librotecnia, Santiago, Chile, 2003.

obligación legal y que por ello cesa tan pronto cuando ella es cumplida⁴¹, como ocurre por ejemplo en el caso de incomparecencia prevista en el artículo 33, visto a propósito de la citación.

El arresto, a diferencia de la detención, sólo tiene como finalidad permitir coercitivamente que una persona dé cumplimiento a una obligación propia dentro del proceso y no tiene por finalidad cautelar o asegurar la eficacia de éste en relación con el ejercicio de la pretensión punitiva que debe hacer efectiva en el futuro con motivo de la dictación de la sentencia definitiva.

2.3. Clasificación de la detención

Respecto de la detención es posible distinguir las siguientes clases:

a) La detención judicial, la que a su vez puede ser decretada por cualquier tribunal (artículo 128), o por orden del juez de garantía competente, a solicitud del Ministerio Público (artículo 127);

b) La detención policial (artículos 83, 85 y 129 CPP), y

c) La detención civil o en caso de flagrancia (artículo 129).

Antes de referirnos a ellas no debemos dejar de señalar que *“No se nos escapa que en esta materia no existe adecuación entre los plazos de detención que establece la CPR y los que contempla el CPP. Así la Carta Fundamental establece que el juez por resolución fundada puede ampliar el plazo de detención hasta por cinco días, y hasta por diez, en el caso que se investiguen hechos calificados por ley como conductas terroristas (artículo 19 N° 7 letra c). En principio esta situación no debiera generar mayores inconvenientes toda vez que lo que configura la CPR es un plazo máximo de detención, lo que no obsta a que el legislador pueda establecer un plazo inferior, que es precisamente lo que ha hecho el CPP, quien en esta materia ha sido más garantista en el resguardo de los derechos fundamentales que el propio Constituyente. Sin embargo, decimos en “principio” porque ya se han hecho sentir algunas voces en el sentido que los jueces pueden ampliar el plazo de detención hasta cinco días aplicando ‘directamente’ la Constitución”*.⁴²

2.4. Detención judicial

Respecto de la detención judicial, es posible distinguir dos situaciones: la que puede ser decretada por cualquier tribunal (artículo 128), y la decretada por orden del juez de garantía competente, a solicitud del Ministerio Público (artículo 127).

⁴¹ En este sentido puede consultarse a PAILLAS, Enrique, en el vol. II de su obra *Derecho Procesal Penal*. Pág. 47. Editorial Jurídica de Chile. 1980. Santiago. Chile.

⁴² MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP”. Ob. cit. Págs. 28 y 29. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1. Año 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

2.4.1. Detención decretada por cualquier tribunal

Todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, podrá dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometieren algún crimen o simple delito, conformándose a las disposiciones del Título V del Libro II del CPP. No podrá ejercerse esta atribución respecto de las faltas, las que sólo hacen procedente la citación, salvo los casos de excepción ya comentados.

Por su parte, como podrá apreciarse, este tipo de detención se aproxima más bien a aquellos casos de detención por flagrancia, los que pueden ser efectuados por la policía sin orden judicial e incluso por cualquier particular.

2.4.2. Detención decretada por el juez de garantía competente

2.4.2.1. Presupuestos

El juez de garantía competente puede ordenar la detención de un imputado, sin citación previa, siempre que se cumplan los siguientes requisitos copulativos:

a. Que exista una solicitud del Ministerio Público.

De acuerdo con ello, no se prevé la facultad del juez de garantía para decretar de oficio la detención, lo que resulta lógico atendido que se trata de una medida de apremio para dar cumplimiento a los fines de la investigación que es una atribución que le corresponde al Ministerio Público. La única excepción que podemos anotar en tal sentido, en que el tribunal cuenta con facultades para proceder de oficio, es la orden que puede despachar respecto de aquellos delitos cometidos en su sala de despacho.

b) Que no se trate de algunos de los casos contemplados que hacen procedente sólo la citación conforme a la regla general y excepciones previstas en el artículo 124.

2.4.2.2. Causales

Los motivos que justifican que se ordene por el juez de garantía competente la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, son las siguientes:

a) Cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada (artículo 127 inciso 1°);⁴³

b) Cuando la presencia del imputado en una audiencia judicial fuere condición de ésta, habiendo no comparecido el imputado. Para que se decrete la detención es necesario que el imputado no hubiere comparecido a la audiencia, que hubiere sido legalmente citado, y que su incomparecencia no obedeciere a una causa justificada (artículo 127 inciso 1°);⁴⁴

⁴³ Corte Apelaciones. Valparaíso 10.11.2004. *Revista Procesal Penal* N° 29. Págs. 57 y Sgtes. Enero 2005.

⁴⁴ Corte Apelaciones. Valparaíso 10.11.2004. *Revista Procesal Penal* N° 29. Págs. 57 y Sgtes. Enero 2005.

Nuestra Corte Suprema nos ha señalado que la facultad de los jueces para ordenar la detención de los imputados contenida en el artículo 127 del CPP distingue dos situaciones, la general del inciso 1º, que se refiere a la citación a comparecer a una audiencia común, y la especial, del inciso 2º, cuando la audiencia supone la presencia del imputado como condición de la misma, exigiéndose en esta última hipótesis, que se haya cumplido con el emplazamiento previo en la respectiva orden de citación y falta de comparecencia del citado sin causa justificada; por lo que la dictación de una orden de detención sin cumplir con estos dos elementos antes reseñados vulnera el derecho a la libertad personal y seguridad individual consagrada en el artículo 19 N° 7 protegida por la acción de amparo del artículo 21, ambas normas de la Constitución Política de la República.⁴⁵

En esta materia coincidimos con lo señalado por el profesor Tavolari⁴⁶ y Marín⁴⁷ en cuanto a que la regulación de la detención en el nuevo CPP ha perdido su naturaleza cautelar, y se la ha regulado cuando emana de una orden judicial del juez de garantía como una medida coercitiva o de apremio. Son las citadas en este mismo Capítulo.

En efecto, debemos recordar que, conforme al antiguo Código de Procedimiento Penal, la detención es aquella medida por la que se priva por breve tiempo a un individuo de libertad, respecto del cual existen fundadas sospechas de participación en un hecho que reviste caracteres de delito.

Conforme vimos al comentar los presupuestos generales de las medidas cautelares, para decretar una medida cautelar es necesaria la concurrencia del *fumus boni iuris* o “humo de buen derecho”, que en el Código de Procedimiento Civil se refleja con la idea de la concurrencia de “comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama”.

De acuerdo al antiguo Código de Procedimiento Penal, para que pueda un juez decretar la detención es necesario que haga el examen de acerca de concurrencia de este requisito común para decretar una medida cautelar, el que se manifiesta en que para ordenar la detención de una persona requiere contar con sospechas fundadas acerca de la participación en un hecho que revista caracteres de delito. En consecuencia para ordenar la detención, se requiere un grado de convicción acerca de los elementos previstos por el legislador, de modo que si el juez no tiene tales fundadas sospechas o no se ha acreditado un hecho que revista caracteres de delito, no puede decretarla, porque falta la concurrencia de los elementos esenciales previstos por el legislador a tal fin.

⁴⁵ Corte Suprema 6.3.2007. Rol 1.139-07. *Revista Procesal Penal* N° 57. Págs. 45 y Sgtes. Marzo 2007.

⁴⁶ TAVOLARI OLIVEROS, Raúl. Charla “Las medidas cautelares en Diplomado Reforma Procesal Penal”. Universidad de Chile. 2002.

⁴⁷ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Ob. cit. Págs. 28 y 29. 2002.

En la actual regulación del CPP, no se requiere acreditar ante el Juez de garantía ninguno de dichos extremos, lo que nos permite concluir que esta medida no se concibe como una medida cautelar, sino que de apremio o coactiva.

En este sentido, esta forma de regular la detención no se diferencia del arresto que se contempla en el artículo 33, sobre citaciones judiciales, conforme a la cual si se trata del imputado que no compareciere injustificadamente a la citación, puede ser detenido o sometido a prisión preventiva hasta la realización de la actuación respectiva.

El Juez ordena la detención del sujeto porque no concurrió a la práctica de una actuación, caso en el cual, manifiestamente, la detención no tiene una connotación cautelar, sino que claramente sólo conlleva la idea de una medida de apremio destinada a forzar a alguien para que colabore con el procedimiento.

Este concepto es el que radica en la regla general de las detenciones judiciales contemplada en el artículo 127 del Código, dado que el Juez decreta la detención a petición del Fiscal, simplemente cuando se trate de conducir al imputado a la presencia judicial cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada o cuando la presencia del imputado en una audiencia judicial fuere condición de ésta, y éste no hubiere comparecido.

Si nos encontramos también en este caso ante una medida de apremio y no cautelar, lo que procede es que cumplida que sea la finalidad de la detención que es conducir al imputado a la presencia judicial, cese la detención y el tribunal deba necesariamente disponer de una medida cautelar para cumplir con los fines del proceso.

Con esta forma de regular la detención no se satisfacen plenamente los “casos” y la “forma” en que la libertad personal del sujeto puede ser privada o restringida conforme el artículo 19 N° 3 de la CPR con características de medida cautelar, porque ella debe ser decretada en forma fundada y con parámetros objetivos, destinada a cumplir con los fines específicos del proceso; y no como una mera medida de apremio que hace procedente la limitación de ella aunque sea por sólo las 24 horas previstas en la ley.⁴⁸

Por ello, creemos que el juez de garantía no puede decretar una orden de detención si no reúne de los antecedentes proporcionados por el Ministerio Público a lo menos una simple sospecha de encontrarse ante un hecho punible y respecto del cual se pueda atribuir una participación al imputado que amerite privarlo de la libertad para conducirlo forzada y compulsivamente ante el tribunal.

⁴⁸ La jurisprudencia ha contemplado la naturaleza cautelar más que de una medida de apremio de la detención dispuesta por el tribunal, al resolver respecto de una orden de detención solicitada por el Ministerio Público que “la orden se negó por cuanto no había necesidad de cautela, ni presupuesto material, indicándole además este juez al fiscal que ese control de identidad le parecía del todo irregular, a lo que el fiscal aclaró que el sujeto sería dejado en libertad pues ya le habían llevado su carne a la comisaría”. Sentencia 6.6.2006. Pronunciada por Eduardo Gallardo F. Juez Titular 13 Juzgado Garantía Santiago. Págs. 259 y Sgtes. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 7. Año 2006.

2.4.2.3. Procedimiento

La orden de detención es emitida por escrito⁴⁹ por el juez de garantía, salvo los casos urgentes reconocidos por el artículo 9º, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, en cuyo caso puede ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente.

Toda orden de detención, lo mismo que la de prisión, debe indicar:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;
- b) El motivo de la prisión o detención, y
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere.

En aquellos casos en que la detención se practique en virtud de una orden verbal del juez de garantía, el funcionario policial que la practique debe entregar una constancia de la orden, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió.

El cumplimiento de la orden corresponde a la policía, quien puede a tal efecto:

- a) Efectuar el registro⁵⁰ en lugares y recintos de libre acceso público (artículo 204).
- b) Efectuar el registro y acceder a lugares y edificios cerrados, consintiendo su propietario (artículo 205), o con orden del tribunal, previa petición del fiscal, en caso contrario.

Antes de practicar la detención, el funcionario policial respectivo debe *intimarla en forma legal*, lo que constituye una garantía constitucional consagrada en el artículo 19 N° 7 letra c). La intimación implica el derecho del imputado a que la orden le sea exhibida (artículo 94 a) y a obtener copia de ella.

Además en el acto de la detención el funcionario debe informarle al detenido el motivo de la detención y los derechos que le asisten (artículo 135), y que consisten en:

- a) Derecho ser informado sobre hechos imputados y derechos CPE y leyes (93 a).
- b) Derecho a ser asistido por abogado (93 b).
- c) Derecho a guardar silencio, o en caso de hacerlo, no bajo juramento (93 g).
- d) Derecho a entrevistarse privadamente con su abogado (94 f).
- e) Derecho a tener, a su costo, comodidades acordes con la seguridad del recinto.

⁴⁹ Artículo 154.

⁵⁰ El registro debe hacerse entre las 6 y las 22 horas, salvo que se trate de lugares de libre acceso público, que se encontraren abiertos durante la noche. En casos urgentes, cuando solicitare autorización para registro fuera del horario indicado, cuyo motivo debe constar en la resolución autorizatoria.

La información de tales derechos puede ser efectuada en forma verbal, o por escrito, en cuyo caso debe entregarse un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el Ministerio Público. La Información debe ser entregada en el momento de la detención, y excepcionalmente, por el encargado de la unidad policial (artículo 135).

Del hecho de haberse entregado la información, de la forma en que se hizo y de las personas que lo presenciaron debe constar en libro de guardia del recinto policial. En todo recinto policial y casa de detención debe existir un cartel con los derechos detenidos (artículo 137), en formato y texto determinado por el Ministerio de Justicia, lo que en todo caso no sustituye la información al detenido.

La fiscalización del cumplimiento de tales obligaciones y derechos corresponde a Fiscal y al juez (artículo 136) quienes, si comprobaren que ello no hubiere ocurrido, informarán de sus derechos al detenido y remitirán oficio, con los antecedentes respectivos, a la autoridad competente, con el objeto de que aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedieren.

Una vez practicada la detención, los agentes policiales o el encargado del recinto deben conducir inmediatamente al detenido a la presencia del tribunal que hubiere despachado la orden (artículo 131), lo que a su vez se relaciona con el derecho del imputado a ser conducido sin demora ante el tribunal (artículo 94 c). Es del caso hacer aquí presente que el objetivo de la detención es poner al detenido a disposición del tribunal que hubiere expedido la orden, en forma inmediata.

Excepcionalmente el detenido puede permanecer en el recinto policial o de detención, cuando no fuere hora de despacho, pero sólo hasta la primera audiencia judicial, lo que no puede exceder de 24 horas.

Finalmente debemos hacer presente que aun cuando se hubiere despachado la orden de detención el imputado puede siempre presentarse en forma voluntaria directamente ante juez de la causa, sin que sea menester que éste deba previamente “entregarse” por la policía.

2.4.2.4. La audiencia de control de detención

Bajo el CPP existen dos mecanismos para efectuar el control de la detención: La audiencia de control de la detención y el amparo ante juez de garantía.⁵¹

La audiencia de control de la detención es la primera audiencia judicial del detenido, celebrada al momento en que éste es puesto a disposición del juez que ordenó su detención, a la que deben concurrir el fiscal o el abogado asistente del fiscal. La ausencia de éstos dará lugar a la liberación del detenido (artículo 132).

Con ella se pone término a la detención (salvo el caso de ampliación de la detención por 3 días a que nos referiremos más adelante). Si el fiscal o el abogado asistente

⁵¹ Artículo 95.

del fiscal quiere prolongar la privación libertad del sujeto, deberá solicitar y obtener prisión preventiva del imputado o las otras medidas restrictivas de libertad, previa formalización.

La audiencia de control de detención es la audiencia que la ley prevé a los efectos de formalizar la investigación. Sin embargo y dado que la oportunidad en que se practica la formalización de la investigación es una decisión del fiscal o el abogado asistente del fiscal, ello no es obligatorio que se verifique en la audiencia.⁵²⁻⁵³ De la misma forma, si la detención no se hubiere practicado por orden del tribunal, sino por flagrancia, tampoco sería menester que el fiscal formalizara en la audiencia.

Como señalamos, una vez practicada la detención, los agentes policiales o el encargado del recinto deben conducir inmediatamente al detenido a la presencia del tribunal que hubiere despachado la orden. Excepcionalmente el detenido puede permanecer en el recinto policial o de detención, cuando no fuere hora de despacho, pero sólo hasta la primera audiencia judicial, lo que no puede exceder de 24 horas.

De conformidad con lo indicado y el mandato, el detenido debe ser puesto a disposición del tribunal inmediatamente dentro del plazo máximo de 24 horas de practicada, para los efectos que el juez de garantía proceda a controlar su legalidad en esta audiencia, denominada por ello como de control de la detención.

A esta audiencia, deben comparecer el juez de garantía, el fiscal y/o el abogado asistente del fiscal, el imputado y su defensor.

Las situaciones que pueden presentarse en la audiencia de control de detención son las siguientes:

- i) Que no comparezca el fiscal o el abogado asistente del fiscal.⁵⁴

⁵² En cuanto a la formalización de la investigación y sus alcances consultar el apartado II, II, Procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública del capítulo sexto.

⁵³ Conforme información del Ministerio Público, contenida en su boletín estadístico año 2009, durante ese año se realizaron un total de 301.510 audiencias, de las cuales 201.984 fueron audiencias de control de detención. A su vez, el número de imputados formalizados en la audiencia de control de detención fue de 137. 572.

⁵⁴ La posibilidad que los abogados asistentes de los fiscales puedan participar en la audiencia de control fue incorporado por la Ley N° 20.253.

El mensaje del proyecto de esta ley da cuenta que *"El aumento del número de procedimientos y audiencias en que deben tomar parte los fiscales, hace necesario facultar a los abogados asistentes de éstos para participar, en plenitud de competencia, en la audiencia de control de detención, de manera que puedan formalizar la investigación en nombre del Ministerio Público y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes respecto del imputado."*

De esta manera, el número de profesionales del Ministerio Público, en condiciones de formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares correspondientes, se incrementa sin mayor gasto, y se hace más eficiente y eficaz su accionar."

En este sentido se puede señalar que conforme información del Ministerio Público, contenida en el boletín estadístico correspondiente al año 2009, el total de audiencias durante ese año fue de 301.510.

La sanción que se contempla para este caso es darse lugar a la liberación del detenido (artículo 132 inciso 1°).

ii) Que no comparezca el defensor del imputado.

La audiencia de control de detención no puede realizarse válidamente sin que el imputado cuente con un abogado defensor (artículo 103).

En caso de ausencia del abogado defensor, debe entenderse ella como un caso de abandono de hecho de la defensa, debiendo el tribunal designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza. Tan pronto el defensor de confianza acepte el cargo, cesará en sus funciones el designado por el tribunal (artículo 106).

iii) Que comparezca el fiscal o el abogado asistente del fiscal, el imputado y su defensor.

La audiencia de control de detención debe iniciarse con la verificación de oficio por el juez de garantía de haberse dado cumplimiento al deber de información de derechos al detenido (artículo 136) y de haberse respetado las normas legales que establecen sus derechos y garantías, dejando constancia en el respectivo registro (artículo 97), adoptando de oficio las medidas para que el imputado pueda ejercer sus derechos si no estuviere en condiciones para ello (artículo 10).

El Fiscal, o el abogado asistente del fiscal actuando expresamente facultado por éste, en la audiencia de control de detención puede asumir las siguientes actitudes:

a) Si el Fiscal o el abogado asistente estimare que no cuenta con los antecedentes necesarios para formalizar la investigación, puede solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días, con el fin de preparar su presentación. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida (artículo 132 inciso 2°).

b) Si el Fiscal, o el abogado asistente, cuenta con los antecedentes necesarios y se encuentra presente el defensor del imputado, debe proceder a:

1° Formalizar la investigación;

2° Solicitar que se decreten las medidas cautelares que estime procedentes.

El abogado del defensor puede oponerse a que se decreten las medidas cautelares solicitadas por el Fiscal o el abogado asistente, por estimarlas improcedentes al no concurrir los requisitos previstos en la ley para decretarlas. Por otra parte, puede solicitar al juez de garantía que fije al Fiscal un plazo para el cierre de la investigación menor al plazo de los dos años previsto en la ley (artículos 234 y 247).

Si el Fiscal o el abogado asistente no formaliza la investigación y solicita alguna medida cautelar personal respecto del detenido, éste debe ser dejado en libertad incondicional.

Continuación nota⁵⁴

de las cuales 201.984 correspondieron a audiencias de control de detención y 99.526 a audiencias de formalización.

3° Adicionalmente, el Fiscal⁵⁵ puede, en la audiencia de control de detención, luego de formalizada la investigación, solicitar al juez de garantía que se pase directamente al juicio oral.

Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral.

No obstante, el juez de garantía podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno (artículo 235).

2.4.2.5. *La ilegalidad de la detención*

Si no se observan todos los supuestos indicados, en la audiencia pertinente destinada precisamente a controlarlos, el tribunal puede declararla ilegal.

Dos inconvenientes prácticos, derivados de erróneas interpretaciones, pudieron observarse con ocasión de la declaración de ilegalidad. El primero es que algunos jueces estimaban que declarada ilegal la detención, la audiencia pertinente se terminaba, debiendo siempre quedar en libertad el sujeto. La segunda se relacionaba con la exclusión anticipada de prueba que podía observarse en algunas situaciones.

⁵⁵ Sólo el fiscal podría solicitar que la causa pasare a juicio oral, en forma inmediata. El artículo 235 no fue modificado, y las facultades para actuar conferidas por la Ley N° 20.235 a los asistentes de los fiscales, sólo está referida a la audiencia de control de la detención. En este sentido, se ha señalado por Guillermo Piedrabuena que “nuestra opinión es que, siguiendo la línea del fallo del Tribunal Constitucional tanto en la Ley 20.074 como en la presente Ley 20.253, el abogado asistente en principio, sólo podría intervenir en aquellas actuaciones en que la ley expresamente le permita hacerlo, tal como lo exige el inciso 2° del artículo 132. Sin embargo, hay situaciones muy similares a la que se refiere el inciso segundo del artículo 132, en que hay buenas razones para sostener que sí pueden actuar los abogados asistentes, facultados expresamente por el fiscal. En efecto, pensamos que se aplicaría también al caso previsto en el inciso 3° del mismo artículo que se refiere a la formalización de la investigación y a las medidas cautelares que fueren procedentes, en el caso de que la detención haya sido declarada ilegal. Lo mismo sucede con el requerimiento del procedimiento simplificado que es réplica de la formalización en los casos de los delitos de menor gravedad. Por el contrario, estimamos más bien que el abogado asistente no puede actuar en materia de suspensión condicional del procedimiento, procedimiento abreviado, petición de juicio inmediato, solicitud de prueba anticipada, etc. Sin perjuicio de lo anterior, existen otras disposiciones del nuevo proyecto de ley en que sí expresamente se le dan facultades a los abogados asistentes, como son los nuevos incisos 1° de los artículos 190 y 191 y los artículos 132 bis y 332 del Código Procesal Penal”. PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley 20.253. *Agenda Corta Antidelincuencia*. Págs. 62 y 63. 2008. Legis. Santiago Chile.

Ambas situaciones fueron expresamente recogidas en el inciso tercero del artículo 132⁵⁶, conforme al cual la declaración de ilegalidad de la detención no impedirá que el fiscal o el abogado asistente del fiscal pueda formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que sean procedentes, pero no podrá solicitar la ampliación de la detención. Esto último es evidente, desde que la audiencia de control pone término a la detención, la que ha sido declarada ilegal.

Por su parte el mismo inciso dispone ahora expresamente que la declaración de ilegalidad de la detención no producirá efecto de cosa juzgada en relación con las solicitudes de exclusión de prueba que se hagan oportunamente, de conformidad con lo previsto en el artículo 276, es decir en la audiencia de preparación del juicio oral.⁵⁷

Finalmente, dado que las resoluciones del juez de garantía no son apelables, por regla general⁵⁸, la declaración de ilegalidad de la detención no era susceptible de recurrirse.

Actualmente y conforme lo dispone el artículo 132 bis⁵⁹ se contempla la apelabilidad de la resolución que declara la ilegalidad de la detención por el fiscal o el abogado asistente del fiscal, en el solo efecto devolutivo, tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley N° 20.000 que tengan pena de crimen. En los demás casos no será apelable.

En consecuencia, tratándose de los delitos de secuestro; sustracción de menores; violación; violación impropia; parricidio; homicidio simple y calificado; robo con homicidio, violación, u otras circunstancias de similar gravedad; robo con intimidación o violencia; robo en lugar habitado o destinado a la habitación, robo por sorpresa y los crímenes de la Ley de drogas, el Ministerio Público puede recurrir a la Corte de Apelaciones frente a la decisión del juez de garantía de declarar ilegal la detención, pero sin que ello paralice la decisión (en el solo efecto devolutivo), lo que no es más que una explicitación expresa de la regla general que rige en cuanto a la forma en que debe ser concedido el recurso en el nuevo sistema procesal penal. Además, se ha señalado y conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional⁶⁰, que debe entenderse que al igual que el Fiscal puede el querellante apelar de la declaración de ilegalidad de la detención toda vez que tiene agravio, y porque limitar las atribuciones del querellante como parte activa rompe las reglas generales del Código Procesal Penal. Este recurso de apelación se rige por las reglas generales, por lo que debe interponerse por escrito

⁵⁶ Modificado por la Ley N° 20.253.

⁵⁷ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. 2008.

⁵⁸ Artículo 370.

⁵⁹ Incorporado por Ley N° 20.253, de 14 de marzo de 2008.

⁶⁰ Véase N° 3 parte resolutive sentencia rol 1.001-2007. Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Pág. 256. 2008.

en el plazo de 5 días, y con fundamentos y peticiones concretas, al no ser aplicable de apelación inmediata contemplada en el artículo 149.

2.5. *Detención policial*

2.5.1. *Detención policial con orden judicial*

Cuando la detención se practicare en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la hubieren realizado o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden.

Si ello no fuere posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas (artículo 131 inciso 1°).

2.5.2. *Detención policial sin orden previa del tribunal*

Los casos en que la policía se encuentra obligada a detener a una persona, aún cuando no cuente con una orden judicial previa, son los siguientes:

a) A quienes sorprendieren *in fraganti* en la comisión de un delito (artículo 129 inciso 2°).

b) Al que quebrante las medidas privativas o restrictivas que se le hubieren impuesto o tuviere orden de detención pendiente (artículo 129 inciso 4°).

c) Detención en caso de control de identidad (artículo 85 inciso 5°).

Estas hipótesis suponen la autorización constitucional y legal de proceder sin una orden previa, pero cuya única finalidad es poner a los detenidos a disposición del tribunal competente, quien debe proceder posteriormente con el control de la legalidad de dicha actuación, motivo por el cual todo lo señalado respecto de la comparecencia judicial del imputado y la audiencia de control de detención, es plenamente aplicable a las situaciones que se analizarán a continuación.

2.5.2.1. *Flagrancia*

Los agentes policiales estarán obligados a detener a quienes sorprendieren *in fraganti* en la comisión de un delito (artículo 129 inciso 2°).

Tanto la detención civil, como la policial, en caso de flagrancia, representan excepciones a la regla de que toda detención debe ser precedida por una orden judicial, teniendo consagración constitucional al disponer el artículo 19 N° 7 letra e) de la CPR que “...podrá ser detenido el que fuere sorprendido en delito flagrante, con el solo objeto de ser puesto a disposición del juez competente dentro de las veinticuatro horas siguientes”.⁶¹

⁶¹ Artículo modificado por la Ley N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

A diferencia de la detención civil, que tiene la característica de ser facultativa, la policía se encuentra obligada a detener en todas las hipótesis de flagrancia, sin necesidad de orden judicial previa, ni instrucción particular del fiscal (artículo 83 b).

Respecto del tipo de delitos que autorizan la detención por flagrancia, hemos de señalar que sólo la admiten aquellos crímenes y simples delitos de acción penal pública, no procediendo respecto de los delitos de acción penal privada, de las faltas ni delitos que la ley no sancionare con penas privativas o restrictivas de libertad, que sólo admiten citación (salvo los casos excepcionales ya comentados), ni respecto de los delitos de acción penal privada.

Tratándose de delitos sexuales, no obstará a la detención la circunstancia de que la persecución penal requiriere instancia particular previa, conforme dispone el inciso 3º del artículo 129. Es decir, en el evento que la policía detecte la comisión flagrante de aquellos delitos previstos y sancionados en los artículos 361 a 366 quáter del Código Penal, se encuentra obligado a detener a su autor, no obstante que aquéllos son delitos que se inician previa denuncia, a lo menos de la persona ofendida.⁶² Respecto de los demás delitos de acción previa instancia particular, la detención por flagrancia no es posible.

Ahora bien, frente a la situación de flagrancia el agente policial que hubiere realizado la detención o el encargado del recinto de detención deberán informar de ella al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas. El fiscal, ante el informe de la detención, podrá bien:

- a) Dejar sin efecto la detención.
- b) Ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado.
- c) No manifestar nada, en cuyo caso la policía deberá presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo de veinticuatro horas indicado (artículo 131 inciso 2º).

Nosotros entendemos que no cabe efectuar ningún reproche de constitucionalidad a que los fiscales dejen sin efecto la detención, salvo que ella obedeciere al cumplimiento de una orden judicial. En efecto, cuando se produce la detención policial por flagrancia, el sistema exige que se verifique por quien dirige la investigación, es decir, el fiscal, que realice una primera evaluación. Si ésta le indica que los antecedentes no le van a permitir en modo alguno posteriormente formalizar la investigación, amerita que sea dejada la persona en libertad, dado que sin realizar dicha actuación no podrá jamás solicitarse al juez una medida privativa o restrictiva de libertad. Constituye, en consecuencia, para el fiscal un deber evaluar, desde un prisma jurídico, el proceder policial y es evidente que si su conclusión es negativa, disponga de la facultad de dejar sin efecto dicha detención, disponiendo la libertad del detenido.

Además, debe tener presente que el sistema procesal penal le entrega al Ministerio Público no sólo el rol de ejercicio de la acción penal, sino que también la aplicación de diversas salidas alternativas que se deben encontrar insertas dentro de una política

⁶² Ver apartado III del Capítulo Tercero.

pública de persecución penal, las que pueden ameritar y justificar que se deje en libertad a un detenido respecto de quien no se ejercerá la acción penal o se le propondrá una salida alternativa.

La duración máxima de la detención efectuada por la policía es de 24 horas (artículo 131), pudiendo en la audiencia de control de detención solicitar el fiscal su ampliación hasta por tres días contados desde esa audiencia. El juez accederá a la ampliación del plazo de detención cuando estimare que los antecedentes justifican esa medida (artículo 132).

Debemos hacer presente que el detenido debe ser puesto a disposición del tribunal dentro del plazo de 24 horas para la celebración de la audiencia de control de detención y no debe ser ingresado a un recinto penitenciario, atendido a que los encargados de los establecimientos penitenciarios no podrán aceptar el ingreso de personas sino en virtud de órdenes judiciales (artículo 133).

Por otra parte, tratándose de la detención de personas que gozan de fuero constitucional (artículo 417), o de jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público (artículo 426) que fueren sorprendidos en delito flagrante, el fiscal debe poner al detenido inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva, remitiendo copia del registro de las diligencias que hubiere practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto.⁶³

En general, se ha sostenido que la situación de flagrancia es –según una definición de la jurisprudencia española– una situación fáctica en la que el delincuente es sorprendido... visto directamente o percibido de otro modo –en el momento de delinquir o en circunstancias inmediatas a la perpetración del ilícito.⁶⁴

Flagrante proviene de la expresión francesa “flagrance”, que implica algo reluciente, resplandeciente. De allí que podríamos decir que el delito flagrante es el que puede ser percibido por los sentidos, en este caso, por el agente policial. Sin perjuicio de ello veremos que las hipótesis de flagrancia se han ampliado de tal forma que la mayor de ellas no se condicen con aquella supuesta percepción por los sentidos del agente policial.

En nuestro sistema, la situación de flagrancia es un concepto legal, contenido en el artículo 130, y se encuentra en ella:

- a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

En este caso, el sujeto aún se encuentra realizando los actos de ejecución del delito, sin consumarlo todavía.⁶⁵

⁶³ El fuero constitucional se contempla respecto de los diputados y senadores (artículo 61 inciso 2° CPR), los magistrados de los tribunales superiores de justicia, los fiscales judiciales y los jueces letrados que integran el Poder Judicial (artículo 81 CPR) los intendentes, gobernadores y presidente del consejo regional (artículo 124 inciso 3° CPR).

⁶⁴ CISTERNA PINO, Adolfo. *La detención por flagrancia en el nuevo proceso penal. Doctrina-Jurisprudencia*. Pág. 22. Librotecnia. Mayo 2004. Talleres Lom Ediciones. Santiago-Chile.

⁶⁵ DURÁN FICA, Rodrigo. *Las medidas cautelares personales en el nuevo proceso penal*. Pág. 169. Librotecnia. Noviembre 2003. Talleres Lom Ediciones. Santiago-Chile.

En los delitos permanentes, por su particular forma de acontecer, cualquiera que sea el tiempo en que se detenga al responsable en estos casos, el delito se estará actualmente cometiendo adquiriendo la flagrancia el carácter de permanente. La flagrancia permanente implicará que el delito siempre se estará cometiendo y, por ende, la exigencia de inmediatez se renovará minuto a minuto. Pero se justifica la detención en la medida que el aprehensor perciba con sus sentidos y detecte lo manifiesto de la ocurrencia del delito, esto es, en la medida que el delito se muestre evidente.⁶⁶

En este sentido, se ha resuelto que no corresponde calificar de ilegal la detención que se encuadra dentro de la hipótesis de flagrancia del artículo 130 del CPP, practicada después del registro de su domicilio, previamente autorizado por el juez de garantía, en que, si bien no se encontraron evidencias respecto del delito materia de la investigación, si se halló en su poder un arma de fuego respecto de la cual el inculcado no portaba la documentación para su tenencia y porte, figura penalizada en la ley de control de armas, toda vez que no se trata de un objeto indiciario de la comisión del delito investigado, sino de la materialidad misma del ilícito. Por tanto, asimilar la situación producida a aquella descrita en el artículo 215 del código citado, no es pertinente, y menos aún, pretender que la policía debe inhibirse de actuar en la forma que le es exigible, si en el transcurso de una diligencia autorizada por la autoridad policial, constata hechos, que si bien no guardan conexión con ella, se están ejecutando y son constitutivos de delito.⁶⁷

b) El que acabare de cometerlo;

En este caso, el sujeto acaba de consumir el hecho delictivo, encontrándose aún en el lugar de comisión.⁶⁸

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

En este caso el hechor ya no se encuentra en el lugar de la comisión, sino que ha huido después de cometer el hecho delictivo, pero sin embargo es designado materialmente por el ofendido u otra persona como autor o cómplice. Nos encontramos en este caso, por ejemplo, cuando la víctima u otra persona apuntable con el dedo al delincuente que huye instantes después de cometer el delito.⁶⁹

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

⁶⁶ MILLAN G. Iván. "El delito flagrante". *Revista Procesal Penal* N° 1. Págs. 22 y 23. Septiembre 2002.

⁶⁷ Corte Apelaciones de Santiago. 19.4.2007. *Revista Procesal Penal* N° 58. Págs. 36 y Sgtes. Abril 2007.

⁶⁸ DURÁN FICA, Rodrigo. Ob. cit. Pág. 169. 2003.

⁶⁹ DURÁN FICA, Rodrigo. Ob. cit. Pág. 170. 2003.

En este caso se describe una situación en la que el hechor ya no se encuentra en el lugar de comisión, pero que en un tiempo inmediato a la perpetración del hecho se le encuentra, ya sea con objetos procedentes del delito, con señales en su persona o sus vestidos que permitieren sospechar su anticipación en el delito, o bien con las armas e instrumentos que hubieren empleado para cometerlo.⁷⁰

e) El que las víctimas de un delito que reclamen auxilio, o testigos presenciales, señalen como autor o cómplice de un delito que se hubiere cometido en un tiempo inmediato (artículo 130).⁷¹

La última hipótesis de flagrancia da cuenta que no sólo la víctima del delito puede sindicarlo flagrantemente al autor, sino también testigos del hecho.

Uno de los aspectos más debatidos en torno a los requisitos habilitantes para que proceda la detención por flagrancia y, por ende, sin autorización judicial previa, dicen relación al tiempo requerido entre la comisión del hecho y la detención del sujeto. Tanto la letra d) y e) actual del artículo 130, se remiten al “tiempo inmediato”. La antigua letra e) hablaba del delito que “acaba de cometerse”.

Surge en consecuencia la interrogante en torno a que debe entenderse como delito cometido en un “tiempo inmediato”.

La flagrancia concreta o material se configurará en dos momentos bien precisos: a) en el momento en que el delito está en progreso, cometiéndose; y b) en el momento en que acaba de cometerse y el hechor huye del sitio del suceso, siendo perseguido materialmente (no se habla aquí de persecución penal en sentido jurídico, sino del proceso de captura) y sin solución de continuidad temporal, por el ofendido o testigos presenciales, incluyendo la policía.

La persecución material es parte del delito que acaba de cometerse, siempre y cuando se mantenga en el tiempo de manera continua, lo que quiere decir que si ella se interrumpe (por ejemplo si el hechor logra evadir el cerco policial introduciéndose en un recinto privado obligando a los aprehensores a rediseñar la estrategia de captura, pidiendo una orden judicial de ingreso y registro a un lugar cerrado) entonces ya no se estará frente a este tipo de flagrancia, y si no es posible recurrir a la flagrancia ficta, entonces se requerirá orden previa para proceder a la detención. En este tipo de flagrancia podemos incorporar las hipótesis contenidas en las a), b) y c) del artículo 130.

La flagrancia ficta o virtual ocurre en cambio en otro momento, más difuso, menos asible, que comienza cuando el delito ya se cometió y no ha habido persecución

⁷⁰ DURÁN FICA, Rodrigo. Ob. cit. Pág. 170. 2003.

⁷¹ Inciso modificado por la Ley N° 20.074, de 14 de noviembre de 2005. Antes de la modificación se refería solamente “Al que personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamen auxilio, señalen como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse”. La discusión parlamentaria deja constancia que “La modificación legal amplió las hipótesis de flagrancia, configurándose respecto de otros delitos distintos del hurto y robo. También opera si son terceros diferentes de la víctima quienes indican a una persona como delincuente flagrante. Por último, se pretende ampliar su ámbito temporal al referirse a delitos “cometidos en el tiempo inmediato”.

material, pero existen evidencias que permiten vincular certeramente al sujeto con el delito cometido, elementos a tal punto demostrativos de tal vinculación, que sean en realidad “destellos” de la flagrancia del delito, como son el señalamiento preciso del hechor por parte del ofendido, o del algún testigo presencial, el hallazgo de efectos o instrumentos del delito en poder del detenido, o cuando éste presente en sí mismo huellas o señales que permitan presumir sin riesgo de error que es autor del hecho. Esta flagrancia ficta o virtual tiene un marco temporal, dado tácitamente por la fórmula “tiempo inmediato la comisión del delito”. Las hipótesis contenidas en las d) y e) del artículo 130, se relacionan con este tipo de flagrancia virtual.

De estas dos categorías o tipos de flagrancia se pueden extraer dos elementos o requisitos comunes a ambas:

a) Marco temporal de coetaneidad o inmediatez; es decir, el delito se está cometiendo ahora mismo o ha transcurrido solamente un instante desde que se cometió, de modo que su detención ocurre sin tardanza en relación con su comisión.

b) Ostensibilidad, dice relación con la particular forma de comisión del delito y con las circunstancias que le rodean. Así pues, la huida del sujeto hace ostensible el delito cometido por él, y mientras esa huida se mantenga de algún modo patente, hay delito flagrante. De igual forma, los objetos procedentes del delito, las armas empleadas para cometerlo, las huellas o vestigios del mismo que presente el hechor en sus ropas o en sí mismo, hacen ostensible que él es el autor y permiten detenerlo.

Es importante tener en claro que la coetaneidad o inmediatez se analizan *ex post facto*, después de la detención, en cambio la ostensibilidad se analiza *ex ante* y nunca después de la detención. La ostensibilidad es contraria a los meros indicios, sospechas o presunciones, por muy fundadas que éstas sean. Se opone a la ostensibilidad cualquier actuación policial encaminada a descubrir el delito o aclarar sus circunstancias. Si es preciso averiguar por ejemplo si tal o cual especie hallada en poder de una persona sujeta a control de identidad, es o no producto de un robo o hurto, entonces ya no hay delito flagrante de receptación y en tal caso, averiguado que sea que son mal habidas, se deberá requerir la correspondiente orden judicial de detención.

Como se comprende, las circunstancias que rodean la detención, y que han de ser ostensibles, deben cumplir con el requisito copulativo de la coetaneidad e inmediatez.

Por ello, la huida del sujeto, si no es en tiempo inmediato a la perpetración del hecho, no hace a este último ostensible. Tampoco el hallazgo de huellas o vestigios, armas o instrumentos en el hechor, si el delito se cometió en un tiempo lejano a la captura.

Si la huida se produce en un tiempo lejano a la comisión del hecho, o si las huellas o armas, efectos o instrumentos se encuentran en su poder largo tiempo después, no se justifica esta excepcional forma de detención, y se requerirá entonces la correspondiente orden judicial o de funcionario competente, puesto que, o ya existe una *notitia criminis* con datos más o menos precisos de su identidad o paradero, o bien sin estos antecedentes, el margen de duda que sea ese sujeto y no otro el autor de hecho ya

cometido convierten a la detención en tales circunstancias, en una medida arbitraria (y desde el punto de vista de acción policial, además, poco profesional).⁷²

El análisis acabado del cumplimiento de los requisitos antes señalados de la flagrancia revisten particular importancia en el actual sistema procesal penal, puesto que ellos van a ser examinados en la audiencia de control de detención, y si se determina que éstos no se cumplen conducirán a declarar la ilegalidad de la detención y, además, permitirá que se solicite la exclusión de prueba por ilicitud que se hubiere obtenido con semejante actuación.

En consideración a las diferentes interpretaciones que se dieron por parte de algunos jueces de garantía en este sentido, el legislador optó por introducir un concepto legal de tiempo inmediato para los efectos señalados, estableciendo un límite temporal, que aun cuando conceptualmente es evidente y abiertamente criticable por desnaturalizar el concepto, por una parte, y por lo aparentemente excesivo en su extensión por otra, constituye una medida eficiente para evitar “des” criterios interpretativos.⁷³

Así lo consagra el mensaje⁷⁴ del proyecto de ley contenido que culminó con la dictación de la Ley N° 20.053⁷⁵, el que nos señala: “*En materia de flagrancia, el Código Procesal Penal contiene, en las letras d) y e) del artículo 130, dos hipótesis que operan sobre la base de ‘el tiempo inmediato’ a la comisión del delito. La indeterminación de ese ‘tiempo inmediato’ ha llevado a la existencia de interpretaciones diversas en cuanto a su extensión, lo que en último tiempo se traduce en la ilegalidad de la detención si el tribunal de garantía estima que éste ha sido excesivo.*

Lo cierto es que el tiempo inmediato implica todo aquel en el que todavía puede apreciarse una conexión material directa e inmediata –huellas, instrumentos– entre el hecho producido y la persona o personas a quienes se imputa su comisión, de tal forma que tales circunstancias evidencien su participación en el hecho punible y, en consecuencia, la flagrancia puede extenderse a todo el tiempo que transcurra hasta que se produzca la aprehensión material del autor después de una persecución iniciada inmediatamente a continuación de apreciarse la comisión del hecho delictivo.

Para el inicio de tal persecución será normalmente necesaria la denuncia de los hechos a la policía, que deberá adoptar de inmediato el procedimiento respecto del imputado que se ha dado a la fuga. Para todo ello, el proyecto de ley incorpora un inciso segundo en el artículo 130, que consagra la mantención de la situación de flagrancia durante un período que se extiende hasta por doce horas.

⁷² CISTERNA PINO, Adolfo. Ob. cit. Págs. 43 a 46. 2004.

⁷³ Cabría preguntarse por ejemplo si dentro de esas 12 horas resultó imposible para la policía solicitar la orden judicial para detener a los sujetos.

⁷⁴ Mensaje N° 188-354 de fecha 7 de julio de 2006.

⁷⁵ 14 de marzo de 2008.

Esta es, en todo caso, una norma complementaria de las reglas contenidas dentro del artículo 130, porque en definitiva, independientemente del tiempo transcurrido, no habrá flagrancia sin la concurrencia de los elementos materiales que exigen las hipótesis de ese mismo artículo”.

En definitiva el inciso final del actual artículo 130 dispone:

“Para los efectos de lo establecido en las letras d) y e) se entenderá por tiempo inmediato todo aquel que transcurra entre la comisión del hecho y la captura del imputado, siempre que no hubieren transcurrido más de doce horas”.

Consecuentemente el delito se reputará flagrante y la policía se encuentra habilitada para detener sin orden previa a los sujetos que se encuentren en las hipótesis previstas en el artículo 130, siempre que entre la comisión del hecho y la captura del mismo no hubieren transcurrido más de 12 horas.⁷⁶

Finalmente debe señalarse que en todos los casos de flagrancia, la policía podrá ingresar a un lugar cerrado, mueble o inmueble, cuando se encontrare en actual persecución del individuo a quien debiere detener, para el solo efecto de practicar la respectiva detención.

2.5.2.2. Quebrantamiento de medidas u orden de detención pendiente

La Ley N° 20.074 modificó el artículo 129 ampliando los casos de flagrancia que permiten efectuar la detención sin orden judicial o instrucción previa especial del fiscal, de las siguientes personas:

- El sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena,
- El que se fugare estando detenido;
- El que tuviere una orden de detención pendiente;
- El que fuere sorprendido en violación flagrante de las medidas cautelares personales que le hubieren sido impuesto, y
- El que violare la condición abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas a las que estuviere sometido para protección de otras personas al decretarse una suspensión condicional del procedimiento.

Durante la discusión parlamentaria los representantes del Ejecutivo precisaron que la modificación propuesta tiene por objetivo incluir, dentro de los casos de flagrancia, las situaciones antes indicadas, ya que *“busca evitar ciertos problemas que se han presentado con la interpretación de las disposiciones vigentes, con el fin de aclarar que las personas sorprendidas en estas circunstancias siempre deberán ser detenidas”.*

En consecuencia, la detención por flagrancia se extiende expresamente en la actualidad, además a las situaciones antes señaladas, las que no se encuentran destinadas a cautelar la sentencia definitiva que va a pronunciarse en el futuro dentro de un proceso,

⁷⁶ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 119 y Sgtes. 2008.

sino que están más bien dirigidas a permitir el efectivo cumplimiento de resoluciones judiciales ya pronunciadas dentro del proceso.

2.5.2.3. Control de identidad

El artículo 85 contempla la facultad para la policía de efectuar controles de identidad, en los términos que la norma prescribe, cabiendo como posibilidad la detención.

El fundamento tanto del control de identidad, como de la detención, en la hipótesis en que resulta posible no es de ciencia jurídica, sino que obedece a una medida de seguridad de orden interno consistente en dotar a la policía de instrumentos más eficaces para cumplir su cometido de prevención de la delincuencia.

Carabineros de Chile y de la Policía de Investigaciones de Chile *deberán*⁷⁷, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados.

a) Casos fundados en los casos procede que se efectúe control de identidad.

Se puede proceder al control de identidad sólo en casos fundados, en que, según las circunstancias, el agente policial estime que existen indicios⁷⁸, todo lo que deberá ser controlado con posterioridad por el tribunal y ser sancionados criminalmente si llega a determinarse en un proceso penal posterior que ella importó una vejación injusta; se usaron apremios ilegítimos o innecesarios⁷⁹.

El legislador ha entregado la facultad de determinar si en el caso concreto concurren las circunstancias fundadas para proceder con el control⁸⁰ a los funcionarios policiales quienes pueden estimarlas según las circunstancias, por existir indicios de alguna de las hipótesis legales.

⁷⁷ Modificado por las Leyes N°s. 19.789 de 30 de enero de 2002, 19.942 de 15 de abril de 2004 y 20.253, de 14 de marzo de 2008.

⁷⁸ La ley se refiere a indicios, y no a "sospechas". Indicio proviene de la expresión latina "*indictum*", lo que implica el fenómeno que permite conocer o inferir la existencia de otro no percibido (Diccionario de la Real Academia Española). Durante la discusión parlamentaria una moción del Diputado Walter proponía eliminar la referencia a los indicios, por la dificultad existente en algunos casos para su determinación en la audiencia, reemplazándola por la apreciación que efectuara la policía. "El Diputado señor Bustos estimó que la primera de estas indicaciones pasaba de una situación objetiva a una esencialmente subjetiva por cuanto todo quedaba sujeto a una apreciación personal de las policías. A su juicio, esta proposición excedía la antigua detención por sospecha, ya que se basaba en la sola apreciación policial, sin requerir siquiera un indicio que era un elemento que daba cierta objetividad a la actuación policial. Con la indicación propuesta, el juez nunca podría declarar ilegal una detención. Creía indispensable la presencia de un elemento objetivo que permitiera discutir la concurrencia de un requisito que justificara la existencia de una audiencia de control de la detención" (Primer Informe Comisión de Constitución. Pág. 73).

⁷⁹ Véase artículo 255 del Código Penal.

⁸⁰ Antes de la modificación legal se utilizaba la expresión "*tales como*" para referirse a las hipótesis.

Los casos que justifican proceder con el control de identidad son los siguientes:

- i) Existencia de un indicio de que la persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta,
- ii) Existencia de un indicio de que la persona se dispusiere a cometer un crimen, simple delito o falta;
- iii) Existencia de un indicio que la persona pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta.
- iv) En el caso de la persona que se encapuche o emboce para ocultar, dificultar o disimular su identidad ⁸¹

b) Procedimiento para llevar a cabo control de identidad.

1. Identificación en el lugar.

La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Adicionalmente, durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla y cotejar la existencia de las órdenes de detención que pudieren afectarle. Se explicita actualmente que no es necesaria la existencia de nuevos indicios para proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla, bastando sólo los estimados para proceder al control

La policía procederá a la detención, sin necesidad de orden judicial y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 129, de quienes se sorprenda, a propósito del registro, en alguna de las hipótesis del artículo 130, así como de quienes al momento del cotejo registren orden de detención pendiente.⁸²

2. Falta de identificación en el lugar, traslado a unidad policial más cercana.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación.

En dicha unidad se le darán las facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado previo cotejo de la existencia de órdenes de detención que pudieren afectarle.

Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser utilizadas para fines de identificación, y cumplido dicho propósito, serán destruidas.

En cualquier caso que hubiere sido necesario conducir a la unidad policial a la persona cuya identidad se tratare de averiguar, el funcionario que practicare el traslado

⁸¹ Hipótesis agregada por Ley N° 20.253. Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 90 y Sgtes. 2008.

⁸² Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Págs. 90 y Sgtes. 2008.

deberá informarle verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial. El afectado no podrá ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas (artículo 86).

Sin perjuicio de las instrucciones particulares que el fiscal impartiere en cada caso, el Ministerio Público regulará mediante instrucciones generales la forma en que la policía cumplirá las funciones previstas para que actúe sin orden previa de los fiscales, así como la forma de proceder frente a hechos de los que tomare conocimiento y respecto de los cuales los datos obtenidos fueren insuficientes para estimar si son constitutivos de delito (artículo 87).

3. Duración máxima de la detención para control de identidad.

El conjunto de procedimientos tendientes a acreditar la identidad podrá extenderse en su conjunto a un plazo mayor de ocho horas⁸³, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad, salvo que existan indicios de que ha ocultado su verdadera identidad o ha proporcionado una falsa.

En tales casos o si se negare a acreditar su identidad se procederá a su detención como autor de la falta prevista y sancionada en el N° 5 del artículo 496 del Código Penal. El agente policial deberá informar, de inmediato, de la detención al fiscal, quien podrá dejarla sin efecto u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro del plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada manifestare, la policía deberá presentar al detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.⁸⁴

Concordamos en cuanto a que este aumento de plazo no significa de que necesariamente las policías deben tomarse este plazo máximo para el control de identidad, ya que el sentido de la ley es que se utilice este aumento cuando realmente existan dificultades para la identificación del controlado y la verificación de las posibles órdenes de detención.⁸⁵

e) Sanción al control de identidad efectuado por medio de una detención abusiva.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos antes señalados deberán realizarse en la forma más expedita posible y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal.

⁸³ La Ley N° 20.253 amplió este plazo desde 6 a 8 horas.

⁸⁴ Modificado por las Leyes N°s. 19.789, publicada en el diario Oficial de 30 de enero de 2002, y 19.942 de 15 de abril de 2004.

⁸⁵ Véase PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ley N° 20.253. *Agenda Corta Antidelincuencia*. Pág. 109. 2008. Legis. Santiago Chile.

2.6. Detención por cualquier particular

Cualquier persona podrá detener a quien sorprendiere en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima.

Desde el momento en que el detenido es entregado a la policía, rigen los plazos vistos respecto de la obligación de la policía de informar al fiscal y de ponerlo a disposición del tribunal.

2.7. Detención por otras autoridades

Como vimos al comentar la jurisdiccionalidad de las medidas cautelares, nuestra Constitución no prescribe que el juez sea el funcionario encargado de disponer las órdenes de detención, sino que nadie puede ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley. La CPR contempla en consecuencia que existan otros funcionarios públicos con tales facultades, lo que evidentemente atenta contra el principio indicado.

Como vimos también, los artículos 258 y 259 del antiguo Código de Procedimiento Penal, facultaba a los Intendentes, gobernadores y alcaldes, bajo el imperio de tal normativa, a dictar ordenes de detención respecto de determinados delitos⁸⁶, materia que por encontrarse vigente el CPP en todo el país, no puede hoy presentarse. Por otra parte, dentro de la normativa especial que entregaba dicha facultad también a autoridades administrativas, se encontraba el artículo 13 de la Ley N° 18.314 sobre conductas terroristas, la que otorgaba al Ministro del Interior, los Intendentes Regionales, Gobernadores Provinciales y los Comandantes de Guarnición la facultad de disponer la detención respecto de ese tipo de delitos, habiéndose derogado dicha norma el año 2002.

Consecuentemente con el principio de jurisdiccionalidad, las medidas cautelares deben ser dictadas siempre sólo por el órgano judicial competente.

3. LA PRISIÓN PREVENTIVA

3.1. Reglamentación

La prisión preventiva se encuentra reglamentada en el Párrafo 4° del CPP (artículos 139 a 153).

3.2. Concepto

La prisión preventiva es la medida cautelar decretada por el juez de garantía, que dispone en forma excepcional y en los casos en que lo permite la ley, la privación de la

⁸⁶ Los delitos que permitían dicha atribución, entre otros, eran delitos contra la seguridad exterior e interior, falsificación de monedas, tráfico de estupefacientes conductas terroristas sustracción y secuestro de personas.

libertad del imputado por un tiempo indefinido durante la duración del proceso penal en un recinto penitenciario, por no ser satisfactorias las medidas cautelares de menor intensidad para asegurar el cumplimiento de las finalidades del procedimiento.

En nuestro proceso penal, la prisión preventiva deja de ser la consecuencia automática de la transformación de la detención, con motivo de la dictación del auto de procesamiento, como ocurría bajo el régimen del antiguo Código de Procedimiento Penal.

La prisión preventiva siempre debe ser decretada por el tribunal mediante la dictación de una resolución judicial en la cual se analice expresamente su procedencia y se fundamenten los motivos que la hacen procedente (artículo 143), teniendo un carácter doblemente excepcional, ya que no sólo procede afectando la libertad del sujeto durante el proceso, que constituye la regla general, sino que sólo tiene lugar cuando las demás medidas cautelares personales fueren estimadas por el juez como insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, o que existe peligro que el imputado se de a la fuga (artículo 139 inciso 2º).

En este extremo es donde el sistema procesal penal encuentra su punto cúlmine de contraposición entre la pretensión punitiva estatal y la pretensión de libertad del sujeto. La prisión preventiva constituye la máxima restricción a la libertad ambulatoria del imputado durante la tramitación del proceso.

Y es precisamente en este punto en que no debemos olvidar que las medidas cautelares tienen como finalidad particular el aseguramiento frente al riesgo de la ineffectividad de la sentencia por el transcurso del tiempo, de forma que dependen y se encuentran supeditadas al procedimiento y especialmente vinculadas con los fines de éste.

Por ello las medidas cautelares en general, y en especial tratándose de la prisión preventiva, no puedan considerarse ni constituirse en mecanismos anticipatorios de los efectos de la eventual condena que haya de establecerse en la sentencia definitiva firme, ya que con ello se afecta precisamente la presunción de inocencia y el derecho al juicio previo.⁸⁷

Pero la realidad es que esos propios fines del proceso no siempre encuentran consenso en la misma doctrina, por una parte, y por otra es en materia de libertad y restricción vía prisión preventiva de ésta donde suelen generarse la mayor parte de los debates ciudadanos y políticos.

Así en el primer ámbito, la prisión preventiva bien puede estar justificada sólo en la necesidad de impedir la fuga del eventual autor, o para evitar la destrucción de pruebas, o bien en la necesidad de prevenir la comisión de otros delitos, protegiendo de esta manera a la sociedad. Los primeros son propiamente fines procesales, los segundos escapan a esta categoría, transformándola en un mecanismo de defensa social. Y es aquí donde la realidad contingente, la necesidad de protección ciudadana tiende a utilizar las medidas cautelares y en especial la prisión preventiva como un instrumento de control, defensivo en contra del delito, desfigurando con ello la institución y creando confusión legislativa, social, comunicacional, y en algunos casos, académica.

⁸⁷ FALCONE, Roberto. "La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y ley procesal penal". *Revista Procesal Penal* N° 27. Págs. 27 y Sgtes. Noviembre 2004.

Cuando se utiliza el proceso como medio de control y represión, o bien como sustituto de medidas de gestión y eficiencia, tienden a generarse conflictos profundos y estructurales por la desestabilización y desnaturalización del sistema.

No debe en todo caso dejar de considerarse que la actual regulación acusatoria, con pleno reconocimiento a los derechos fundamentales recién alcanza una década de vigencia, en tanto prácticamente durante toda nuestra existencia fuimos regidos por un sistema inquisitivo, en el que la libertad del sujeto no era relevante, en términos tales que la libertad llegaba a ser considerada la excepción, motivo por el cual la prisión preventiva era la consecuencia automática, de pleno derecho, del sometimiento a proceso en virtud del auto de procesamiento dictado por el tribunal que llevó adelante la investigación en forma secreta. Por ello el instituto de la libertad se regulaba bajo la denominación de la "libertad provisional". Lo excepcional, lo que estaba sujeto a revisión, precario en muchos casos era la libertad durante el procedimiento.⁸⁸

En este contexto no resulta extraño enfrentarnos a voces que propugnan por la utilización de la prisión preventiva como uno de los principales mecanismos de control social de la delincuencia en particular.

3.3. Agenda corta antidelincuencia

La prisión preventiva, y también la detención, han experimentado diversos cambios desde la consagración original en el CPP, algunos de ellos para efectuar ajustes en el funcionamiento de la institución, pero muchos de ellos como un mecanismo de control, en materia de lucha contra la delincuencia y seguridad ciudadana⁸⁹, alejado de los fines propios del proceso.⁹⁰

⁸⁸ Constituye sin duda un avance significativo el que la CPR haya adecuado la terminología utilizada a propósito de la libertad y la prisión.

Incluso después de entrada en vigencia el sistema acusatorio y hasta el año 2005, señalaba la CPR que e) *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. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.*

La reforma constitucional contenida en la Ley N° 20.050 adecuó el artículo 19 N° 3 letra e), el que actualmente dispone:

e) *La libertad del imputado procederá a menos que la detención o prisión preventiva sea considerada por el juez como necesaria para las investigaciones o para la seguridad del ofendido o de la sociedad. La ley establecerá los requisitos y modalidades para obtenerla.*

⁸⁹ El Mensaje del Ejecutivo del proyecto de esta ley así lo recoge en forma expresa al señalar que "Pese a todos los avances que nuestro país ha logrado en materia de modernización de su sistema de enjuiciamiento criminal; de la eficiente gestión del Ministerio Público en la persecución penal; la variada legislación aprobada por todos los sectores políticos representados en el Congreso Nacional; y el reforzamiento humano y material de las policías, la ciudadanía da señales de temor subjetivo ante el actuar de la delincuencia, que hace necesario introducir mejoras en el sistema, destinadas a reprimir con mayor energía al delito y disminuir esa sensación de temor".

⁹⁰ Basta de derecho penal para enemigos, porque frente al enemigo no está todo permitido. Jakobs, citado por FALCONE, Roberto. "La prisión preventiva frente a los tratados internacionales de derechos humanos y ley procesal penal". Revista Procesal Penal N° 27. Págs. 47 y Sgtes. Noviembre 2004.

Los principales cambios en esta materia se contienen en la Leyes N°s. 20.074 y 20.253, esta última denominada precisamente agenda corta antidelinuencia, por la que se introdujeron modificaciones al Código Penal y al CPP, endureciendo el sistema de agravantes en casos de reincidencia, estableciendo nuevos criterios para decretar la prisión preventiva y fija condiciones en la entrega de libertad a imputados de delitos graves. La normativa está conformada por dos iniciativas. La primera, que introdujo modificaciones para liberar a Carabineros de funciones administrativas en noviembre de 2007, y la segunda la Ley N° 20.253.

Las principales modificaciones de la Ley N° 20.253, cuyos efectos se incorporan directamente en el análisis de la prisión preventiva que se hace en los numerales sucesivos, son los siguientes:

I. Respecto del Código Penal:

– Endurece el castigo para los casos de reincidencia, estableciéndose que la sola condena penal (es decir, aunque ésta no haya sido cumplida) será suficiente para entender que una persona es reincidente en la comisión de un delito. Para ello se sustituye –en el artículo 12 N°s. 15 y 16 del Código Penal– el término “castigado” por “condenado”, lo que hace procedente la agravante.

– Se modifica la figura penal de la receptación, delimitando nuevas acciones (como la transformación de especies y su transporte), y se aumentan los delitos respecto de los cuales las especies se entienden receptadas (apropiación indebida, receptación).

II. Respecto del Código Procesal Penal

– Se modifican los criterios para ordenar la prisión preventiva, la que se podrá decretar siempre que se acrediten los siguientes requisitos:

- a) Que existen antecedentes que justifiquen la existencia del delito.
- b) Que existen antecedentes que permitieren presumir que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.
- c) Que existen antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para las diligencias de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido (teniendo en consideración circunstancias como: la gravedad de la pena asignada al delito, la cantidad de delitos imputados, el carácter del delito, la existencia de procesos pendientes, y el hecho de actuar en grupo o pandilla, incorporándose como circunstancias especialmente a tener en cuenta por el Juez que el delito imputado tenga asignada una pena de crimen. Además, se incorpora la existencia de “peligro de fuga” del imputado como uno de los antecedentes que se deben considerar por el Tribunal para decretar esta medida.

– Se fijan criterios más estrictos para la entrega de la libertad a imputados por delitos de especial gravedad, respecto de los cuales, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva.

– Se elimina la obligación impuesta al juez de abrir debate acerca de la mantención de la prisión preventiva cuando han pasado dos meses desde el último debate oral en que se hubiera ordenado o mantenido la prisión preventiva.

– Se restringe la facultad del juez de otorgar, durante la prisión preventiva, permisos de salida al imputado, de manera tal que ellos deberán darse por un período determinado y no indefinido. Cuando se trate de delitos especialmente graves, el juez sólo podrá otorgarlo a través de resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del permiso.

– Se autoriza a los abogados asistentes de fiscal a formalizar la investigación y a pedir medidas cautelares en la audiencia, siempre que contare con los antecedentes necesarios y que se encontrare presente el defensor del imputado.

– Se facilita la labor de los fiscales permitiendo que el fiscal haga traer a su presencia el imputado cuantas veces sea necesario para los fines de la investigación, sin más trámite que dar aviso al juez y al defensor.

– Respecto de delitos de especial gravedad se establece la posibilidad de apelar a la corte de apelaciones cuando una detención es declarada ilegal, pudiéndose igualmente solicitar medidas cautelares al declararse expresamente que se podrá continuar con la audiencia y formalizar a el o los imputados.

– Se crea una base unificada y actualizada de datos para ambas policías (Carabineros e Investigaciones) respecto de las personas que tengan órdenes de detención pendientes:

– Se amplía el límite temporal de la flagrancia de un delito a doce horas, para efectos de su detención en tal concepto

– Efectúa aclaraciones e introduce modificaciones al procedimiento de control de identidad, aumentándolo a un máximo de ocho horas, aclarando que se extiende al registro de vestimentas, equipaje o vehículo de la persona que se controla.

– Finalmente, en cuanto a la suspensión condicional del procedimiento, ésta deberá ser sometida a la vista del fiscal regional en casos de delitos graves, estableciendo como nuevo requisito para decretar la suspensión, el que el sujeto imputado respecto del cual se discute este beneficio no mantenga vigente otra suspensión por causa de hechos diversos.

A continuación analizaremos la regulación de la prisión preventiva que efectúa el CPP vigente.

3.4. Requisitos de procedencia de la prisión preventiva

Los requisitos que deben concurrir copulativamente para que se decrete la prisión preventiva son los siguientes:

- a) Que se hubiere formalizado la investigación.
- b) Petición del Ministerio Público o del querellante.
- c) Realización de audiencia con la presencia del fiscal, imputado y su defensor.
- d) Que las otras medidas cautelares sean insuficientes para asegurar finalidades del procedimiento, la seguridad ofendido o de la sociedad.

- e) Que no se trate casos de improcedencia de prisión preventiva.
- f) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito.
- g) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, y
- h) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

a) Que se haya formalizado la investigación por parte del Ministerio Público

Al efecto, dispone el artículo 140, en su inciso primero que “Una vez formalizada la investigación, el tribunal, a petición del Ministerio Público o del querellante, podrá decretar la prisión preventiva del imputado,.....”.

La formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del juez de garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados (artículo 229), la que constituye un supuesto necesario para que el Ministerio Público pueda requerir la prisión preventiva del mismo.

b) Que exista una petición del Ministerio Público o del querellante al juez para que se decrete la prisión preventiva

En consecuencia, el tribunal no puede decretar de oficio la prisión preventiva como medida cautelar personal, sino siempre sólo a requerimiento del Ministerio Público o del querellante particular. La iniciativa de la medida radica en el persecutor estatal o en el querellante, sin que dentro de las atribuciones del juez de garantía quede comprendida tal actuación de oficio, la que por lo demás pugna con el rol de éste, cual es, dentro de otras, asegurar los derechos del imputado en el proceso.

El tribunal competente para decretar la prisión preventiva es el juez de garantía (artículo 70 inciso 1°), sin perjuicio que si nos encontramos ante diligencias urgentes que deban efectuarse fuera del territorio jurisdiccional pueda el Ministerio Público solicitarla al juez de garantía del lugar (artículo 71 inciso 2°).

A partir de la recepción del auto de apertura del juicio oral, el tribunal competente para pronunciarse sobre la libertad del acusado será el tribunal de juicio oral en lo penal y no el juzgado de garantía (artículo 18 letra b) COT).

En cuanto a la oportunidad y requisitos de forma, la solicitud puede ser formulada verbalmente, ya sea en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia preparatoria del juicio oral o en la audiencia del juicio oral, o bien por escrito en cualquier etapa de la investigación, una vez formalizada, caso éste último en el que debe citarse a una audiencia para resolver dicha solicitud (artículo 142).

c) Que se celebre una audiencia con la presencia del fiscal, del imputado y su defensor para resolver acerca de la petición de prisión preventiva, lo que debe realizarse a través de una resolución fundada

La petición de prisión preventiva debe resolverse en audiencia, en la que debe estar presente el fiscal, el imputado y defensor, estos dos últimos como requisitos de validez de la misma.⁹¹

El solicitante debe exponer los motivos que la fundamentan y justifican, oyendo al imputado, al defensor y a los demás intervinientes que quisieren hacer uso de la palabra.

Debe señalarse que la medida de prisión preventiva sólo puede ser rechazada o decretada⁹² en una resolución fundada⁹³, en la que además de velarse por el cumplimiento de los demás supuestos que analizaremos a continuación, debe expresar claramente los antecedentes calificados que la justifican, tanto de hecho como de derecho. La fundamentación se extiende tanto al rechazo como a su otorgamiento.

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 (artículo 36).

d) Que las otras medidas cautelares contempladas en el sistema procesal penal sean insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad

En consecuencia, atendido el principio de necesidad y de excepcionalidad, la prisión preventiva sólo procederá cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 139 inciso 2°).⁹⁴

Las normas que permiten establecer la prisión preventiva deben ser interpretadas restrictivamente.

Atendidos los principios generales de que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual durante el curso del proceso penal (artículo 139 inciso 1°), debiendo el imputado presumirse inocente mientras no fuere condenado mediante una sentencia firme (artículo 4°), pudiendo adoptarse cautelarmente sólo las medidas privativas y restrictivas de libertad en virtud del principio de legalidad en los casos y en la forma prevista por la Constitución y las leyes, las normas que

⁹¹ Artículo 142.

⁹² En caso de ser decretada la prisión preventiva, se genera una orden de prisión, la que debe extenderse por escrito por el tribunal cumpliendo los requisitos comunes con la orden de detención, contemplados en el artículo 154, ya analizados.

⁹³ Artículo 122 inciso 2°.

⁹⁴ Inciso modificado por la Ley N° 20.074.

regulan la prisión preventiva deber ser interpretadas restrictivamente y nunca podrán ser aplicadas por analogía (artículo 5°).

En otras palabras, la prisión preventiva puede ser decretada solamente en el caso que ninguna de las otras medidas cautelares personales permita cumplir con las necesidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad.

Es decir, en materia de medidas cautelares personales la prisión preventiva debe tener una aplicación subsidiaria. Debe ser la última ratio en esta materia. Sólo en el evento que no tenga aplicación alguna de las otras medidas cautelares personales que consagra el CPP, puede el juez decretar la prisión preventiva del imputado en la medida, obviamente, que a su respecto se cumplan los demás requisitos que autorizan su procedencia.⁹⁵

En cuanto a la finalidades del procedimiento, “aunque la ley no indica cuales son esos fines, se ha dicho a menudo que son dos: *el correcto establecimiento de la verdad y la actuación de la ley penal*. El correcto establecimiento de la verdad puede estar en riesgo ya sea por la negativa del imputado a comparecer a los actos del procedimiento, ya sea por la evidencia de que éste desarrollará actos de destrucción o ocultación de pruebas; la actuación de la Ley Penal, por su parte, supone la disponibilidad del sujeto para cumplir con la imposición o ejecución de la sanción establecida en la sentencia, lo que está en riesgo cuando exista evidencia que el imputado pretende eludir la acción de la justicia mediante la fuga.

Si aceptamos que no existen fines del procedimiento diversos de los mencionados, debiéramos concluir que nuestro CPP establece a nivel de principio, que las medidas cautelares personales sólo pueden tener por objeto asegurar la averiguación de la verdad (aseguramiento de la comparecencia a actos del procedimiento, peligro de que se obstaculice la investigación) y la actuación de la Ley Penal (peligro de fuga). Conforme al principio del artículo 122, cualquier otra finalidad que exceda esos márgenes debe considerarse fuera del ámbito de una medida cautelar”.⁹⁶

La Ley N° 20.074 adecuó la norma al texto constitucional, dado que con anterioridad el artículo 139 sólo hacía referencias a las necesidades del procedimiento, y no a la seguridad del ofendido o de la sociedad.

El Honorable Senador señor Viera-Gallo hizo presente que el Senado adecuó la norma del Código de Procedimiento Penal relativa a la prisión preventiva a lo que prescribe al respecto la letra e) del número 7° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, planteó que el adverbio “sólo”, asociado en el artículo 139 vigente a la procedencia de la prisión preventiva, confunde, porque mueve a pensar que se estaría restringiendo la regulación constitucional de la libertad personal.

⁹⁵ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Ob. cit. Págs. 34 y 35. 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁹⁶ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Págs. 346 y 347. 2002.

e) Que no nos encontremos ante uno de los casos en los cuales el legislador haya establecido específicamente la improcedencia que se decreta la prisión preventiva

De acuerdo con el principio de la proporcionalidad, que enunciaba de manera general el legislador en el inciso 1° del artículo 141, no se podía ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparecía desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable (artículo 141 inciso 1°).

Es decir, el legislador procesal sitúa la prisión preventiva en estricta relación con su carácter de medida cautelar personal y, por lo tanto, si el delito no reviste mayor gravedad y la sanción legal probable asignada, de acuerdo con las particularidades circunstancias de su comisión, no hacen presumir que el imputado buscará eludir los fines de la medida— evitar el riesgo de fuga y destrucción de medios de prueba— entonces ella no debe decretarse.⁹⁷

A contrario sensu, podemos concluir que a lo menos al inicio de una investigación formal, debe ordenarse la prisión preventiva cuando nos encontramos ante un crimen, cometido por un autor, dado que éste merecería una pena grave, revelándose en tal caso por regla general como insuficientes las otras medidas cautelares de menor entidad para asegurar los fines del procedimiento.

Un límite claro respecto de esta situación es que la prisión preventiva jamás debería ser superior a la pena que se pudiera imponer por la comisión de un delito, ya sean en cuanto a su naturaleza o duración.

Sin embargo, y tal como se señaló anteriormente, la prisión preventiva experimentó diversos cambios con la Ley N° 20.074, una de cuyas finalidades fue, según el mensaje del proyecto, el “*Perfeccionamiento de la regulación de la prisión preventiva, distinguiendo de mejor manera las causales que la hacen improcedente, de modo de evitar una automatización en su interpretación, en desmedro de la cualidad cautelar de esta medida*”.

Durante la tramitación de la ley, el Senado decidió eliminar específicamente el principio de la proporcionalidad contemplado hasta entonces genéricamente en el inciso referido, en el contexto del análisis de los artículos 139 a 141, este último a propósito de la improcedencia de la prisión preventiva.

Consta del segundo Informe de la Comisión de Constitución que “*El Honorable Senador señor Espina precisó que debe buscarse una regulación que armonice los derechos de las personas con la eficacia de la persecución criminal*.”

Por lo anterior, añadió, pareciera adecuada la propuesta del Honorable Senador señor Parra, la cual, además, suprime el encabezado actual del artículo, sobre proporcionalidad de la prisión preventiva en relación a la gravedad del delito, las

⁹⁷ MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos. “Las medidas cautelares personales en el nuevo CPP”. Pág. 35. *Revista de Estudios de la Justicia* N° 1. Año 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

circunstancias de su comisión y la probable sanción. Esta proporcionalidad no está mencionada en nuestra Constitución.

Hasta antes de la modificación legal contenida en la Ley N° 20.274, además del principio de proporcionalidad general contemplado en el inciso 1° del artículo 141, la prisión preventiva era improcedente cuando el imputado pudiese ser condenado únicamente a penas pecuniarias o privativas de derechos o a una pena privativa o restrictiva de libertad que no excediere de 540 días, salvo que haya peligro de fuga, hubiere incumplido el imputado alguna medida cautelar o no asistiere a la audiencia del juicio oral. Tampoco procedía respecto de los delitos de acción privada, pero el gran avance estaba en la letra e) de este artículo, el que establecía la improcedencia de esta medida cautelar cuando el juez, aun en el evento de condena del imputado, estimare que será objeto de alguna de las medidas alternativas que establece la Ley N° 18.226.

La regla específica actual de improcedencia de la medida cautelar personal establece que no procederá la prisión preventiva:

- a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos,
- b) Cuando se tratase de un delito de acción privada, y
- c) Cuando el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar el cumplimiento efectivo de la pena y el fiscal o el querellante estimaren necesaria la prisión preventiva o alguna de las medidas previstas en el Párrafo 6°, podrá solicitarlas anticipadamente, de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad.

Consecuente con lo señalado, se limitó los casos legales de improcedencia de la medida cautelar, y actualmente no constituyen causales de improcedencia el que la sanción penal probable sea inferior a 541 días o que pudiese ser beneficiado con alguno de los beneficios legales de cumplimiento en libertad de la pena.

Aun cuando en estos casos no se debe decretar la prisión preventiva, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123.

Excepción:

Aun cuando se contemple la improcedencia de la prisión preventiva en los casos contenidos en las letras a) a e) del artículo 141, antes mencionados, podrá ser ella en todo caso decretada en los siguientes casos:

- a) Cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares personales de menor gravedad que la prisión preventiva contempladas en el artículo 155;
- b) Cuando el tribunal considere que el imputado pudiese incumplir con las obligaciones de permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado, y

c) Cuando el imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante.

En todas estas hipótesis, que constituyen una excepción al principio de la proporcionalidad, la prisión preventiva opera como una especie de sanción frente a ciertas omisiones del imputado en relación con determinadas obligaciones que la ley le ha impuesto. En todos estos casos el elemento que posibilita la aplicación de esta medida no es ninguno de los elementos que positivamente consagra el legislador para decretar la prisión preventiva como medida cautelar, sino, un claro incumplimiento o amenaza de él por parte del imputado.⁹⁸

*f) Que existan antecedentes que
justifiquen la existencia del delito que se investigare*

Los requisitos específicamente previstos por el legislador a efectos de decretarse la prisión preventiva se contemplan en el artículo 140⁹⁹, de los cuales la letra a) exige que el solicitante acredite:

a) Que existan antecedentes que justifiquen la existencia del delito que se investigare.

Al utilizar la ley el término legal de “delito” como presupuesto necesario para que sea decretada la prisión preventiva surge la discusión en torno a si es menester que concurra el elemento de tipicidad prevista en la norma, o deben también estar presente el resto de los elementos configurativos del mismo, es decir, la antijuridicidad y la culpabilidad, materia que bajo la vigencia del Código de Procedimiento Penal, y dado la reiteración en el CPP –aun cuando dentro de un sistema totalmente distinto–, es de larga data.

En cuanto al alcance de la expresión delito se ha señalado que “si el rol fundamental del juez de garantía consiste en tutelar las garantías de los intervinientes, resulta evidente que la exigencia de acreditar todos los elementos del delito y no sólo la tipicidad cautela de mejor manera las garantías del imputado contra el cual se pretende la medida de prisión preventiva. Finalmente, debe considerarse que la voz *delito*, utilizada por el artículo 140 CPP, constituye una palabra definida expresamente por el legislador

⁹⁸ MARIN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 37. 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

⁹⁹ En cuanto a la estructura y presupuestos para que sea procedente decretar la prisión preventiva, el CPP mantiene básicamente aquellos establecidos en el Código de Procedimiento Penal para la dictación del auto de procesamiento en el artículo 274, el que dispone:

Artículo 274. Después que el juez haya interrogado al inculcado, lo someterá a proceso, si de los antecedentes resultare:

1° Que está justificada la existencia del delito que se investiga, y

2° Que aparecen presunciones fundadas para estimar que el inculcado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor.

El juez procesará al inculcado por cada uno de los hechos punibles que se le imputen, cuando concurran las circunstancias señaladas.

en el artículo 1° del Código Penal, razón por la cual debe dársele su significado legal, al tenor de lo prescrito por el artículo 20 del Código Civil. Más aun, una interpretación que propiciara la identificación de la voz *delito* exclusivamente con el elemento tipicidad, constituiría a nuestro modo de ver una forma de interpretación extensiva de una disposición del CPP que autoriza la restricción de la libertad del imputado, lo que está explícitamente prohibido por el artículo 5° inciso 2° CPP.¹⁰⁰

Considerando lo señalado, y la necesidad de interpretar restrictivamente las normas que restringen la libertad del imputado, para que el tribunal disponga la prisión preventiva de éste, el peticionario deberá acreditar que existen antecedentes justificativos de la existencia del delito, no sólo en sus aspectos típicos, sino también en lo relativo a la antijuridicidad y culpabilidad.

Ahora bien, en este sentido, y en lo relativo al estándar de convicción al que debería llegar el juez de garantía y eventualmente los jueces del juicio oral en lo penal si debieren resolver sobre la libertad de los acusados, subsiste también el aparente distinto estándar de convicción requerido entre el hecho punible y la participación, desde que en este caso se exigen antecedentes que “*justifiquen*” el delito, en tanto que respecto de la participación se exigen aquellos que permitan “*presumir fundadamente*”.

Las presunciones fundadas constituyen aquel juicio lógico, en el que intelectualmente se ha inferido ciertas circunstancias desconocidas, de otras que sí son conocidas, todo lo que se encuentra debidamente fundamentado. Este proceso intelectual y lógico, que como veremos es el exigido respecto del elemento participación, no es el requerido respecto del delito, el que debe estar basado en antecedentes que los “justifiquen”. Dado lo anterior, lo que puede afirmarse desde toda perspectiva es que el legislador no utiliza el mismo estándar en uno y otro requisito, pareciendo ser más exigente con este elemento relativo al hecho punible.

g. Que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor

En lo que se refiere al segundo requisito establecido por el artículo 140 CPP, en orden a que existan antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor, resulta evidente que la discusión existente al tenor del antiguo sistema, en orden a si dichas presunciones debían o no reunir los requisitos del artículo 488 del Código de Procedimiento Penal de 1906, ha quedado completamente fuera de lugar en el contexto del nuevo sistema procesal penal, que no opera sobre los parámetros de un sistema de prueba legal o tasada y no contiene, por tanto, normas de valoración de la prueba. Las *presunciones fundadas* del artículo 140 no pueden ser consideradas entonces, como referencias a un medio de prueba legal, sino como un estándar de convicción que no está llamado a ser definitivo, sino sólo a ser ubicado en un lugar intermedio entre la

¹⁰⁰ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 405. 2002.

duda y la convicción. Se trata, en otras palabras, de requerir del juez la formulación de un *juicio de probabilidad* acerca de la participación del imputado.¹⁰¹

Estos dos requisitos (g y h) constituyen el presupuesto del *fumus boni iuris* que hace procedente que se decrete una medida cautelar personal, y específicamente, la prisión preventiva.

“En el proceso penal, el presupuesto de “*fumus boni iuris*” se formula de modo esencialmente idéntico: es un juicio de probabilidad sobre las responsabilidades penal del sujeto pasivo de la medida y, en consecuencia, sobre la futura imposición al mismo de una pena. Dicho de otro modo, existe “*fumus boni iuris*” cuando, como resultado de la investigación sumarial, aparecen elementos suficientes para imputar fundadamente a una persona la comisión de un delito. Guarriniello intentando marcar terminológicamente las peculiaridades de la formulación de este presupuesto respecto de las medidas cautelares penales, propone que se le denomine *fumus comisi delicti*.¹⁰²

La doctrina comparada denomina a este presupuesto *fumus comisi delicti* por que en la adopción de una medida cautelar no se aventura un juicio sobre la existencia de ningún buen derecho, sino sobre la posible participación de una persona en un hecho delictivo.¹⁰³

Los requisitos que se contemplan respecto del hecho delictivo y la participación para determinar la procedencia de la prisión preventiva nos parecen claramente deficientes, puesto que no cabe exigir a esa altura de una investigación que se justifique la “existencia del delito”, y por otra parte, se mantiene la expresión “presunciones fundadas” respecto de la participación, las que ahora no se regulan en cuanto a sus requisitos para que se configuren, y respecto de las cuales hoy sólo cabe su construcción de acuerdo con el sistema probatorio sólo al tribunal, sin que corresponda al legislador fijar sus pautas por haberse apartado el procedimiento del sistema de prueba legal.

Se insiste en la redacción en utilizar los términos para hacer procedente la prisión preventiva empleados por el artículo 272 del antiguo Código de Procedimiento Penal, lo que claramente resulta improcedente atendida la disparidad de criterios que respecto de su alcance existe en la doctrina y la jurisprudencia.

Esta situación se ve agravada si tenemos presente que respecto de los requisitos que deben concurrir para decretar las otras medidas cautelares diversas de la prisión preventiva se contempla expresamente en el artículo 155 que “*la procedencia, duración, impugnación y ejecución de las medidas cautelares previstas en el artículo anterior se regirán por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a lo previsto en este párrafo*”.

De allí que creemos más correcta la configuración de estos requisitos que se contemplan en el Derecho Comparado:

¹⁰¹ HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Págs. 406 y 407. 2002.

¹⁰² ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Págs. 472 y 473. 1978.

¹⁰³ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 14. 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

– En España se nos señala que para decretar la prisión es necesario que conste la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito en relación con los hechos; y que aparezcan motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quienes se haya de dictar auto de prisión¹⁰⁴

– En Alemania se exige que debe existir sospecha vehemente con respecto a la comisión del hecho punible, esto es, debe existir alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho y que están presentes todos los supuestos de punibilidad y de la perseguibilidad.¹⁰⁵

– En Argentina, se nos señala que no se puede aplicar la prisión preventiva si no existe un mínimo de información que fundamente una sospecha bastante importante acerca de la existencia del hecho y la participación del imputado en él. Este es un límite sustancial y absoluto: si no existe siquiera una sospecha racional y fundada acerca de que una persona puede ser autor del hecho punible, de ninguna manera es admisible una prisión preventiva.¹⁰⁶

– En nuestro país, se ha indicado que “se exige que el fiscal cuente al juez cuales son los antecedentes que fundamentan los cargos que formula. Si de esta exposición, que se realiza en la audiencia y que puede ser controvertida por la defensa, el juez llega a la conclusión que el fiscal cuenta con un material que aparentemente le permitiría promover la realización de un juicio con una buena probabilidad de éxito, entonces puede dar por satisfecho el material necesario para las medidas cautelares.

– “El juez no puede, a estas alturas, saber ni entrar a indagar qué tan buenos son los testigos de la fiscalía, qué tan sólidos son sus peritos ni como construirá sus presunciones, tampoco puede el juez contar con la versión de la defensa y no sabe cómo esta última afectará los antecedentes proporcionados por el fiscal. En este momento, le basta al juez con saber que existen determinados testigos, peritos y documentos que aparentemente permitirán acreditar determinados hechos en el juicio oral. Si apreciados estos antecedentes de un modo preliminar y necesariamente superficial, percibe el juez que ellos dan cuenta de un caso sólido, entonces tenemos un caso que requiere ser discutido en un juicio y se encuentra satisfecho el supuesto material.¹⁰⁷

En síntesis, se requiere que exista una carpeta de investigación en la cual se contengan antecedentes que le permitan al Fiscal sostener en la audiencia en forma fundada la comisión de un hecho delictivo y en el cual le ha cabido participación a un imputado, con un grado de probabilidad a lo menos, el cual por ser provisional podrá ser agravado, modificado o dejado sin efecto posteriormente según el avance de la investigación, o de las pruebas que se rindan en el juicio oral.

¹⁰⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROZ, Jacobo. Ob. cit. Págs. 225 y 226.

¹⁰⁵ ROXIN, Claus. Ob. cit. Pág. 259. Año 2000.

¹⁰⁶ BINDER, Alberto. Ob. cit. Pág. 199. 2ª edición. 1999.

¹⁰⁷ Véase DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián. *Proceso Penal*. Págs. 252 y 253 y Sgtes. Editorial Jurídica de Chile. 2007.

Finalmente, es menester tener presente que dado el carácter de excepcionalidad de las medidas cautelares necesariamente las normas que las contemplan requieren ser interpretadas restrictivamente.

h) Que existan antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido

Conforme la letra c) del artículo 141, para ordenar la prisión preventiva, se debe acreditar que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga, conforme a las disposiciones de los incisos siguientes (artículo 140 c).¹⁰⁸

En doctrina, *el periculum in mora* esencial que debe concurrir para que se decrete la prisión preventiva es la concurrencia de factores que revelen el peligro de fuga del imputado, que podría redundar en la inejecución de penas privativas de libertad.

“Para la determinación de la concurrencia de estos factores, el ordenamiento establece dos tipos de criterios: uno abstracto —la gravedad de la pena— y otro concreto—indagar sobre el peligro de fuga atendiendo a las circunstancias personales y sociales de un imputado determinado.”¹⁰⁹

Al respecto, debemos tener presente que “la finalidad de evitar la fuga del imputado es, ciertamente, la que más se acerca a la función cautelar de la prisión provisional. Ahora bien, evitando la fuga del imputado se puede, en realidad, estar persiguiendo dos fines distintos —aunque no excluyentes—: de una parte, mantener la presencia del imputado durante el proceso declarativo, para que pueda servir a las necesidades probatorias y para evitar que el proceso deba suspenderse en el caso de que esté excluido realizarlo en rebeldía; de otra parte, asegurar su presencia para el momento en que dictada sentencia firme, deba procederse a la ejecución de una pena corporal”.¹¹⁰

Debemos señalar que la fuga del imputado fue incorporada en el trámite de la Ley N° 20.253 mediante la indicación de la senadora Alvear, recogándose actualmente como causal genérica de procedencia y consecuentemente uno de aquellos elementos que deben ser considerados por el tribunal.

“En cuanto la prisión provisional tenga la función de prevenir la comisión de ulteriores delitos por parte del imputado, adquiere indudablemente, la naturaleza de medida de seguridad.

¹⁰⁸ Numeral modificado por Ley N° 20.253.

¹⁰⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 476. 1978.

¹¹⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 448. 1978.

“Esta utilización de la prisión provisional como medida de seguridad es totalmente criticable.

“En primer lugar, porque supone una equiparación entre el imputado de un proceso penal y la persona cuya peligrosidad social hubiera sido declarada. Esta equiparación no es admisible, en cuanto la prisión provisional no se adopta tras un procedimiento con las constitucionalmente imperativas posibilidades de contradicción, ni va precedida de unas actuaciones técnicamente adecuadas para determinar la peligrosidad de un sujeto y las medidas para corregirla.

“En segundo lugar, porque conduce al enjuiciamiento de la peligrosidad por un órgano jurisdiccional no especializado, mientras que la doctrina defiende que el enjuiciamiento de la peligrosidad debe atribuirse a órganos jurisdiccionales cuyos titulares estén específicamente preparados para desempeñar con eficacia aquella función y para asumirla con unos esquemas mentales diferentes a los del Derecho Penal represivo.¹¹¹

En cuanto a que la prisión provisional se pueda basar en la alarma social causada por el hecho delictivo, es decir, “la función de la prisión en este caso es la de dar satisfacción inmediata a un “sentimiento social” –real o manipulado– de indignación por el hecho. Esta función de la prisión es absolutamente rechazable desde un punto de vista ético y también jurídico. Juridicamente hay que observar que la persona sometida a prisión provisional, no es el culpable, sino una persona respecto de la cual ha podido afirmarse el presupuesto de *fumus boni iuris* y que, en consecuencia, la aplicación a aquella de una medida que en el caso concreto, es sustancialmente una pena, es contraria a lo dispuesto en el artículo 19 del Fuero de los Españoles. La norma que autoriza dicha aplicación debe considerarse inconstitucional”.¹¹²

En nuestro derecho, el *periculum in mora* concurre cuando existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido o que existe peligro de que el imputado se dé a la fuga.

El peligro que la investigación se vea afectada por actuaciones del imputado constituye sin duda uno de las justificaciones al establecimiento de la libertad de aquél, ya que dentro de los fines propios del procedimiento se encuentra precisamente la investigación de los hechos.

Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos,

¹¹¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 456. 1978.

¹¹² ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 458. 1978.

peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente (inciso 3°).

La sospecha en este caso debe ser grave y fundada. No basta, por lo tanto, con una mera suposición del fiscal. Debe demostrar por qué motivo cree que el imputado va a obstaculizar la investigación y la manera como ello podría ocurrir. Ahora bien, una vez que este peligro ha desaparecido, por ejemplo, porque el fiscal ya ha reunido el material probatorio y no hay posibilidades de alterarlo, destruirlo, ocultarlo o falsificarlo, o porque el imputado ha confesado y no hay posibilidad de inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para falsear o alterar las pruebas, nada justificaría la continuidad de la medida por este motivo.¹¹³

No ocurre lo mismo con el *peligro para la sociedad*, el que podemos ubicar derechamente en la vereda opuesta de la legitimidad. El riesgo social, la alarma, la protección de la comunidad, no constituyen finalidades propias de las medidas cautelares y aun cuando pueda ser entendida y hasta compartida la necesidad de convivir con ellas, esto no hace sino dejar patentemente reflejado la inconsistencia de proceder por esta vía desde la óptica conceptual. No obstante lo anterior y lo mucho que pueda señalarse sobre este punto, el peligro para la sociedad es considerado como uno de los motivos generales habilitantes para que el tribunal pueda decretar la prisión preventiva, entregándosele por el legislador algunos criterios orientadores en este sentido.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla (inciso 3°).

Además se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad, cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra; cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no; cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Debe señalarse que en todo caso éstos constituyen elementos orientadores en la decisión judicial, desde que “la norma solamente es de carácter orientador y que el juez, de todas maneras, tiene todas las prerrogativas constitucionales para estimar si existe o no el peligro, y para acceder o denegar la prisión preventiva (informe del diputado Bustos a la Cámara de Diputados. Legislatura 354, Sesión 83. Fecha 10 de octubre, 2006.)

En el mismo sentido se pronuncia el senador Espina, autor de la indicación que origina el actual texto de los incisos 3° y 4° del artículo 141. “*La indicación mantiene*

¹¹³ MARÍN GONZÁLEZ, Juan Carlos. Ob. cit. Pág. 38. 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

la idea de que los requisitos para decretar la prisión preventiva son aquilatados por el juez de garantía. Ella innova en cuanto considera que hay peligro para la sociedad cada vez que el delito que se trate merezca pena de crimen, en lugar del enunciar un catálogo de ilícitos

De esta forma, es el tribunal quien debe determinar las circunstancias constitutivas del peligro para la sociedad, recibiendo del legislador una serie de criterios orientadores, ya que para estimarla deberá considerar especialmente:

- i) La gravedad de la pena asignada al delito
- ii) El número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos
- iii) La existencia de procesos pendientes, y
- iv) El hecho de haber actuado en grupo o pandilla

Se entenderá especialmente que la libertad del imputado constituye un peligro para la seguridad de la sociedad:

i) Cuando los delitos imputados tengan asignada pena de crimen en la ley que los consagra.¹¹⁴

ii) Cuando el imputado hubiere sido condenado con anterioridad por delito al que la ley señale igual o mayor pena, sea que la hubiere cumplido efectivamente o no.

iii) Cuando se encontrare sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de alguno de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley.

Se entenderá que *la seguridad del ofendido* se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes.

¹¹⁴ "Artículo 21. Las penas que pueden imponerse con arreglo a este Código y sus diferentes clases, son las que comprende la siguiente:

ESCALA GENERAL

Penas de crímenes.

Presidio perpetuo calificado.

Presidio perpetuo.

Reclusión perpetua.

Presidio mayor.

Reclusión mayor.

Relegación perpetua.

Confinamiento mayor.

Extrañamiento mayor.

Relegación mayor.

Inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesionales titulares.

Inhabilitación especial perpetua para algún cargo u oficio público o profesión titular.

Inhabilitación absoluta temporal para cargos, empleos, oficios o profesiones ejercidos en ámbitos educacionales o que involucren una relación directa y habitual con personas menores de edad.

Inhabilitación absoluta temporal para cargos y oficios públicos y profesionales titulares.

Inhabilitación especial temporal para algún cargo u oficio público o profesión titular" (inciso primero).

Este tercer criterio se aleja de los fines cautelares que se reconoce a la prisión preventiva. Al respecto Ferrajoli ha observado que “la perversión más grave del instituto, legitimada desgraciadamente por Carrara y antes por Pagano, ha sido su transformación de instrumento exclusivamente procesal, dirigido a “*estrictas necesidades*” sumariales, en instrumento de prevención y defensa social, motivado por la necesidad de impedir al imputado la ejecución de otros delitos”. Si analizamos con detención en este caso lo que existe es una presunción de peligrosidad basada únicamente en la sospecha de que el sujeto puede cometer nuevos delitos en contra de la víctima, su familia o sus bienes. Lo que equivale de hecho “a una presunción de culpabilidad; y al asignar a la custodia preventiva los mismos fines, además del mismo contenido aflictivo que la pena, le priva de esa especie de hoja de parra que es el sofisma conforme al cual sería una medida “procesal”, o “cautelar”, y en consecuencia, “no penal”, en lugar de una ilegítima penal *sin juicio*.”¹¹⁵

Finalmente, respecto de la *posibilidad de fuga*, como señaláramos, actualmente se consagra como justificación general de la prisión preventiva, con lo cual se dio solución a una evidente deficiencia, cuyo motivo anteriormente sólo cabía entenderlo implícitamente contemplada en otras disposiciones.¹¹⁶

En síntesis, “la necesidad de la prisión preventiva no puede simplemente inferirse a partir de cláusulas abstractas como el peligro de la seguridad de la sociedad, sin proporcionarle un contenido concreto que dé cuenta de qué es lo que se entiende por peligro para la seguridad de la sociedad, cuestiones que de las alegaciones del fiscal no alcanza a divisar este juez. Este no es un debate de sólo normas, pues se está debatiendo acerca de la libertad o encierro de una persona de carne y hueso en concreto, y es eso lo que debo decidir a propósito de lo que se me pide en esta audiencia. En esta materia hay que tener presente la norma fundamental y rectora de la prisión preventiva, que es el artículo 139 del CPP, y conforme al cual el encierro cautelar sólo debe decretarse cuando quede de manifiesto que las demás medidas cautelares personales sean insuficientes para resguardar los fines legítimos del procedimiento, y que no son otros que asegurar la comparecencia del imputado a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia (peligro de fuga) y proteger la eficacia de la investigación, lo que no ha sido invocado en esta audiencia.”¹¹⁷

3.5. Resolución

Tal como señalamos previamente, la solicitud de prisión preventiva puede plantearse verbalmente por el Ministerio Público o el querellante:

¹¹⁵ MARIN GONZALEZ, Juan Carlos. Ob. cit., Pág. 39, 2002. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

¹¹⁶ En este sentido, HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián. Ob. cit. Tomo I. Pág. 411. 2002.

¹¹⁷ GALLARDO FRÍAS, Eduardo. Juez titular Juzgado de Garantía de Santiago. RIT N° 73-2005. *Revista Procesal Penal* N° 37. Págs. 189 y Sgtes. Julio 2005.

- a) En la audiencia de formalización de la investigación;
- b) En la audiencia de preparación del juicio oral;
- c) En la audiencia del juicio oral, o
- d) En cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado ésta, caso en el cual el juez fijará una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y a los demás intervinientes (artículos 140 y 142).

La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resuelve la solicitud de prisión preventiva.

En la audiencia, una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quien la hubiere formulado, el tribunal oírà en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si estuvieren presentes y quisieren hacer uso de la palabra y al imputado (artículo 142 inciso final).

Al concluir la audiencia el tribunal se pronunciarà sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual expresará claramente los antecedentes calificados que justificaren la decisión, ya sea decretándola o bien rechazándola (artículo 143).¹¹⁸

3.6. *Modificación y revocación de la resolución sobre prisión preventiva*

“Los presupuestos de la medida cautelar responden a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de adoptar la medida. Esa situación de hecho puede sufrir modificaciones a lo largo del proceso, que determinan, correlativamente, una modificación en los presupuestos de la medida y ésta, a su vez, una variación de la medida adoptada. Como ha dicho la doctrina, las medidas cautelares son resoluciones sometidas al principio ‘*rebus sic stantibus*’, lo cual hace que sean variables en función de la variación de los presupuestos.

“Hay que precisar, sin embargo, que no tienen las mismas consecuencias la variación del *fumus boni iuris* que la del *periculum in mora*.

Si la modificación de la situación de hecho implica la inexistencia del *fumus boni iuris*, ello no debe dar lugar a que se sustituya una medida cautelar más intensa por otra que lo sea menos; no debe implicar que se revoque la prisión provisional y se acuerde la libertad provisional. La consecuencia debería ser el levantamiento de toda medida cautelar, por resultar improbable que a la persona que estaba sometida a la misma, pueda imponérsele alguna pena en la sentencia.

“La variación de los hechos constitutivos del *periculum in mora*, no conduce a la extinción de la medida cautelar, pero si a su modificación o sustitución por otra”.¹¹⁹

¹¹⁸ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, durante el año 2009, el número de prisiones preventivas otorgadas contabilizadas a nivel de imputados, alcanzó a 22.033.

¹¹⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel. Ob. cit. Pág. 482. 1978.

La resolución que ordenare o rechazare la prisión preventiva será modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento (artículo 144).

Cuando el imputado solicitare la revocación de la prisión preventiva el tribunal podrá:

- a) Rechazarla de plano, o
- b) Citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida.

La Ley N° 20.253 eliminó la obligación que pesaba sobre el tribunal en orden a citar a todos los intervinientes a una audiencia cuando hubieren transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva (artículo 144).

Por otra parte, si la prisión preventiva hubiere sido rechazada, ella podrá ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existieren otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justificaren discutir nuevamente su procedencia. Dicha resolución que decreta la prisión preventiva en una audiencia será apelable conforme a lo previsto en el artículo 149.

Finalmente, debemos tener presente que respecto de la prisión preventiva se ha contemplado una revisión de oficio por parte del legislador, atendido al carácter provisional de la medida.

Al efecto, se dispone que transcurridos seis meses desde que se hubiere ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se hubiere decidido, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación (artículo 145 inciso 2°).

3.7. Sustitución de la prisión preventiva por otra medida cautelar personal de menor entidad

En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, podrá sustituir la prisión preventiva por alguna de las medidas que se contemplan en el artículo 155 del CPP (artículo 155 inciso 1°).

3.8. Reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente

El legislador contempla que cuando la prisión preventiva hubiere sido o debiere ser impuesta únicamente para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal podrá autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará (artículo 146 inciso 1°).

“Esta inserción (Se refiere a la efectuada por la Ley N° 20.074 al artículo 146) limita la opción que establece el citado artículo únicamente al caso del imputado privado de libertad al que se ha impuesto la prisión preventiva como forma de garantizar su comparecencia en el juicio. Por otra parte, ella corrige una tendencia de

la jurisprudencia a otorgar al reemplazo de la cautelar de prisión por la de caución un contenido que excede la voluntad del legislador, claramente expresada en los documentos en que consta la historia fidedigna del establecimiento del artículo 146, afirmó el Honorable Senador señor Espina. En último término, argumentó, el juez de garantía siempre conserva la facultad de levantar la cautelar privativa de libertad, si desaparecen las circunstancias que la justificaron, que son las de representar el inculpado un peligro para la sociedad o para la víctima”.

En consecuencia, no procederá el reemplazo de la prisión preventiva por una caución económica suficiente si ella se hubiere decretado por considerarla indispensable para diligencias y determinadas de la investigación o para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

La caución podrá consistir:

- a) En el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores,
- b) La constitución de prendas o hipotecas, o
- c) La fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal (artículo 146 inciso 2°).

En los casos de rebeldía o cuando el imputado se sustrajere a la ejecución de la pena, se procederá a ejecutar la garantía de acuerdo con las reglas generales y se entregará el monto que se obtuviere a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

Si la caución hubiere sido constituida por un tercero, producida alguna de las circunstancias a que se refiere el inciso anterior, el tribunal ordenará ponerla en conocimiento del tercero interesado, apercibiéndolo con que si el imputado no compareciere dentro de cinco días, se procederá a hacer efectiva la caución.

En ambos casos, si la caución no consistiere en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal procederá a poner los antecedentes en su conocimiento, oficiándole al efecto (artículo 147).

La caución será cancelada y devueltos los bienes afectados, siempre que no hubieren sido ejecutados con anterioridad:

- a) Cuando el imputado fuere puesto en prisión preventiva;
- b) Cuando, por resolución firme, se absolviere al imputado, se sobreseyere la causa o se suspendiere condicionalmente el procedimiento, y
- c) Cuando se comenzare a ejecutar la pena privativa de libertad o se resolviere que ella no debiere ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se pagaren la multa y las costas que impusiere la sentencia (artículo 148).

3.9. Límites temporales de la prisión preventiva y término de la prisión preventiva por absolución o sobreseimiento

En primer lugar, atendido el principio de la necesidad de la medida cautelar personal, el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretará la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistieren los motivos que la hubieren justificado (artículo 152 inciso 1°).

Adicionalmente y, por otra parte, atendido el principio de la proporcionalidad, en todo caso, cuando la duración de la prisión preventiva hubiere alcanzado la mitad de la pena privativa de libertad que se pudiere esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se hubiere impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación (artículo 152 inciso 2°).

Finalmente, el legislador contempla el término de la prisión preventiva por absolución o sobreseimiento. En efecto, el tribunal deberá poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria y cuando decretare sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas (artículo 153 inciso 1°).

En tales casos, se podrá imponer alguna de las medidas cautelares de menor intensidad contempladas en el artículo 155, cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado (artículo 153 inciso 2°).

3.10. Recursos relacionados con la medida de prisión preventiva

La resolución que ordenare, mantuviere, negare lugar o revocare la prisión preventiva será apelable cuando hubiere sido dictada en una audiencia. No obstará a la procedencia del recurso, la circunstancia de haberse decretado, a petición de cualquiera de los intervinientes, alguna de las medidas cautelares señaladas en el artículo 155 (artículo 149 inciso 1°).

Tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, 433, 436 y 440 del Código Penal, y los de la Ley N° 20.000, que tengan pena de crimen (secuestro; sustracción de menores; violación; violación impropia; abusos sexuales agravados; parricidio; homicidio simple y calificado; robo con homicidio, violación u otras circunstancias de similar gravedad; robo con intimidación o violencia; robo en lugar habitado o destinado a la habitación, robo por sorpresa, crímenes de la ley de drogas, respectivamente), el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva, salvo el caso en que el imputado no haya sido puesto a disposición del tribunal en calidad de detenido. El recurso de apelación contra esta resolución deberá interponerse en la misma audiencia, gozará de preferencia para su vista y fallo y será agregado extraordinariamente a la tabla el mismo día de su ingreso al tribunal de alzada, o a más tardar a la del día siguiente hábil. Cada Corte de Apelaciones deberá establecer una sala de turno que conozca estas apelaciones en días feriados (artículo 149 inciso 2°).

En los casos en que no sea aplicable lo dispuesto en el inciso anterior, estando pendiente el recurso contra la resolución que dispone la libertad, para impedir la posible fuga del imputado la Corte de Apelaciones respectiva tendrá la facultad de decretar una orden de no innovar, desde luego y sin esperar la vista del recurso de apelación del fiseal o del querellante (artículo 149 inciso 3°).¹²⁰

¹²⁰ Incisos incorporados por Ley N° 20.253.

Debemos tener presente que en este caso la apelación no requiere ser fundada y contener peticiones concretas, como ocurre por regla general según lo previsto en los artículos 365 y 367, de lo cual quedó constancia por las adecuaciones a la redacción del artículo 149 que hizo la Comisión de Constitución del Senado.¹²¹

En consecuencia, tratándose de aquellos delitos calificados como de mayor gravedad, el imputado no podrá ser puesto en libertad mientras no se encuentre ejecutoriada la resolución que negare o revocare la prisión preventiva.

3.11. Ejecución de la prisión preventiva

a) Tribunal competente

El tribunal será competente para supervisar la ejecución de la prisión preventiva que ordenare en las causas de que conociere. A él corresponderá conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida (artículo 150 inciso 1°).

Lo normal será que sea competente para conocer de la supervisión de la ejecución de la prisión preventiva el juez de garantía conforme a la regla de la extensión (artículos 14 letra a) y 111 del COT).

Sin embargo, a partir de la remisión del auto de apertura por el juez de garantía al tribunal oral en lo penal, mediante el cual pone a disposición de éste a las personas sometidas a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales y hasta la dictación de la sentencia definitiva, será competente el tribunal oral en lo penal para conocer de las solicitudes que tengan por objeto ordenar, mantener, sustituir o revocar la prisión preventiva así como las medidas relativas a su ejecución (artículo 281 inciso 2°).

b) Lugar de ejecución de la prisión preventiva

La prisión preventiva se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilizaren para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos (artículo 150 inciso 2°).

c) Tratamiento del imputado sometido a prisión preventiva

El imputado será tratado en todo momento como inocente.

La prisión preventiva se cumplirá de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplieren funciones o por cualquier motivo se encontraren en el recinto (artículo 150 inciso 3°).

d) Medidas que debe adoptar el tribunal durante la prisión preventiva

El tribunal deberá adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquellas destinadas a la separación

¹²¹ PIEDRABUENA RICHARD, Guillermo. Ob. cit. Pág. 169. 2008.

de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad (artículo 150 inciso 4°).

e) Permiso judicial de salida del recinto penitenciario

Excepcionalmente, el tribunal podrá conceder al imputado permiso de salida.

Dicho permiso podrá ser durante el día o por un período determinado¹²². La condición para que se otorgue ese permiso, es siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva (artículo 150 inciso 5°).

Cuando se trate de delitos especialmente graves, el juez sólo podrá otorgarlo tales permisos a través de resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del permiso.

En efecto, los nuevos incisos incorporados por la Ley N° 20.253 disponen que tratándose de los delitos establecidos en los artículos 141, 142, 361, 362, 365 bis, 390, 391, artículo 2° N° 10 b) 433, 436 y 440 del Código Penal, y de los sancionados con pena de crimen en la Ley N° 20.000, el tribunal no podrá otorgar el permiso señalado en el inciso anterior sino por resolución fundada y por el tiempo estrictamente necesario para el cumplimiento de los fines del citado permiso.

f) Comunicación al tribunal de cualquier restricción impuesta por la autoridad penitenciaria al imputado

Cualquier restricción que la autoridad penitenciaria impusiere al imputado deberá ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos.

El tribunal podrá dejarla sin efecto si la considerare ilegal o abusiva, convocando, si lo estimare necesario, a una audiencia para su examen (artículo 150 inciso 6°).

4. NORMAS COMUNES A LA DETENCIÓN Y PRISIÓN PREVENTIVA

a) Orden judicial de prisión o detención

En cuanto a la forma, se establece que la orden judicial de prisión o detención debe ser escrita, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9° para casos urgentes.

Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización u orden judicial sea indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro, sin perjuicio de la constancia posterior, en el registro correspondiente. No obstante lo anterior, en caso de una detención se deberá entregar por el funcionario policial que la practique una constancia de aquélla, con indicación del tribunal que la expidió, del delito que le sirve de fundamento y de la hora en que se emitió (artículos 9° inciso final y 154 inciso 1°).

¹²² La Ley N° 20.253 eliminó los permisos con carácter indefinido.

En cuanto al contenido, se dispone que la orden contendrá:

- a) El nombre y apellidos de la persona que debiere ser detenida o aprehendida o, en su defecto, las circunstancias que la individualizaren o determinaren;
- b) El motivo de la prisión o detención, y
- c) La indicación de ser conducido de inmediato ante el tribunal, al establecimiento penitenciario o lugar público de prisión o detención que determinará, o de permanecer en su residencia, según correspondiere (artículo 154).

b) Restricción de comunicaciones al detenido o preso

El tribunal podrá, a petición del fiscal, restringir o prohibir las comunicaciones del detenido o preso hasta por un máximo de diez días, cuando considerare que ello resulta necesario para el exitoso desarrollo de la investigación.

En todo caso esta facultad no podrá restringir el acceso del imputado a su abogado en los términos del artículo 94, letra f), ni al propio tribunal. Tampoco se podrá restringir su acceso a una apropiada atención médica.

El tribunal deberá instruir a la autoridad encargada del recinto en que el imputado se encontrare acerca del modo de llevar a efecto la medida, el que en ningún caso podrá consistir en el encierro en celdas de castigo (artículo 151).

5. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES

5.1. Reglamentación

En el Párrafo VI denominado “Otras medidas cautelares personales” del Título V Medidas Cautelares Personales del Libro I del CPP, artículos 155 y 156 se regulan por parte del legislador otras medidas cautelares de menor intensidad que la prisión preventiva. Atendido a que esas medidas cautelares personales importan privaciones o restricciones de libertad de menor entidad que la privación de la libertad personal del imputado en la prisión preventiva, dichas medidas son de una aplicación preferente frente a la prisión.

Estas “otras medidas cautelares personales” no son medidas “subsidiarias” ni “alternativas” de la prisión preventiva, de allí que fundadamente se puede criticar tanto su ubicación en el código como la denominación empleada respecto de ellas.

Como analizamos precedentemente, la prisión preventiva procederá *cuando las demás medidas cautelares personales* fueren estimadas por el juez como *insuficientes* para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad (artículo 139).

El objetivo en estas medidas está dado por:

- a) Garantizar el éxito de las diligencias de investigación
- b) Garantizar la seguridad de la sociedad
- c) Proteger al ofendido, o
- d) Asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia

En consecuencia, atendidos los fines de las medidas, el principio de proporcionalidad y el carácter subsidiario de la prisión preventiva, el órgano jurisdiccional debe primeramente analizar si la finalidad cautelar se consigue a través de estas medidas, y sólo ante la insuficiencia de éstas para asegurar las finalidades del procedimiento, la seguridad del ofendido o de la sociedad, recurrir como última ratio a la prisión preventiva.¹²³⁻¹²⁴

5.2. Características

Las medidas cautelares de menor entidad que la prisión preventiva se caracterizan por cuanto:

a) Son acumulables, por lo que el tribunal puede imponer al imputado una o más de dichas medidas según resultare adecuado al caso (artículo 155 incisos 1º y 2º).

b) Decretada que sea la o las medidas, el tribunal debe ordenar las actuaciones y comunicaciones necesarias para garantizar su cumplimiento (artículo 155 inciso 2º).

c) El incumplimiento por el imputado de una o más de estas medidas cautelares personales decretadas permite al tribunal decretar la prisión preventiva (artículo 141 inciso 4º).

d) El tribunal podrá dejar temporalmente sin efecto estas medidas decretadas, a petición del afectado por ellas, oyendo al fiscal y previa citación de los demás intervinientes que hubieren participado en la audiencia 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 económicas suficientes previstas en el artículo 146 (artículo 156).

e) Estas medidas cautelares personales se rigen en cuanto a su procedencia, duración, impugnación y ejecución por las disposiciones aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opusieren a las normas especiales previstas respecto de ellas en el Párrafo VI del Título V Medidas Cautelares Personales del Libro I del CPP (artículo 155 inciso 3º).

5.3. Enumeración

El CPP se encarga en su artículo 155 de contemplar siete medidas cautelares personales de menor entidad que la prisión preventiva, y ellas son:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal.

¹²³ Conforme los datos estadísticos del boletín del Ministerio Público, durante el año 2009, el número de medidas cautelares del artículo 155 y prisiones preventivas otorgadas contabilizadas a nivel de imputados, alcanzó a 61.429 y 22.033, respectivamente.

¹²⁴ Como ejemplo de medidas "alternativas", podemos citar el uso del "brazalete electrónico GPS", que como plan piloto desarrolla la Fiscalía Metropolitana Oriente, desde septiembre de 2009.

- 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.

5.4. Requisitos

Los requisitos que deben concurrir copulativamente para que se decreten las medidas cautelares de menor intensidad que la prisión preventiva son los mismos que deben cumplirse respecto de ésta, conforme a la remisión que efectúa el artículo 155 en su inciso final, constituidos por los siguientes:

1. Que se haya formalizado la investigación por parte del Ministerio Público (artículo 155 inciso 1°).
2. Que exista una petición del Ministerio Público, del querellante o la víctima al juez para que se decrete la medida (artículo 155 inciso 1°).

En consecuencia, el tribunal no puede decretar de oficio la medida cautelar de menor entidad, al igual como acontece con la detención y la prisión preventiva.

Sin embargo, tratándose de estas otras medidas cautelares personales, la víctima se encuentra legitimada para solicitarlas, situación que no se contempla en relación con la prisión preventiva en el inciso 1° del artículo 140, lo que se relaciona con el derecho que como tal le concede la letra a) del artículo 109 a solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia.

3. Que se celebre una audiencia con la presencia del fiscal, del imputado y su defensor para resolver acerca de la petición de estas medidas (artículo 156 en relación con el artículo 142).

4. Que no se haya previsto respecto del delito que sólo sea aplicable la citación.

5. Que existen antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare (artículo 156 en relación con el artículo 140 letra a)).

6. Que existen antecedentes que permitieren presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor (artículo 156 en relación con el artículo 140 letra b)), y

7. Que existen antecedentes calificados que permitieren al tribunal considerar que la medida cautelar personal de menor entidad que la prisión preventiva como nece-

saría para el éxito de las diligencias de investigación, o la seguridad de la sociedad, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o ejecución de la sentencia (artículo 155 inciso 1º)

IV. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

1.1. Reglamentación

Las medidas cautelares reales se encuentra reglamentadas en el Título VI del Libro I del CPP (artículos 157 y 158).

1.2. Concepto

Las medidas cautelares reales son aquellas que tienen por objeto privar, limitar o disponer de los derechos patrimoniales durante el curso del proceso penal para asegurar la pretensión civil que puede hacerse valer en el proceso penal y que puede ser reconocida al momento de dictarse la sentencia definitiva en el proceso penal (artículo 157 del CPP).

Tal como vimos oportunamente, en el proceso penal puede ejercerse la acción civil, ya tanto restitutoria como indemnizatoria, y en este caso para hacer exigibles las indemnizaciones especiales, o bien conforme a las reglas generales.

Dijimos también que sólo la víctima puede ejercer la acción civil indemnizatoria en contra del imputado dentro del proceso penal, existiendo aquí una competencia acumulativa o preventiva con los tribunales civiles, en tanto que las acciones civiles ejercidas por personas distintas de la víctima, sólo pueden ser conocidas por los tribunales con competencia civil.

De la misma forma, el juez de garantía tiene una competencia privativa para el conocimiento de la acción restitutoria, que sólo puede hacerse valer dentro del proceso penal.

Ahora bien, incluso sin el ejercicio de acciones civiles, la sentencia condenatoria penal puede tener un contenido patrimonial, desde que ésta debe pronunciarse sobre la condena en costas¹²⁵, y la pena puede consistir en el pago de una multa¹²⁶, ya sea en forma única, conjunta o alternativa con otra.

Para todos estos eventos resulta necesario asegurar el cumplimiento de la sentencia, en sus aspectos patrimoniales, lo que justifica, conforme las consideraciones generales que hemos efectuado en relación a las medidas cautelares, que en el proceso penal puedan adoptarse medidas cautelares reales.

¹²⁵ Véanse artículos 45 y 46 del CPP y 139 y 140 del CPC.

¹²⁶ Véanse artículos 21, 25 y 48 del C. Penal.

1.3. Medidas cautelares reales contempladas en el Código Procesal Penal

El CPP no contempla la existencia de medidas cautelares especiales, sino que dispone que se pueden decretar una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Libro V del Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, al remitirse al Libro V del CPC, el legislador procesal penal permite aplicar en el proceso penal todas aquellas reguladas en dicho capítulo, esto es, las enumeradas en el artículo 290 de ese cuerpo legal, es decir, el secuestro, el nombramiento de uno o más interventores, la retención y prohibición de celebrar actos y contratos, y también las restantes medidas no expresamente autorizadas por la ley conforme a lo establecido en el artículo 298 de dicho Código (artículo 157 del CPP).

Sobre la materia, se ha señalado que en relación con la posibilidad de otorgamiento de las medidas no expresamente autorizadas por la ley conforme a lo establecido en el artículo 298 el asunto es discutible, ya que no hay duda de que estas medidas también se encuentran *autorizadas* en el mencionado título V, la naturaleza del proceso penal parece sólo conformarse con medidas expresamente previstas por el legislador y no con aquellas que quedan abiertas a la imaginación de las partes y a la discrecionalidad judicial.¹²⁷

En todo caso, lo que resulta trascendente es distinguir el propósito que persigue la medida, para distinguir si nos encontramos en presencia de una medida cautelar real o más bien ante una medida que sólo tiene por objeto afectar bienes al éxito de la investigación penal para acreditar el delito o la participación.

En efecto, lo normal será que se persiga afectar bienes para satisfacer una pretensión civil indemnizatoria que puede hacerse valer sólo por la víctima en contra del imputado en el proceso penal y, en tal caso, la retención y prohibición de celebrar actos y contratos serán las medidas cautelares reales que normalmente estarán destinadas al cumplimiento de ese propósito, teniendo la primera una consecuencia de perturbación material y jurídica, y la segunda sólo una perturbación del derecho de disposición jurídica del bien.

Sin embargo, durante el curso de la investigación se suele perturbar la disposición a lo menos material de los bienes de cualquier persona, como ocurre con la incautación que debe hacerse de los objetos, instrumentos, documentos y efectos de cualquier clase que parecieren haber servido o haber estado destinados a la comisión del hecho investigado, o los que de él provinieren, o los que pudieren servir como medios de prueba, así como los que se encontraren en el sitio del suceso, los que deben ser recogidos, identificados y conservados bajo sello por el Ministerio Público (artículos 187 y 188). Dichas medidas son incautaciones autorizadas por el legislador, las que no tienen un efecto cautelar real respecto de la acción civil indemnizatoria, sino que una finalidad cautelar probatoria respecto de la pretensión penal.

¹²⁷ MARÍN G., Juan Carlos. Ob. cit. Págs. 77 y 78. 2004.

En consecuencia, los requisitos de procedencia, titularidad activa y pasiva, procedimiento y efectos de las medidas de incautación no se rigen en manera alguna por las normas referentes a las medidas cautelares reales que están destinadas a garantizar la satisfacción de la pretensión privada de indemnización que puede hacer valer la víctima en el proceso penal en contra del imputado, y no a asegurar los elementos probatorios de una investigación que permita con posterioridad hacer valer la acusación y obtener la dictación de la sentencia definitiva que haga efectiva la pretensión punitiva estatal en contra del imputado.

1.4. Requisitos

Debe tenerse en cuenta que al remitirse el CPP a las normas del CPC lo hace también respecto de los presupuestos de concesión de las medidas precautorias, cuyo requisito de orden general está constituido por la exigencia del *fumus boni iuris* en orden a que el peticionario acompañe los “*comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama*” (artículo 298 CPC).

Dicho *fumus boni iuris* o apariencia, justificación del derecho subjetivo, en el proceso civil está constituido por todo medio de prueba que sirva para acreditar, verificar, confirmar o demostrar la pretensión ejercida. Comprobantes no es ni por mucho, sinónimo de documentos, ya que comprobar implica “*verificar, confirmar una cosa por medio de cotejo o de demostración*”.

Por su parte presunción grave no está referida a su concepto legal como medio de prueba, sino como aquel conjunto de antecedentes que permiten demostrar la verosimilitud del derecho invocado. No se exige por cierto, la formación de certeza, sino precisamente aquel “*humo que colorea el buen derecho*”, un principio de existencia del hecho de que se trata.

Ahora bien al exigirse para solicitar una medida precautoria en el proceso penal que el peticionario acompañe comprobantes que constituyan a lo menos presunción grave del derecho que se reclama, nos reenvía a la determinación del grado de convicción que debe existir respecto del hecho y la participación del imputado, ya que el derecho que se reclama deriva de la comisión del delito, cuestión que analizamos a propósito de la prisión preventiva, a la que nos remitimos en este apartado.

En la especie, no cabe duda que si la medida cautelar real en el proceso penal puede ser dirigida en contra de un imputado, y que la resolución que la dispone importa una clara perturbación de los derechos fundamentales de éste, sólo podrá ser solicitada cuando existan antecedentes de los cuales pueda desprenderse a lo menos un cierto grado de probabilidad en cuanto a la existencia del delito y la participación, lo que sólo podrá apreciarse en el proceso penal a partir de la formalización de la investigación. En este sentido, debemos tener presente que disponen los incisos 1º y 2º del artículo 61 que “*con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima podrá preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que*

considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184. Asimismo, se podrá cautelar la demanda civil, solicitando alguna de las medidas cautelares reales previstas en el artículo 157”.

En este sentido se ha resuelto que *“las medidas cautelares reales, si bien están destinadas a asegurar en ciertos casos fines procesales no estrictamente penales (...), sólo lo están en el contexto de un proceso penal en el cual el órgano que detenta la persecución criminal (...) haya formulado una imputación formalmente, cuyo contenido fáctico pueda ser conectado con la pretensión cautelar real del querellante (...) el artículo 230 del Código Procesal Penal exige al fiscal, para solicitar medidas cautelares (sin distinguir entre las reales y las personales), que previamente haya formalizado la investigación. Si bien es cierto que se excluye a la víctima de dicha disposición, no existe razón alguna para no extender a ella tal exigencia”*.¹²⁸

Además, es necesario que concurra el *periculum in mora*, configurado por la existencia de motivos graves y calificados que permiten presumir que la falta o demora en la concesión de la medida se traducirá en serios perjuicios para la víctima al no poder ver satisfecha su pretensión indemnizatoria de ser acogida en la sentencia penal condenatoria, porque el inculpado intente ocultar, disipar, vender o gravar sus bienes. Para tal efecto, deberá en su solicitud de precautoria determinar el monto de los bienes sobre los cuales recaerá la medida conforme a lo previsto en el artículo 279 de CPC, los que deberán ser proporcionales a la pretensión civil indemnizatoria que la víctima puede ver satisfecha en el proceso.

Finalmente, deberá rendirse caución u otra garantía suficiente a efectos de responder de los eventuales perjuicios que se causen con la medida cautelar solicitada en contra del imputado.

1.5. Sujetos legitimados activos para solicitarlas

Sólo se encuentran legitimados para solicitarlas el Ministerio Público o la víctima, no pudiendo decretarlas de oficio el tribunal, como acontecía en el antiguo Código de Procedimiento Penal (artículo 157 del CPP), ni poder solicitarlas una persona afectada por el delito materialmente pero que no reviste el carácter de víctima, dado que no puede ejercer la acción civil en el proceso penal (artículo 59 inciso 3°).

Por su parte, la titularidad del ejercicio de medidas cautelares respecto del Ministerio Público se refiere sólo a las multas y costas, desde que aquél no se encuentra facultado para deducir demandas civiles de ninguna naturaleza.

¹²⁸ Sentencia 24.6.2006. RIT 2396-2005. RUC 0510018515-8. Pronunciada por Luis Francisco Avilés M. Juez Titular 8° Juzgado Garantía Santiago. Págs. 255 y Sgtes. *Revista Centro de Estudios de la Justicia* N° 7. Año 2006.

1.6. Sujeto pasivo

Sólo se pueden decretar medidas precautorias reales en contra del imputado, dado que no es posible ejercer una demanda civil en el nuevo proceso penal en contra de los terceros civilmente responsables, conforme lo ya señalado (artículos 59 inciso 3º y 157).

“El presupuesto material de toda medida cautelar, penal o civil, en el proceso penal es pues, la imputación. Sin el imputado no existe posibilidad alguna de adopción de medidas cautelares, bien sean personales o reales”.¹²⁹

1.7. Oportunidad para solicitarlas

El CPP dispone que las medidas cautelares reales puede solicitarse *durante la etapa de investigación*.

Se deben solicitar al juez de garantía en las siguientes oportunidades:

a) En cualquier etapa del período de la investigación, en cuyo caso deberá deducirse por escrito y se regirán por las normas de las medidas prejudiciales precautorias previstas en el Libro IV del Libro II del Código de Procedimiento Civil. Sin embargo, en este caso, concedida la medida, el plazo para presentar la demanda se extiende hasta 15 días antes de la fecha fijada para la audiencia de preparación del juicio oral, debiendo en su demanda solicitar que se decreten una o más de dichas medidas (artículo 157 inciso 1º en relación con los artículos 60 y 261 letra d).

b) La víctima, al deducir la demanda civil, puede solicitar que se decrete una o más de dichas medidas precautorias. En este caso, estimamos que al no tratarse de una medida prejudicial precautoria, debería tramitarse conforme a las normas previstas en el artículo 302 del Código de Procedimiento Civil.

1.8. Recursos

La resolución del juez de garantía que negare o diere lugar a la medida cautelar real es apelable (artículo 158 CPP), el que debe concederse en el solo efecto devolutivo (artículo 368 CPP).

1.9. Alzamiento

Las medidas cautelares reales decretadas contra el acusado deben ser alzadas, luego de comunicada la sentencia penal absolutoria y de haberse rechazado la demanda civil deducida en su contra (artículos 347, 355 y 368 CPP).

¹²⁹ GIMENO SENDRA, Vicente. Ob. cit. Tomo II. Pág. 354. 1991.

DERECHO PROCESAL PENAL

Cristián Maturana Miquel
Raúl Montero López

En el proceso penal el litigio surge de la pugna existente entre, por una parte, el interés del Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva que emana de la comisión del delito y, por otro lado, el interés de mantención de la libertad de aquellos en contra de quienes se dirige la imputación estatal. Consecuentemente, la pretensión punitiva, por una parte, y la pretensión de libertad, por la otra, son los elementos estructurantes de todo proceso penal.

Al cumplirse una década desde la entrada en vigencia parcial del actual sistema procesal penal, esta obra pretende servir como guía introductoria al estudio del proceso penal, entregando una mirada integral sobre él, sus instituciones, principios y objetivos, analizando descriptiva y normativamente las instituciones e integrando la necesaria referencia a la doctrina y la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre algunos de sus aspectos más relevantes.

Este libro recoge en ocho capítulos los fundamentos, instituciones y procedimientos del proceso penal estatuido por el Código Procesal Penal chileno.

El capítulo Primero se refiere al proceso penal en general y a los distintos sistemas procesales existentes, abarcando el debido proceso, las características, las fuentes, contenido, los fines, principios y garantías del actual sistema chileno. En el capítulo Segundo se abordan, estructuran y desarrollan los diversos sujetos procesales, es decir, todos aquellos que se encuentran facultados para intervenir en la persecución penal. Se refiere, por ende, este capítulo al tribunal, al Ministerio Público, a la Policía, al Imputado, a la defensa, a la víctima y al querellante.

El capítulo Tercero se refiere a la acción dentro del proceso penal, tanto aquella de esta naturaleza, como la acción civil que emana de la comisión del ilícito.

El capítulo Cuarto está reservado para la conceptualización y análisis de la competencia en materia penal y a las disposiciones comunes a todo procedimiento, los plazos, notificaciones y citaciones judiciales y del Ministerio Público, el registro de las actuaciones y las resoluciones judiciales.

En el capítulo Quinto se desarrollan y analizan las medidas cautelares en el proceso penal, la garantía afectada por ellas, su relación con el principio de inocencia, los principios que las rigen y el estudio en particular de la citación, la detención, la prisión preventiva, las medidas cautelares de menor intensidad y aquellas cautelares de tipo real.

El capítulo Sexto desarrolla en detalle el procedimiento ordinario por crimen o simple delito de acción penal pública y sus diversas etapas, los principios de actuación del Ministerio Público y las distintas decisiones de éste que pueden afectarle, las formas de darle inicio, los medios de control del ejercicio de la acción, el principio de oportunidad y las salidas alternativas, la etapa de preparación del juicio oral, el juicio oral y la sentencia.

En el capítulo Séptimo se abordan diversos aspectos relacionados con la prueba, los grados de conocimiento, los medios establecidos para el control de la convicción, el debido proceso, los principios formativos, el objeto y limitaciones de la prueba y su carga, el procedimiento probatorio, los diversos sistemas de prueba y los distintos medios de prueba consagrados por el legislador.

El capítulo Octavo se hace cargo de entregar las nociones básicas acerca de algunos procedimientos especiales, tanto de aquellos propiamente tales, como los denominados procedimientos previos o antejuicios. Dentro de los primeros, se describe el procedimiento abreviado, el procedimiento simplificado, el procedimiento monitorio, el procedimiento por crimen o simple delito de acción penal privada; dentro de los segundos, se refiere al procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, la querrela de capítulos, la extradición y la situación del imputado enajenado mental.

DERECHO PROCESAL PENAL
CRISTIÁN MATURANA MIQUEL
RAÚL MONTERO LÓPEZ
Formato 18,5 x 26 cm.
538 págs.
AbeledoPerrot
LegalPublishing

 **AbeledoPerrot®**
LegalPublishing®



9 789562 389136

CÓD.: LE1-391