María Inés Horvitz Lennon
Julián López Masle

DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO

LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACION DEL JUICIO

LA PRUEBA

LA ETAPA DEL JUICIO ORAL

LOS RECURSOS

LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

TOMO II

Copia privada para fines exclusivamente educacionales. Prohibida su venta

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

DERECHO
PROCESAL PENAL CHILENO

Tomo II

- LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACION DEL JUICIO
- LA PRUEBA
- LA ETAPA DEL JUICIO ORAL
- LOS RECURSOS
- LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
- EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
- LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

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

© MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Carmen 8, 4° piso, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 144.078, año 2004
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición
de 1.500 ejemplares en el mes de diciembre de 2004

IMPRESORES: Imprenta Salesianos S. A.

IMPRESO EN CHILE / PRINTED IN CHILE

ISBN 956-10-1584-6

MARIA INES HORVITZ LENNON
JULIAN LOPEZ MASLE

DERECHO PROCESAL PENAL CHILENO

Tomo II

- LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACION DEL JUICIO
- LA PRUEBA
- LA ETAPA DEL JUICIO ORAL
- LOS RECURSOS
- LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES
- EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD
- LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

EDITORIAL
JURIDICA
DE CHILE

ABREVIATURAS

BGHSt ..	Bundesgerichtshof (Strafrecht)
CADH ...	Convención Americana de Derechos Humanos
CdPP	Código de Procedimiento Penal (1906)
CE	Constitución española
COT	Código Orgánico de Tribunales
CP	Código Penal
CPC	Código de Procedimiento Civil
CPP	Código Procesal Penal
CPR	Constitución Política de la República
CS	Corte Suprema
GTZ	Gesellschaft für technische Zusamenarbeit
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
JZ	Juristenzeitung
LECBA ..	Ley de Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas
LECr	Ley de Enjuiciamiento del Poder Judicial
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LT	Ley del Tránsito
LTESP ...	Ley de Tráfico de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZSt	Neue Zeitschrift für Strafrecht
OPP	Ordenanza Procesal Penal alemana
PIDCP ...	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PJ	Poder Judicial
RCP	Revista de Ciencias Penales
RDJ	Revista de Derecho y Jurisprudencia
REJ	Revista de Estudios de la Justicia
RIDPP ...	Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale
RP	Reglamento Penitenciario
RPP	Revista Procesal Penal
StPO	Strafprozessordnung
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
TCE	Tribunal Constitucional español
TEDH ...	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
UDP	Universidad Diego Portales
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

VIII. LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACION DEL JUICIO*

1. ORIGEN Y FUNDAMENTO. BREVE PANORAMA DEL DERECHO COMPARADO

La etapa intermedia o de preparación del juicio surge, como tal, a partir del siglo XIX, con el establecimiento del instituto de la clausura de la instrucción criminal como presupuesto necesario para pasar a la fase de juicio oral. La función primordial de esta etapa ha sido y continúa siendo la de controlar el requerimiento acusatorio del fiscal y, más precisamente, evitar que cualquiera pueda ser acusado sin fundamento suficiente.[1]

En el derecho comparado es posible encontrar tres sistemas de control de la acusación o procedimiento intermedio.[2] El primero consiste en la apertura directa del juicio; en este sistema, la defensa carece de la facultad para manifestarse sobre el mé-

---

* Capítulo preparado por María Inés Horvitz L.

[1] VARELA CASTRO (L.), en ANDRES IBAÑEZ (P.) y otros: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 157. Es posible encontrar antecedentes históricos acerca del ejercicio de control sobre la acusación en diversos sistemas de enjuiciamiento de la antigüedad. Así, en el procedimiento griego ante los *heliastas*, la acusación se presentaba ante el *arconte*, quien examinaba la acusación desde un punto de vista formal y, aparentemente, también sus fundamentos en PETRIE (A.), *Introducción al estudio de Grecia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1988, pp. 93 y ss., JAEGER (W.), *Paideia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, pp. 103 y ss.; en Roma, la *accusatio* estaba sujeta a control para luego elegirse un acusador para la formulación de la *nominis delatio*, en la cual se designaba al acusado y el hecho atribuido (MOMMSEN (T.), *Derecho penal romano*, Temis, Bogotá, 1991, p. 229).

[2] Cfr. ALVAREZ (A.), "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio público", en AA.VV. *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. del Puerto, Buenos Aires, 1993, pp. 153 y ss.

rito de la investigación preparatoria y sólo puede invocar hechos que paralizan temporalmente el procedimiento o dan lugar al sobreseimiento definitivo de la causa. Es el caso de las legislaciones que conservan fuertemente una matriz inquisitiva.

El segundo sistema contempla un control de la acusación que sólo puede ser provocado por un acto de oposición a la apertura del juicio efectuado por la defensa; si ello no ocurre, se pasa directamente al juicio. Esta es la situación del Código Procesal Penal federal argentino, y, en general, del modelo tomado de los códigos italianos de 1913 y 1930 que informaron la reforma en la provincia de Córdoba, en 1939, y que fuera, también, adoptado por el Código Procesal Penal de Costa Rica. También es la solución adoptada por el ordenamiento jurídico austríaco y el portugués, en los que, una vez formulada la acusación por el ministerio público, la fase intermedia y el control judicial de la acusación sólo tienen lugar cuando el acusado así lo solicite.[3]

El último sistema es el que proclama la obligatoriedad del control de la acusación, esto es, la formulación de la acusación siempre provoca la evaluación de su mérito, independientemente de la eventual oposición de la defensa. En consecuencia, el juez puede rechazar la acusación, entre otras razones, por insuficiencia de los fundamentos que permiten realizar un juicio público contra una persona. En efecto, el control jurisdiccional de la acusación es, en realidad, un control de *legalidad* sobre el ejercicio de aquella, esto es, la verificación de concurrencia de los presupuestos legales que autorizan tal ejercicio[4] y, por ello, se configura esencialmente como un control de carácter *negativo.*

En los ordenamientos jurídicos europeos, en general, la fase intermedia se configura nítidamente como un control negativo sobre la acusación, especialmente en aquellos en que el ministerio público tiene a su cargo la dirección de la investigación de los delitos, como es el caso de Alemania, Italia o Portugal. Incluso en Francia, en que la investigación preparatoria se en-

[3] ORMAZABAL (G.), *El período intermedio como fase autónoma del proceso penal,* McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 2, 5 y 6. En España, todavía se discute la extensión y contenido de la fase intermedia, cuya regulación en la ley no es explícita (ibíd., pp. 6 y ss.).

[4] Cfr, FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal.* Ed. Trotta, Madrid, 1995, pp. 34-35.

cuentra entregada al juez de instrucción, existe un período intermedio cuyo objeto es revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación formulada, para resolver si procede o no abrir el juicio.[5] Este control negativo, como hemos visto, se asienta en la idea que el Estado de Derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si la imputación está provista de fundamento serio como para, eventualmente, provocar una condena.[6]

En la Ordenanza Procesal Penal alemana se regula expresamente el denominado "procedimiento intermedio" o "decisión acerca de la apertura del procedimiento principal". Esta fase tiene lugar una vez cerrada la etapa de investigación preparatoria y siempre que no se haya decretado el sobreseimiento del caso. En ella se examina la fundamentación fáctica y jurídica de la acusación y de los presupuestos de admisibilidad del juicio. En otras palabras, el control recae sobre la verosimilitud de las imputaciones dirigidas contra el acusado y sobre la probabilidad de una condena (*Verurteilungs wahrscheinlichkeit*) a la luz de un examen fáctico (*Tatverdachts prüfung*) y jurídico (*Schlüssigkeits prüfung*)[7] de la acusación. Si el tribunal considera que no existe sospecha suficiente de haberse cometido el delito imputado, decidirá la no apertura del procedimiento principal (*Nichteröffnungs-beschuss*).[8-9] Además, esta fase cumple la función de garantizar al acusado el derecho a ser oído respecto de la acusación deduci-

[5] ORMAZABAL SANCHEZ (G.),: *El período intermedio*, cit., pp. 5 y 6.

[6] ALVAREZ (A.), "El control de la acusación", en *Revista Pena y Estado N° 2* (Ministerio público), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 15 y ss., p. 16.

[7] En la doctrina alemana, para que el fiscal inicie la investigación de un delito se requiere que existan "suficientes puntos de apoyo de carácter fáctico" (§ 152.2 StPO), esto es, la denominada sospecha inicial simple (*einfache Anfangsverdacht*), mientras que para la apertura del juicio oral, el estándar es bastante más exigente: se requiere que el inculpado, a la vista de las actuaciones de la instrucción, resulte suficientemente sospechoso de la comisión de un delito (§ 203 Ordenanza Procesal Penal alemana). Cfr. BRUNS (H.J.), "Tatverdachtsprüfung und Schlüssigkeitsprüfung im Strafprozessualen Ermittlungsverfahren", en *Gedächtnis für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 863 y ss.; ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, cit, pp. 265 y ss.

[8] En este caso, el ministerio público tiene la posibilidad de interponer la denominada queja inmediata (*sofortige Beschwerde*). Transcurrido el plazo de queja sin haberse interpuesto o deducido el recurso y rechazado por el tribunal competente, la acusación sólo es reanudable cuando aparezcan hechos o medios de prueba nue-

da en su contra.[10] De este modo, el acusado tiene la posibilidad de influir sobre la decisión de apertura del juicio a través de solicitudes de prueba y el planteamiento de incidencias u objeciones; incluso puede solicitar –y el tribunal dictar *ex officio*– nuevas diligencias de investigación para aclarar los hechos materia de la acusación.

Semejante a la alemana es la regulación de la etapa intermedia en el *Codice di Procedura Penale italiano*. Concluida la fase de investigación preparatoria (*indagine preliminare*) sin que el fiscal proceda al archivo de las actuaciones, se abre una etapa contradictoria denominada audiencia preliminar (*udienza preliminare*) ante un órgano judicial unipersonal, durante la cual se debate sobre los resultados de la investigación.[11] Tanto el acusador como el imputado pueden solicitar la práctica de diligencias que estimen conducentes para determinar si procede admitir la acusación; el propio tribunal puede actuar de oficio en tal sentido, pudiendo examinar la evidencia aportada por las partes y decidir si dispone la apertura del juicio o el sobreseimiento de la causa.[12]

Otro modelo relevante a tener en cuenta es el que rige en los Estados Unidos de Norteamérica. Antes que se presente la acusación (*indictment* o *information*) por el fiscal, el imputado tiene derecho a la denominada audiencia preliminar (*preliminary hearing*), la que puede renunciar. Dicha audiencia tiene por ob-

vos (cfr. SCHLÜCHTER (E.), *Derecho procesal penal*, 2ª ed. (revisión traducción Esparza (I.), y Planchadell (A.)), Tirant lo Blanch/EuWi, 1999, pp. 106 y ss.

[9] En Alemania, el tribunal competente para conocer el procedimiento intermedio es el juez letrado del tribunal del juicio oral, esto es, sin la integración de los jueces escabinos. Teniendo en consideración la importancia del juez letrado en un tribunal mixto, se ha suscitado alguna polémica sobre la falta de imparcialidad de este tribunal, pues, en caso de una decisión positiva de apertura del juicio, concurriría prejuiciado al juicio oral, en la medida que ha declarado al acusado suficientemente sospechoso de la comisión del hecho punible. La solución se ha visto en poner esta fase del procedimiento a cargo de un órgano jurisdiccional distinto del que conocerá de la audiencia principal. Al respecto, vid. ROXIN (C.), *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed. München, 1993, pp. 281 y ss.

[10] LESCH (H.H.), *Strafprozessrecht*, J.A. Studienskript 5, Luchterhand, Berlin, 1999, p. 5.

[11] DELMAS-MARTY (M.) (Dir.), *Procesos penales en Europa*, Ed. Edijus, Zaragoza, 2000, pp. 362 y ss.

[12] ORMAZABAL (G.), *El período intermedio*, cit, p. 5; STILE (J.), "Die reform des Strafverfahrens in Italien", en ZStW 104, 1992, Nº 2, PP. 437 y ss.

jeto el control, por parte del tribunal, de la suficiencia de los cargos para ser llevados a juicio. Tiene carácter contencioso y pueden aportarse pruebas por ambas partes. Lo más habitual será que el fiscal traiga a sus testigos principales y que la defensa los contrainterrogue. La audiencia concluye con la resolución judicial que decide elevar la causa a juicio (*bind the case over*) o bien la desestimación del caso.[13]

En todos estos sistemas, el control judicial de la acusación se presenta como un medio para evitar la arbitrariedad, parcialidad o ausencia de sustento de la misma, especialmente en aquellos en los que existe el monopolio fiscal de la acusación. Se considera que la sola apertura del juicio oral constituye por sí misma un gravamen que el imputado no debe soportar sin evidencia suficiente, pues son de sobra conocidos los perjuicios que tal hecho acarrea para sus derechos fundamentales. El reproche público de la imputación de un delito y la publicidad de las actuaciones del juicio ponen, de hecho, en entredicho la honorabilidad del ciudadano acusado e inciden directamente en sus derechos al honor y a la propia imagen. Por tal motivo, la admisibilidad de la acusación exige un juicio valorativo previo sobre los fundamentos de la misma.[14] Dicho juicio debe ser

[13] HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 183 y ss. La función antes señalada es desempeñada por el *Grand Jury* o jurado de acusación cuando se trata de delitos capitales o "crímenes infamantes", derecho que aparece garantizado en la Quinta Enmienda de la Constitución americana. Aunque casi todos los Estados prevén la intervención del Gran Jurado, sólo algunos la requieren obligatoriamente y, en tal caso, restringida al ámbito de los *felonies* o de los delitos que tengan asignada la pena máxima.

[14] Se suele distinguir entre el derecho a la acción penal y el derecho de penar del Estado, que está en la base del primero, en virtud de lo cual no basta la admisibilidad de la acción, sino que ella ha de estar suficientemente fundamentada. Por ello, "una cosa es que la existencia del proceso se condicione a la existencia de acusación, y otra, que el ejercicio de la acusación se presente como un derecho absolutamente incondicional y abstracto, desvinculado de la verosimilitud de los hechos objeto de la acusación, del examen de su tipicidad y de la responsabilidad del sujeto a cuyo cargo se ponen" (ORMAZABAL (G.), *El periodo intermedio del proceso penal* (cit.), pp. 24 y 26). La doctrina utiliza expresiones muy diversas para designar esta función: "control negativo de la acusación"; "juicio de acusación"; "control jurisdiccional sobre la fundabilidad de la acusación" (empleadas por ORTELLS RAMOS en "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)", en Revista General de Derecho, 1993, pp. 7193 y ss., y por GIMENO SENDRA (V.), *Derecho Procesal*, tomo II *(Proceso Penal)*, Valencia, 1992, p. 402).

compartido por, al menos, dos órganos de la administración de justicia.[15] Ya la doctrina alemana de la posguerra se había preguntado si el control *judicial* de la acusación resultaba un presupuesto exigido por la Constitución para que el imputado pudiera adquirir el estatus de acusado o si, por el contrario, bastaba con el control ejercido exclusivamente por el ministerio público. La respuesta fue que el control judicial constituía un requisito de orden constitucional (*Richtervorbehalt*) para la protección del acusado ante juicios orales injustificados.[16] En consecuencia, en estos modelos el ministerio público carece de la prerrogativa de llevar autónomamente su acusación a juicio, pues existe la posibilidad de una intervención judicial vinculante, aun contra la voluntad del acusador.

En definitiva, por decisivo o central que resulte el papel que se atribuya en un sistema procesal al órgano oficial encargado de la persecución penal, no parece aconsejable prescindir del control judicial negativo de la acusación, dejando librada la decisión de llevar el caso a juicio al exclusivo arbitrio del fiscal. En Alemania, SCHMIDT propuso abiertamente la supresión de la fase intermedia por considerarla superflua y dilatoria, invocando la calidad de órgano cuasi-judicial del Ministerio público y sus deberes de objetividad y búsqueda de la verdad material a que lo obliga el ordenamiento jurídico, circunstancias que impedirían formular acusaciones inconducentes.[17] Sin embargo, ya hemos denunciado los problemas que plantea la atribución de tales características al órgano estatal, cuya principal función es llevar adelante la persecución penal de los delitos; esta tarea entra en conflicto abiertamente con su deber de custodio de la legalidad, el que eventualmente puede ser sacrificado en aras de la primera.[18]

---

[15] En este sentido, claramente, SCHLÜCHTER (E.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 106.

[16] HEGHMANNS (G.), *Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, Münich, 1991, pp. 68 y ss.; KUCKEIN; "Revisionsrechtliche Kontrolle der Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschlüsse", en *Strafverteidigerforum* N° 97, pp. 33 y ss.

[17] SCHMIDT (E.), "Anklageerhebung, Eröffnungsbeschluss, Hauptverfahren, Urteil. Betrachtungen zur Strafprozessreform", en *Neue Juristische Wochenschrift* (NJW), 1963, pp. 1083 y ss.

[18] Vid. tomo I, capítulo III, A.2.3.2.2. y VII.B.1.3.

2. LA ETAPA DE PREPARACION DEL JUICIO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO CHILENO

La finalidad principal de la investigación preparatoria en el sistema de enjuiciamiento criminal adoptado en Chile consiste en recoger evidencia probatoria suficiente que permita fundar una acusación en contra de una persona por un hecho constitutivo de delito. Sin embargo, cuando ello ocurre, no se pasa automáticamente al juicio. Se contempla en forma expresa, en el Código Procesal Penal, una fase intermedia que separa la investigación preparatoria de la realización del juicio. Dicha etapa comienza con la formulación de la acusación y culmina con la resolución jurisdiccional de apertura del juicio oral. Pero a diferencia de la gran mayoría de los sistemas del mismo ámbito jurídico-cultural, la etapa intermedia no cumple con la función de control negativo de la acusación que habitualmente se le asigna en la legislación comparada. En efecto, el control de la acusación es meramente formal y no sobre su mérito. Sólo abarca la corrección de los vicios formales de que ella pudiera adolecer, así como la resolución de todas aquellas incidencias que pudieran dilatar la realización ininterrumpida del juicio.

Como señaláramos antes, en Alemania el tribunal examina el fundamento de la acusación o del requerimiento de cierre del procedimiento, decidiendo si debe procederse a la apertura o no del procedimiento principal; incluso, existe la posibilidad de que se ordene la realización de una instrucción complementaria. En la regulación del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, que constituyó una importante fuente del CPP chileno,[19] se contempla expresamente la posibilidad de que el tribunal rechace la acusación y dicte sobreseimiento (absolución anticipada) con la consiguiente clausura de la persecución penal en dos hipótesis: a) cuando resulte con evidencia la falta de alguna de las condiciones que habilita la imposición de una pena, salvo que correspondiere proseguir el procedimiento para decidir exclusivamente sobre la aplicación de una medida de se-

[19] Vid. Mensaje del Proyecto del Ejecutivo, de 13 de junio de 1996 y PFEFFER, *Código procesal penal*, cit. passim, quien al concordar e indicar los antecedentes y discusión parlamentaria de cada precepto del CPP, señala la fuente considerada en su redacción.

guridad y corrección; y b) cuando, a pesar de la falta de certeza, no existiere, razonablemente, la posibilidad de incorporar nuevos elementos de prueba y fuere imposible requerir, fundadamente, la apertura del juicio (art. 278). En la Exposición de Motivos del Código Modelo se justifica la opción adoptada al señalarse que "el juicio oral y público es de tal importancia, tanto para quien es perseguido en él cuanto para la misma administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal. Desde este punto de vista, se tiende a racionalizar la administración de justicia, evitando juicios inútiles por defectos de la acusación. En el Código, por ello, el tribunal controla el requerimiento de apertura del juicio, sin encontrarse vinculado a los dictámenes del ministerio público, por tanto, con facultades para sobreseer (absolver anticipadamente) o modificar la acusación".

El fundamento del apartamiento del Código de sus modelos del derecho comparado aparece explicitado en el Mensaje Presidencial que le dio origen.[20] La decisión legislativa se justificó en la necesidad de evitar la intromisión judicial en la función acusatoria del ministerio público. En el Mensaje se señala que "En cuanto al control judicial de la acusación, éste se limita a la facultad del juez para ordenar la corrección de vicios formales y a la posibilidad de rechazar la acusación decretando el sobreseimiento definitivo cuando se aleguen causales que se enumeran en forma taxativa, y siempre que su demostración no requiera la realización de actividades probatorias[21] (...)". Más adelante agrega: "Las razones para proponer esta forma limitada de control de la acusación, que se aleja de la mayoría de los modelos extranjeros, dicen relación con, por una parte, evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate, y con cautelar la independencia judicial, por la otra, re-

[20] Cfr. Mensaje N° 110-331, de 9 de junio de 1995.

[21] En rigor, no se trata del *rechazo* de la acusación, en el sentido de un control negativo, pues como se desprende del artículo 248 CPP, la solicitud de sobreseimiento definitivo o temporal por parte del fiscal implica que aquél ha desistido de la formulación de la acusación; en tal caso, el juez de garantía cita a una audiencia especial que, en ningún caso, es la audiencia de preparación del juicio (vid. tomo I, capítulo VII, B.10.2.).

afirmando el principio de que la promoción de la persecución penal corresponde a los fiscales y no a los jueces. La entrega a los jueces de amplias facultades para rechazar la acusación por insuficiencia de pruebas u otros motivos similares con fines de garantía para el acusado importaría una aprobación de aquellas acusaciones que pasen a la etapa del juicio, produciéndose con ello una intromisión judicial en la función acusatoria".

La justificación para omitir el control judicial negativo de la acusación, fundado en la suficiencia del mérito de la misma, radicaría pues en la necesidad de erradicar, para evitar cualquier rebrote inquisitivo, toda posibilidad de intervención de los jueces en la decisión de acusar. Resulta llamativo, sin embargo, que sí se haya adoptado la institución del forzamiento de la acusación prevista en la Ordenanza Procesal Penal alemana, esto es, el control *positivo* de la acusación por parte del querellante o, lo que es lo mismo, la intromisión de la víctima en la función del ministerio público, función eminentemente *pública,* al menos en los delitos de persecución penal pública.[22] En dicho control cumple una función relevante el propio juez de garantía, quien es, en definitiva, el que autoriza al querellante para que sostenga autónomamente la acusación en el juicio, a pesar de la abstención del ministerio público. En este caso la intromisión indirecta del juez sobre la acusación no es rechazada.

En consecuencia, aparece *reforzada* la primacía de la acusación, tanto si depende de la voluntad del órgano acusador público como del acusador privado, en detrimento de la posición de la defensa frente a la misma. Cabe preguntarse si esta situación vulnera la reserva judicial de ponderación de intereses en conflicto que la Constitución establece para el evento de que uno de dichos intereses sea un derecho fundamental. Como se destacó anteriormente, en Alemania se considera que el control judicial negativo es una exigencia constitucional que emanaría del artículo 19.IV de la Ley Fundamental alemana.[23] Se señala que "la autorización judicial de la acusación representa el instrumento jurídico constitucionalmente obligado para la protección del

[22] Sobre las críticas a esta tendencia, vid. t. I, cap. III. E.2.

[23] Así, el planteamiento de HEGHMANNS (*Das Zwischenverfahren im Strafprozess*, cit., pp. 68 y ss.) y las objeciones al mismo, vid. ORMAZABAL (G.), *El período intermedio*, cit., pp. 29-30.

acusado ante juicios orales injustificados".[24] Si entendemos que la sola formulación de la acusación y la consiguiente apertura del juicio es apta para privar, perturbar o restringir el ejercicio de los derechos constitucionales de una persona,[25] pareciera posible fundar la exigencia de un control judicial negativo de la acusación en base al artículo 80-A de la Constitución chilena.

2.1. TRIBUNAL COMPETENTE

En el derecho comparado existen, fundamentalmente, dos modelos posibles. En primer lugar, está el caso alemán, en que es el juez profesional o letrado del tribunal del juicio el competente para resolver sobre las solicitudes e incidencias que se planteen en esta etapa del procedimiento.[26] Este modelo presenta ventajas desde el punto de vista de la organización del juicio, porque interviene en la fase intermedia quien luego presidirá la audiencia principal; en consecuencia, sabe de qué modo sus decisiones repercutirán en el desarrollo del juicio. Sin embargo, plantea una objeción fundamental: el juez presidente pierde su imparcialidad, especialmente al resolver sobre las pruebas que serán presentadas al juicio. Como señala BOFILL, "si es un juez del tribunal del juicio quien tiene a su cargo decisiones tales como excluir el material obtenido a partir de una intervención telefónica realizada ilícitamente, o de una entrada y registro realizada con violación de las normas que la regulan, entonces el resultado es que, por mucho que formalmente eso quede fuera del juicio, allí vamos a tener a un juez que deberá intentar hacer abstracción de la grabación de una conversación telefónica en la que el acusado dijo determinadas cosas que eventualmente pueden inculparlo y, quizás, provocar convicción acerca de su presunta responsabilidad".[27] Por ello, este modelo ha sido am-

[24] HEGHMANNS, cit., p. 69.

[25] Aunque la Constitución contempla esta norma en el contexto del procedimiento de investigación, no cabe duda que la reserva judicial que establece se refiere a toda actuación del procedimiento, lo que aparece ratificado en la regulación del artículo 9° CPP.

[26] Vid. supra nota 9.

[27] BOFILL (J.), "El juicio oral. Preparación y desarrollo", en ALVEAR (S.) y otros, *El nuevo proceso penal chileno*, Facultad Derecho Universidad de Concepción, 1999, p. 202.

pliamente criticado por la doctrina alemana, proponiéndose su modificación.[28]

El segundo modelo es el adoptado por países como Italia o Portugal, recogido en el Código Procesal Penal chileno, en que el tribunal competente durante esta fase del procedimiento es aquel que ha estado a cargo del control de la investigación en la etapa precedente. En consecuencia, en Chile, el tribunal competente en esta fase es el juez de garantía.

Sin embargo, este modelo no ha estado exento de importantes objeciones. Primero, el juez de garantía se encuentra en una posición delicada al tener que evaluar en esta etapa, y eventualmente por segunda vez, la legalidad de las actuaciones realizadas durante la etapa de investigación que él mismo debió controlar. En efecto, es posible imaginar hipótesis en que el juez haya declarado legal, por ejemplo, una detención realizada en un caso de flagrancia y, con posterioridad, en la etapa intermedia se renueve una incidencia relacionada con la exclusión de las pruebas obtenidas con ocasión de ella. En este caso, el juez se encontraría prejuzgado al pronunciarse nuevamente sobre los mismos hechos y le será difícil resolver de modo diferente, a menos que existieran nuevos antecedentes.[29]

Segundo, esta opción agudiza las serias críticas que se dirigen en contra del procedimiento abreviado.[30] En efecto, el juez que tuvo a su cargo la resolución de todas las solicitudes e incidencias planteadas en el curso de la etapa de investigación carece de imparcialidad al momento de fallar el caso en base a los antecedentes obtenidos en el curso de la misma y que hubieren sido aceptados por el acusado.[31] La situación es análoga a la del juez del crimen en el sistema del Código de Procedimiento Penal de 1906.

La alternativa óptima hubiera sido establecer un tercer juez competente para conducir esta fase del procedimiento, esto es,

---

[28] Vid. nota 9.

[29] Especialmente crítico frente a este modelo, refiriéndose específicamente a Italia, FERRAJOLI (L.), "Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 31 y ss., esp. p. 33.

[30] Sobre este procedimiento especial vid. infra cap. XII, B.

[31] De la misma opinión, BOFILL (J.), "El juicio oral...", cit., p. 202.

distinto del juez de garantía y del tribunal del juicio.[32] Sin embargo, ella fue desechada desde un principio por razones presupuestarias.[33]

2.2. FUNCIONES

Como hemos señalado repetidamente, el procedimiento intermedio[34] o etapa de preparación del juicio oral no cumple la función de control *negativo* de la acusación. Esto significa que el juez de garantía carece del poder para rechazar la apertura del juicio oral, ya sea por razones fácticas o jurídicas,[35] situación que no deja de plantear algunos problemas, como veremos más adelante.[36] Por otro lado, carece de la función de integración o revisión del resultado de la instrucción que constituye el sustento fáctico de la acusación, como sucede en Alemania o España.[37] Como hemos dicho, el Código Procesal Penal chileno se aparta

[32] Así lo plantea expresamente SOTO (M.), "Ministerio público y política criminal", en RIVADANEIRA (R.) y otros: *El Ministerio público: para una nueva justicia criminal,* FPC/UDP/CPU, 1994, p. 149.

[33] Crf. BOFILL, cit., p. 203. Sin embargo, en el evento que se legisle sobre una propuesta –actualmente existente– en orden a cambiar el estatus de los jueces con competencia en lo criminal, eliminando la distinción entre jueces de garantía y de juicio oral y estableciendo una sola categoría indiferenciada que pudiera asumir cualquier etapa del procedimiento, sería conveniente atribuir la competencia sobre esta etapa a un juez distinto del que tuvo a su cargo el control de la investigación y de los que integrarán el tribunal del juicio, al menos cuando ello fuere posible.

[34] Esta era la denominación del Título de este Libro del Código en el Proyecto del Ejecutivo, tomado del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica, siendo modificado durante la tramitación parlamentaria del Proyecto por la Cámara de Diputados.

[35] A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el caso alemán, en que el tribunal puede rechazar la apertura del juicio oral cuando, por motivos de hecho o de derecho, sea esperable una sentencia absolutoria; cuando existan impedimentos procesales definitivos o el hecho imputado en la acusación no sea constitutivo de delito. Asimismo, puede decidir el sobreseimiento temporal de la causa por rebeldía u otros obstáculos procesales temporales (cfr. ROXIN, cit., pp. 283-285). En el Código Procesal Penal, las solicitudes de sobreseimiento definitivo y temporal deben plantearse después de cerrada la investigación y antes del inicio de la etapa de preparación del juicio oral (cfr. t. I, cap. VII, B.10.4).

[36] Vid. infra 2.4.6.4.

[37] Parágrafos 201 y 202 de la Ordenanza Procesal Penal alemana y art. 790.2 I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

en este punto del modelo alemán, pero vuelve a él en el caso del control *positivo* sobre la formulación de la acusación.[38]

Función principal de esta etapa en nuestro sistema es la delimitación precisa del objeto del juicio respecto de los hechos que serán debatidos y las pruebas que se presentarán para acreditarlos, es decir, todos aquellos aspectos de la controversia jurídico-penal que serán discutidos en el juicio y servirán de fundamento a la sentencia definitiva. Presupuesto indispensable para el logro de este objetivo es el ejercicio de la acción penal *strictu sensu,* es decir, la formulación de la acusación, sin la cual no puede haber juicio.[39]

Los hechos y circunstancias que serán materia del juicio son aquellos contenidos en el escrito de acusación, eventualmente depurada de vicios formales. La posibilidad de discutir nuevos hechos en el juicio, esto es, hechos que no hayan sido incluidos en el escrito de acusación, se encuentra proscrita no sólo por la exigencia de correlación entre la acusación y la sentencia,[40] sino también por la prohibición de sorpresa o prohibición de indefensión, garantías estrechamente vinculadas entre sí.[41]

Las pruebas que se rendirán en el curso del juicio sólo podrán ser aquellas ofrecidas por los intervinientes en la fase escrita del procedimiento intermedio o por el acusado, al inicio de la audiencia de preparación del juicio oral. Ningún interviniente podría, por ejemplo, presentar pruebas en el juicio oral que no hubiesen sido previamente ofrecidas y admitidas por el tribunal, salvo la situación excepcional contemplada en el artícu-

---

[38] Nos estamos refiriendo a la posibilidad de forzamiento de la acusación, en que el querellante tiene un importante poder sobre el ministerio público ya sea para obligarlo a acusar o para que el juez lo faculte para acusar él mismo (vid. t. I, cap. VII, B.10.6).

[39] Sobre este concepto, vid. t. I, cap. III, A.2.3.1.2.

[40] Que emana del principio de correlación entre imputación y fallo o principio de congruencia, vid. infra cap. X, 3.10.1.

[41] La prohibición de indefensión ha sido expresamente reconocida por el Tribunal Constitucional de España vinculada al principio de correlación entre acusación y fallo (cfr. STC 77/1986, donde la vinculación y consiguiente correlación se configura como consecuencia de la interrelación de los derechos a la tutela judicial efectiva, a conocer de la acusación y no sufrir indefensión, y STC 205/1989, que infiere la necesidad de correlación entre acusación y sentencia "del complejo sistema de garantías íntimamente vinculadas entre sí: principio acusatorio y de contradicción y defensa y prohibición de indefensión".

lo 336 CPP.[42] El fundamento de esta prohibición es el mismo que el invocado respecto de los hechos.

Asimismo, en esta etapa corresponde plantear las exclusiones probatorias que autoriza el Código, incidencias que revisten particular importancia cuando afectan al ministerio público, al pesar sobre él la carga de la prueba.[43] Es decir, en esta etapa el tribunal resolverá sobre las solicitudes encaminadas a excluir del debate principal aquella evidencia reunida en el curso de la investigación en cuya obtención se haya incurrido en algún defecto de forma que acarree su nulidad o sea ilícita por violación de garantías constitucionales, o se ofrezca para probar hechos impertinentes o que constituyan hechos públicos o notorios, o se haya ofrecido con fines puramente dilatorios. Especial importancia reviste el estudio de la llamada *prueba ilícita* o *prohibiciones de prueba*, teoría que ha tenido un desarrollo notable en Estados Unidos de Norteamérica a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de ese país en la segunda mitad del siglo XX, así como en numerosos países europeos, como Alemania, Italia y España.[44]

Por otro lado, esta fase cumple también por función liberar al juicio oral de eventuales incidencias que pudieran entorpecer su normal desenvolvimiento, como la corrección de vicios formales de la acusación (control *formal* de la acusación), la resolución de excepciones que requieran un pronunciamiento previo del tribunal, o la posible conciliación sobre la acción civil ejercida en el procedimiento penal.

Por último, el ministerio público puede solicitar, en su escrito de acusación, que el caso se resuelva conforme a las reglas del procedimiento abreviado. Si el acusado acepta la propuesta, dicho procedimiento especial debe ser tramitado y fallado en la audiencia de preparación del juicio oral.[45] Asimismo, esta audiencia constituye la última oportunidad para decretar la suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio (art. 245 inciso final CPP).

[42] Vid. infra capítulo X, 3.4.2.8.2.
[43] Vid. infra 2.4.3.8 y 2.4.6.3.
[44] Vid. infra capítulo IX, C.4.
[45] Vid. infra capítulo XII, B.

En suma, la etapa de preparación del juicio oral constituye la instancia en que los intervinientes toman conocimiento recíproco de las pretensiones jurídicas que harán valer en el juicio oral y de su sustento probatorio, permitiéndoles preparar con la debida antelación la estrategia de acusación o defensa a seguir en el mismo.[46] Excepcionalmente, puede dar lugar a salidas alternativas del procedimiento o la sustanciación y fallo del caso de conformidad al procedimiento abreviado, cuya característica principal es la resolución del conflicto jurídico-penal sin un juicio previo, circunstancia que concentra la mayor parte de las críticas que se le dirigen.

2.3. Fase escrita de la etapa de preparación del juicio oral

Esta fase se extiende desde la presentación de la acusación, por el fiscal del ministerio público a cargo del caso, ante el juez de garantía competente, hasta la apertura de la audiencia de preparación del juicio oral. Como lo señala su denominación, ella describe el conjunto de presentaciones escritas que deben realizar los intervinientes del procedimiento para ser notificadas en los plazos que la ley establece a partir de la fijación de la fecha de la audiencia central de esta etapa. Tales presentaciones escritas constituyen el marco de la discusión que se realizará verbalmente en la audiencia, sin perjuicio que los intervinientes deban concurrir a ella con todos los antecedentes que permitan sustentar sus peticiones o alegaciones.

[46] Ello tiene especial importancia para la defensa del imputado, en el caso de que no hubiera tenido acceso previamente a todos los antecedentes de la investigación fiscal. En Estados Unidos, esta garantía se resguarda a través del mecanismo denominado "*discovery*", que, fundado en el principio de evitar juzgamientos sorpresivos ("*trial by surprise*"), permite indagar, incluso por medios compulsivos, la evidencia en poder de la otra parte, tanto de cargo como de descargo (vid. ISRAEL/KAMISAR/LA FAVE, *Criminal procedure and the Constitution* (Leading Supreme Court cases and introductory text), West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995, pp. 514 y ss.; HENDLER (E.), *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 189-190).

2.3.1. *Formulación de la acusación*

Como hemos dicho, presupuesto indispensable para poder ingresar a esta etapa del procedimiento es la formulación de la acusación por parte del ministerio público o del querellante.[47] Este requisito emana del principio acusatorio, propio de un proceso penal de partes, que condiciona la apertura del juicio a la interposición de la acusación por el órgano de persecución penal.[48] Ello implica que el tribunal jamás puede actuar de oficio, ni siquiera cuando el delito se comete en su presencia en una audiencia, pues rige el principio "donde no hay acusador, no hay juez" *(nemo iudex sine actore)*.[49]

La acusación debe contener, *en forma clara, precisa y circunstanciada,* los hechos que se atribuyen al acusado y su significación jurídica, de modo de cumplir cabalmente –una vez más– con la exigencia de una *imputación,* base y presupuesto necesario del derecho a ser oído.[50] Por ello, la acusación debe contener las menciones que seguidamente se expresan, a fin de cumplir con la obligación de que se informe debidamente al acusado de los cargos atribuidos:

a) La individualización de el o los acusados y de su defensor;

b) La relación circunstanciada de el o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;

c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal concurrentes en el caso, aun subsidiariamente de la petición principal;

d) La participación atribuida al acusado;

e) La expresión de los preceptos legales aplicables;

---

[47] El querellante podrá acusar en las hipótesis de forzamiento de la acusación (art. 258 CPP), decisión del Fiscal de no perseverar en el procedimiento (art. 258 inciso 4° en relación al art. 248 c) CPP) o en el procedimiento por delito de acción privada (arts. 400 y ss.). También podría incluirse el supuesto contenido en el artículo 270 inciso 2° CPP, cuando el querellante hubiere deducido acusación particular.

[48] Vid. t. I, cap. III, A.2.3.1.2.

[49] ROXIN, cit., pp. 73 y ss. Lo que no impediría, claro está, que pudiera hacer valer las facultades de todo ciudadano ante un delito flagrante: ello, a mi juicio, implicaría que el control de legalidad de la detención en estos casos debiera efectuarlo otro juez, esto es, uno imparcial.

[50] MAIER (J.), *Derecho Procesal Penal. Fundamentos,* cit., pp. 552 y ss.

f) El señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público piensa valerse en el juicio;

g) La pena cuya aplicación se solicita, y

h) En su caso, la solicitud de que se proceda de acuerdo al procedimiento abreviado (art. 259 CPP).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 inciso 3° de la Ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de drogas estupefacientes y sustancias sicotrópicas, modificado por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, el fiscal debe expresar, también en su acusación, si la cooperación prestada por el acusado ha sido eficaz, de modo de poder beneficiarse con esta circunstancia atenuante de responsabilidad criminal.[51]

Si la acusación no cumple con alguno de estos requisitos o si ellos fueron cumplidos de modo deficiente, el querellante –si lo hubiere– y el acusado podrán, en la oportunidad que señala la ley, promover la correspondiente incidencia encaminada a la corrección de los vicios denunciados, contemplándose sanciones muy graves en caso de incumplimiento por parte del ministerio público.[52] La única mención facultativa es aquella referida a la posibilidad de solicitar el procedimiento abreviado.

Tratándose del ofrecimiento de prueba de *testigos*, la ley exige, tanto respecto del Ministerio público como de los demás intervinientes,[53] que se presente una lista de testigos, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, señalando los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones. No será necesario consignar el domicilio o residencia del testigo en la hipótesis prevista en el artículo 307 inciso 2° CPP, esto es, cuando su indicación pública pudiere acarrear peligro para él mismo u otra persona. Es importante destacar aquí que la ley sólo exige la expresión de los "puntos de prueba" sobre los cuales declararán los testigos; en consecuencia, no es necesario señalar circunstanciadamente los hechos sobre los cuales versará su testimonio. Esta exigencia no sólo permite delimitar el objeto de la declaración del respectivo testigo en el juicio, sino

[51] En la anterior regulación, esta atenuante debía ser declarada y establecida por el juez del crimen.

[52] Vid. infra 2.4.3.1.

[53] Cfr. arts. 261 c) y 263 c) CPP.

que, además, facilita el control de las partes y del juez a los fines del debate sobre la exclusión de prueba impertinente u ofrecida con fines puramente dilatorios.[54]

En el caso de la prueba de *peritos*, deberá individualizarse a los mismos, indicando sus títulos o calidades (art. 259 inciso 2° CPP). La prueba de peritos consiste esencialmente en *la declaración oral sobre el informe previamente evacuado*, que, como tal, no puede ser introducido al debate mediante lectura. Por ello no procede ofrecer como prueba pericial el informe escrito. El artículo 315 CPP establece que sin perjuicio del deber del perito de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe, "éste deberá entregarse por escrito". La oportunidad de la entrega corre desde la etapa de investigación hasta la dictación del auto de apertura del juicio oral. En efecto, esta exigencia sólo dice relación con el derecho de la contraparte de conocer el contenido del informe, a fin de preparar adecuadamente su defensa desde el punto de vista técnico y controvertir sus conclusiones a través del contrainterrogatorio o de otra prueba pericial. La ubicación sistemática de este precepto legal no debe, por tanto, llevar a la confusión de entender que el informe debe ser entregado al tribunal del juicio oral.[55]

El inciso final del artículo 259 CPP expresa que "la acusación sólo podrá referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica". Esta norma es manifestación del principio de correlación entre imputación y fallo, también llamado de congruencia.[56] Por ello, la acusación debe contener la relación circunstanciada de los hechos atribuidos y de su calificación jurídica, pues sólo puede controlarse la congruencia entre acusación y fallo cuando la imputación penal es precisa y determinada. Asimismo, este deber permite al acusado preparar adecuadamente su defensa, sin temer sorpresas ni situaciones extrañas a la acusación. La identidad subjetiva exigida por el principio de congruencia se cumple con la exigencia de que la acusación individualice al acusado o los acusados.

[54] Vid. infra 2.4.3.8.
[55] Vid. infra cap. X, 3.4.2.2.
[56] Vid. t. I, cap. III, C.3.1.3.3.

2.3.2. *Actuaciones del tribunal*

Presentada la acusación, el juez de garantía deberá realizar las siguientes actuaciones:

i) ordenar la notificación de la acusación a todos los intervinientes. La notificación de la acusación al acusado constituye la expresión más acabada de cumplir con lo que técnicamente se denomina *intimación*,[57] deber que antes se cumplió con la formalización de la investigación. Junto con la copia de la acusación que se le entregue, el juez deberá ordenar que se deje constancia del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación; y

ii) citarlos, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a la audiencia de preparación del juicio oral.

La audiencia de preparación del juicio oral deberá tener lugar en un plazo no inferior a veinticinco ni superior a treinta y cinco días desde la presentación de la acusación (art. 260 CPP). Los plazos para que los intervinientes realicen las respectivas actuaciones se cuentan tomando como punto de referencia el lapso que resta para que tenga lugar la audiencia de preparación del juicio oral.

La obligación específica de informar al acusado sobre la evidencia del cargo existente en su contra dice relación con la posibilidad de preparar adecuadamente su defensa y, eventualmente, producir prueba de descargo.[58] Como hemos señalado ya, en el derecho norteamericano este deber está vinculado con el denominado "descubrimiento" (*discovery*), que se inspira en la idea de igualdad de las partes en el proceso y en la prohibición de sorpresa,[59] e impone a su vez la obligación de mostrar

---

[57] Sobre este concepto, vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., pp. 559 y ss.

[58] GRILLI (L.), *Il dibattimento penale*, Cedam, Milán, 1998, p. 9.

[59] Es importante destacar que la doctrina americana coincide que éste es un elemento no adversarial del sistema, que reconoce la existencia de una desigualdad fáctica de las partes en la obtención de la información. Más polémico es, por ello, que el acusador pueda solicitar la exhibición de la evidencia de descargo a la defensa. Tal posibilidad se encuentra reconocida e incluso resulta obligada en los siguientes casos: cuando la defensa invoca una coartada o una causal de demencia (SWARD (E.), "Values, ideology and the evolution of the adversary system", en *Indiana Law Journal*, vol. 64, 1988-89, pp. 301 y ss., esp. 327 y ss.).

los documentos y antecedentes probatorios a la contraparte antes del juicio (*disclosure*).[60] El incumplimiento de este deber acarrea su cumplimiento compulsivo, la sanción de exclusión de pruebas o la postergación del juicio.[61]

Para hacer efectiva esta obligación, el Código Procesal Penal establece que en la copia de la acusación que se entregue al acusado deberá dejarse constancia del hecho de encontrarse a su disposición, en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.[62] Si tales antecedentes fueren incompletos o no se corresponden con los que obren en su poder o de que tenga conocimiento en virtud del derecho que le otorga el inciso 2° del artículo 182 CPP, el acusado podrá plantear la incidencia respectiva en la audiencia de preparación del juicio oral a través de la corrección de vicios formales o vía exclusión de prueba, sin perjuicio de efectuar la denuncia por la comisión de algún delito, si procediere.[63] Por otro lado, una notificación defectuosa de la acusación, en la que se omita poner en conocimiento del acusado la información a que se refiere el artículo 260 *in fine* CPP, podría dar origen a una solicitud de nulidad de la misma, si se cumplen los presupuestos contemplados en los artículos 159 y siguientes del CPP.

2.3.3. *Notificación y actuaciones del querellante*

Si hubiere querellante interviniendo en el procedimiento, deberá practicarse su notificación dentro de un lapso razonable que le permita ejercer los derechos que el artículo 261 CPP le confiere, en el plazo que dicha norma establece. De lo contrario, el querellante podrá solicitar un nuevo plazo para realizar tales actuaciones (art. 17 CPP), circunstancia que comportará, regular-

[60] ISRAEL/KAMISAR/LA FAVE, *Criminal procedure...*, cit., pp. 514 y ss.

[61] SWARD (E.), cit., p. 328.

[62] Se prefirió esta alternativa que imponer al fiscal el deber de entregar directamente copia de los antecedentes de la investigación al acusado, "por el volumen que estos documentos pueden alcanzar" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 274).

[63] Vid. el artículo 269 ter introducido al Código Penal por la Ley N° 19.806, adecuatoria de la legislación nacional a la reforma procesal penal.

mente, la infracción de la norma sobre el plazo máximo en que debe tener lugar la audiencia de preparación del juicio oral. Por ello, aquí cobran importancia las disposiciones que facultan a los intervinientes para proponer para sí formas de notificación expeditas y eficaces (art. 31 CPP), habida cuenta de que en esta etapa del procedimiento nunca se tratará de la primera notificación, la que siempre debe ser personal (art. 26 inciso 1° CPP).

Hasta quince días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante podrá realizar las siguientes actuaciones *por escrito* (art. 261 CPP):

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 adolezca el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
c) Ofrecer la prueba que estime necesaria para sustentar su acusación, lo que deberá hacerse en los mismos términos previstos en el artículo 259, y
d) Deducir demanda civil, cuando proceda.

La acusación particular del querellante adquiere especial relevancia en el caso del procedimiento abreviado, pues podría impedir que el acuerdo sobre el mismo prosperara cuando en ella se hubiese efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes a las consignadas por el fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada exceda el límite de pena que establece el inciso 1° del art. 406 CPP.[64] Es importante destacar, por otro lado, que sólo habrá acusación particular del querellante, esto es, sin acusación del órgano oficial, cuando el juez haya accedido al forzamiento de la acusación en la etapa de investigación,[65]

[64] Vid. infra. 2.4.3.4 y cap. XII, B.
[65] Vid. t. I, cap. VII, B.10.6.

en la hipótesis a que se refiere el inciso 3° del artículo 270 CPP[66] y en los casos de delitos por acción penal privada.[67]

La demanda civil debe cumplir con todos los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y deducirse en el mismo escrito de adhesión o acusación. Asimismo, deberá contener la indicación de los medios de prueba de que el demandante piensa valerse en el juicio, en los mismos términos que señala el artículo 259 CPP (art. 60 CPP).

Si notificado el querellante, éste no adhiere a la acusación fiscal o no acusa particularmente, el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, deberá declarar abandonada la querella por quien la hubiere interpuesto.[68]

2.3.4. *Notificación y actuaciones del acusado*

El art. 262 CPP establece que "Las actuaciones del querellante, las acusaciones particulares, adhesiones y la demanda civil deberán ser notificadas al acusado, a más tardar, diez días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral". El acusado debe disponer del tiempo suficiente para preparar adecuadamente su defensa, como lo disponen los tratados internacionales de derechos humanos,[69] contando con los antecedentes necesarios para ello.

El artículo 263 CPP dispone que hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, *por escrito*, o al inicio de dicha audiencia, *en forma verbal*, el acusado podrá efectuar todas o algunas de las siguientes actuaciones:

a) Señalar los vicios formales de que adolezca el escrito de acusación, requiriendo su corrección;
b) Deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, cuando corresponda;
c) Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba de que se valdrá en el juicio, en los mismos términos previstos en el artículo 259.

[66] Vid. infra 2.4.3.1.
[67] Vid. infra cap. XII, C.
[68] Vid. t. I, cap. VII, B.3.3.6.
[69] Art, 14.3.b) PIDCP y art. 8.2.c) CADH.

Al igual que el querellante, el acusado puede impetrar un *control formal* de la acusación y solicitar al juez que requiera al ministerio público la corrección de los errores o vicios que ella contenga. Pero aunque esta norma no lo diga expresamente, el acusado también podrá señalar los vicios que presente la acusación particular y la demanda civil. Tal interpretación es la única compatible con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 270 CPP, que se refiere a estas tres presentaciones, y resulta del todo consistente con la norma del Código que exige que la demanda civil se interponga cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (art. 60 CPP).

Asimismo, el acusado puede deducir las excepciones de previo y especial pronunciamiento que se enumeran en el artículo 264 CPP. Ellas son las siguientes:

a) Incompetencia del juez de garantía;
b) Litis pendencia;
c) Cosa juzgada;
d) Falta de autorización para proceder criminalmente, cuando la Constitución o la ley lo exigieren, y
e) Extinción de la responsabilidad penal.

Se trata, en general, de obstáculos procesales que impiden, ya sea en forma provisoria o definitiva, la continuación del procedimiento. Las excepciones contempladas en las letras c) y e) constituyen causales de sobreseimiento definitivo[70] que, si no fueron invocadas oportunamente, pueden ser deducidas como excepciones de previo y especial pronunciamiento no sólo en esta audiencia, sino también en el juicio oral (art. 265 CPP).

2.4. Fase oral de la etapa intermedia

La etapa escrita del procedimiento intermedio concluye con la realización de la audiencia de preparación del juicio oral. La importancia de la oralidad en esta audiencia es tal que el propio acusado, si no ha efectuado sus defensas por escrito con anterioridad, deberá hacerlas verbalmente al inicio de la misma,

[70] Vid. t. I, cap. VII, B.10.4.1.1.

pues no se admite ningún tipo de presentación escrita durante su desarrollo. Ello es una nueva manifestación de la relevancia que tiene la oralidad en el nuevo sistema de justicia criminal.

2.4.1. *Generalidades*

Concluidos los trámites escritos de la fase intermedia, tiene lugar la audiencia de preparación del juicio oral en la fecha fijada por el juez de garantía conforme a las normas del artículo 260 del CPP. Esta audiencia constituye el hito central de esta etapa del procedimiento, pues en ella se cumplen, de modo oral y contradictorio, las funciones asignadas a la misma, fijándose de modo definitivo los hechos y las pruebas sobre los que versará el juicio y recaerá la sentencia. Por regla general, las solicitudes e incidencias que se planteen durante el curso de esta audiencia deberán ser resueltas por el juez de garantía en base a los antecedentes disponibles, previamente allegados por los intervinientes.[71] Así se desprende, por ejemplo, de la regulación normativa referida a la resolución de las excepciones de previo y especial pronunciamiento, cuando dispone que, "de estimarlo pertinente, el juez podrá permitir durante la audiencia la presentación de los antecedentes que estimare relevantes para la decisión de las excepciones planteadas" (art. 271 inciso 1° CPP). Tal opción legislativa se hizo fundar en la necesidad de "evitar la anticipación del juicio admitiendo prueba sobre el fondo del debate".[72] Sin embargo, nada impediría que, en casos justificados, el tribunal permitiera allegar algún antecedente nuevo, esto es, que no hubiere estado a disposición del interviniente que lo requiere y que fuera indispensable para resolver la correspondiente incidencia.[73]

[71] Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de llevar los informes periciales a la audiencia, aunque para el evento que se presenten incidencias con los hechos o la exclusión del juicio de la declaración del perito, por recaer su informe sobre una evidencia declarada ilícita. Estas situaciones podrían conducir a que se examinara el informe en la audiencia para resolverse judicialmente la exclusión o no de la correspondiente prueba pericial. Cfr. infra. 2.4.3. y cap. X, 3.4.2.2.1.

[72] Mensaje N° 110-331, sobre Proyecto de Ley que establece un nuevo Código de Procedimiento Penal, de 9 de junio de 1995.

[73] Así, por ejemplo, se ha planteado la posibilidad de allegar antecedentes que justificarían la ilicitud en que se funda una petición de exclusión de prueba

2.4.2. *Principios que la informan*

El Código señala expresamente que la audiencia de preparación del juicio oral se rige por los principios de oralidad e inmediación (art. 266 CPP).[74] En consecuencia, su desarrollo debe efectuarse íntegramente en forma oral, no admitiéndose la presentación de escritos durante su realización, y debe contar con la presencia ininterrumpida del juez de garantía, quien la dirige, del ministerio público y del defensor del acusado.

Para garantizar el principio de inmediación, el Código establece que la presencia del fiscal y del defensor del imputado durante la audiencia constituye un requisito de validez de la misma. No obstante, se contemplan mecanismos para evitar la declaración de nulidad de la audiencia, distinguiendo según quien incurre en ausencia o abandono sea el fiscal o el defensor (art. 269 CPP).

La falta de comparecencia del fiscal debe ser subsanada inmediatamente por el tribunal. Aunque no señala de qué modo, parece claro que la única forma expedita de hacerlo es comunicándose con la fiscalía respectiva para procurar su reemplazo inmediato. La ley expresa que, además, el tribunal debe poner en conocimiento del fiscal regional la inasistencia del fiscal adjunto a cargo del caso, a fin de que se adopten las medidas correspondientes. Sin perjuicio de lo anterior, el inciso final del artículo 269 CPP autoriza al propio juez de garantía para imponer él mismo una sanción, siempre que la ausencia o abandono de la audiencia por parte del fiscal hubieren sido injustificados. En este punto, el Código remite a la norma contenida en el artículo 287 CPP, prevista para la ausencia o abandono injustificados que se producen en la audiencia de juicio oral.[75]

Si quien no comparece es el defensor, el tribunal deberá realizar tres actuaciones copulativa y sucesivamente. Primero, de-

y que no se halle a disposición del reclamante (cfr. HERNANDEZ (H.), *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección de investigaciones jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002, p. 95).

[74] Sobre su contenido, planteado en relación al juicio oral, vid. t. I, cap. II, C.2.3.

[75] Vid. infra cap. X, 2.1.2.

berá declarar el abandono de la defensa. Enseguida, deberá designar un defensor de oficio al imputado y, por último, deberá disponer la suspensión de la audiencia por un plazo que no exceda de cinco días a objeto de permitir que el defensor designado se interiorice del caso.

Como sabemos, en caso de abandono de hecho de la defensa, el juez está obligado a designar de oficio un defensor penal público que la asuma, a menos que el acusado se procure antes otro defensor de confianza.[76] En caso de que el inasistente sea un defensor público, deberá procederse a la designación de otro que lo sustituya, sin perjuicio de dar cuenta de este hecho al defensor regional, si el juez lo estimare conveniente. Al igual que en el caso del fiscal, el juez podrá adoptar cualquiera de las sanciones previstas en el art. 287 CPP si considera que la inasistencia o abandono de la audiencia fueron injustificados (art. 269 inciso final CPP).

Si quien no concurre a la audiencia es el querellante o el actor civil, se produce el abandono de las respectivas acciones conforme a las normas generales (art. 120 c) CPP).

La audiencia de preparación del juicio oral se rige, también, por el principio de concentración, porque en ella deben debatirse todas las cuestiones e incidencias preparatorias del juicio planteadas por los intervinientes en sus respectivos escritos. Si bien cabe predicar la necesidad de continuidad de la audiencia de preparación del juicio oral, a fin de resolver expeditamente aquellas cuestiones que resultan indispensables para la realización del juicio, lo cierto es que el propio Código admite importantes excepciones a este principio.[77] En efecto, esta audiencia puede suspenderse al menos en dos hipótesis que la propia ley señala: la primera ya fue examinada a propósito del abandono de hecho de la defensa (art. 269 inciso 2° CPP) y la segunda se refiere a la posibilidad que tiene el juez de garantía de suspender la audiencia hasta por diez días, cuando compruebe que el acusado no ofreció pruebas oportunamente por causas que no le son imputables.[78]

[76] Vid. t. I, cap. III, D.3.2.5.
[77] Sobre ambos principios, vid. t. I, cap. II, C.2.3.2.2.
[78] Vid. infra 2.4.5.

2.4.3. *Desarrollo de la audiencia*

Al inicio de la audiencia, y verificada la asistencia de los intervinientes, el juez de garantía hará una exposición sintética de las presentaciones que los mismos hubieren realizado (art. 267 CPP).

Si el imputado no hubiere ejercido por escrito las facultades que le reconoce el art. 263 CPP, el juez le otorgará la oportunidad de ejercerlas verbalmente (art. 268 CPP).

A continuación, el juez de garantía abrirá debate sobre las solicitudes y/o incidencias planteadas por las partes en sus escritos, las que pueden versar, entre otras, sobre las siguientes cuestiones:

1. la solicitud de corrección de vicios formales en el escrito de acusación, de acusación particular o la demanda civil,
2. la invocación de excepciones de previo y especial pronunciamiento,
3. la solicitud para que se decrete la suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio,
4. la solicitud de que se proceda conforme al procedimiento abreviado,
5. la conciliación sobre la responsabilidad civil y la solicitud de medidas cautelares reales,
6. la solicitud para que se rinda prueba anticipada,
7. la solicitud de aprobación de convenciones probatorias,
8. la solicitud de exclusión de pruebas ofrecidas por los intervinientes,
9. la solicitud para que se decrete la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales o para su substitución, revisión o revocación.

En lo que sigue, examinaremos el contenido de cada una de estas solicitudes.

2.4.3.1. Corrección de vicios formales

Efectuadas las solicitudes de corrección de vicios formales planteadas por el querellante o el acusado, respecto de la acusación del fiscal, la acusación particular y/o la demanda civil, el juez

examinará su mérito y si las considera fundadas deberá ordenar la corrección de la presentación correspondiente o de todas ellas, según el caso, sin suspender la audiencia si ello fuere posible. En caso contrario, el juez deberá decretar su suspensión por el período necesario para la corrección del procedimiento, el que en ningún caso podrá exceder de cinco días (art. 270 incisos 1° y 2° CPP). Los vicios que se aleguen no sólo podrán versar sobre el contenido de las menciones que debe incluir la acusación, sino también sobre la congruencia objetiva y subjetiva entre la formalización de la investigación y la acusación, deber que pesa sobre el fiscal y el querellante particular, si lo hubiere. En todo caso, y dados los términos perentorios que utiliza el inciso final del artículo 259 CPP, el tribunal podrá, también, actuar de oficio para corregir este posible vicio de la acusación.

El Código prevé diferentes sanciones para el caso de incumplimiento de esta norma, distinguiendo según si el infractor es el fiscal, el querellante o el actor civil.

En los dos últimos casos, si transcurrido el plazo de cinco días la acusación particular o la demanda civil no hubieren sido rectificadas, ellas se tendrán por no presentadas, produciéndose los mismos efectos del abandono de la querella o de la acción civil. En cambio, si el infractor es el ministerio público, las consecuencias de la infracción son aun más drásticas. En efecto, en este caso el juez deberá informar al fiscal regional, pudiendo conceder una prórroga hasta por otros cinco días para proceder a la rectificación de la misma. Si, al cabo de los mismos, el ministerio público no hubiere corregido los vicios alegados, el juez procederá a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que exista querellante particular que hubiere deducido acusación particular o se hubiere adherido a la del fiscal. En este caso, el procedimiento continuará sólo con el querellante, y el ministerio público no podrá volver a intervenir en el mismo (art. 270 incisos 2° y 3° CPP).

Sin perjuicio de lo anterior, se establece que la falta de oportuna corrección de los vicios de su acusación importa una grave infracción a los deberes del fiscal, circunstancia que regularmente debiera determinar la adopción de medidas administrativas en su contra o repercutir en su evaluación de desempeño profesional (art. 270 inciso 4° CPP).

Por consiguiente, la ley establece consecuencias gravísimas para la omisión contumaz en corregir los vicios formales que presente la acusación del fiscal, las que, según nuestro parecer, son plenamente justificadas. Ya hemos puesto de relieve la importancia que tiene la acusación en la determinación del objeto del juicio y en la posibilidad de ejercer debidamente el derecho de defensa por parte del acusado. Una acusación mal formulada pone en serio peligro estos valores del proceso, situación que sólo puede ser evitada eficazmente del modo previsto en el Código. La excepción referida al querellante se justifica en la medida que, no adoleciendo de vicios formales o habiendo sido ellos subsanados, la acusación particular y la adhesión, en la segunda hipótesis,[79] pueden cumplir las mismas funciones que la acusación del fiscal. La acusación privada se independiza y será el querellante, en lo sucesivo, quien deberá sostener la acción penal pública durante el juicio oral en los mismos términos que el órgano oficial de persecución criminal.[80]

2.4.3.2. Invocación de excepciones de previo y especial pronunciamiento

En caso de haberse planteado excepciones de previo y especial pronunciamiento por la defensa, el juez abrirá debate sobre las mismas. El tribunal se encuentra facultado para permitir a los intervinientes, durante el curso de la audiencia, la presentación de los antecedentes que estime relevantes para la resolución de las excepciones (art. 271 inciso 1° CPP). No necesariamente tales antecedentes deben constar en la investigación preparatoria, pudiendo emanar de otros procedimientos o actuaciones.[81]

---

[79] Evidentemente, la primera hipótesis no podrá plantearse respecto del escrito de adhesión del querellante, pues, por definición, se apoya en la acusación del fiscal. Sólo podrá prosperar si el querellante corrige su adhesión aunque el fiscal no lo haga.

[80] Sobre la tendencia a la privatización del proceso penal, vid. t. I, cap. III, E.2.1.

[81] El Senado cuestionó que sólo se tuvieran en cuenta los antecedentes de la investigación, porque en el caso de las excepciones de cosa juzgada y litispendencia se requerirán antecedentes de otros procedimientos (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 280).

El juez de garantía debe resolver de inmediato las excepciones de incompetencia, litispendencia y falta de autorización para proceder criminalmente. Es apelable, en el solo efecto devolutivo, la resolución que recaiga respecto de dichas excepciones (art. 271 inciso 2° CPP).[82] No obstante lo anteriormente señalado, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se suscita un conflicto de competencia, no se suspenderá la tramitación del procedimiento, pero no podrá pronunciarse auto de apertura del juicio oral mientras no se resuelva el conflicto. Esta norma persigue precaver la declaración de nulidad del juicio efectuado ante un tribunal incompetente (art. 74, inc. 2°).

Tratándose de las excepciones de cosa juzgada o de extinción de la responsabilidad criminal, el juez podrá acoger una o más de ellas y decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de su decisión se encuentre suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación, esto es, que no se requiera la producción de prueba para acreditarlas. En caso contrario, dejará la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral, decisión que es inapelable (art. 271 inciso final CPP).

Por otro lado, si el acusado no hubiere deducido estas excepciones para ser discutidas en la audiencia de preparación del juicio oral, siempre queda a salvo su derecho para plantearlas en el juicio oral (art. 265 CPP).

El fundamento de esta regulación diferenciada radica en el carácter perentorio de las dos excepciones señaladas, cuyos presupuestos podrían determinar una discusión sobre los hechos y, consecuentemente, la necesidad de rendir prueba para acreditarlos. En tanto la audiencia de preparación del juicio oral no constituye una instancia para producir prueba, si ella fuere necesaria tales excepciones deberán plantearse obligatoriamente en el juicio oral.

Nos parece importante dejar consignado que, aunque se trate de excepciones de distinta naturaleza, la litispendencia y la cosa juzgada constituyen manifestaciones del principio de inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (art. 1° inciso 2° CPP), que, a su vez, es expresión del principio *ne bis in ídem* que

[82] Vid. infra cap. XI, C.3.1. y 5.3.

rige en materia penal.[83] Con la interposición de dichas excepciones previas se trata de evitar el riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, cuando concurra identidad en la persona perseguida (*eadem persona*), en el objeto de la persecución (*eadem res*) y en la causa de la persecución (*eadem causa petendi*).[84]

2.4.3.3. Solicitud de suspensión condicional del procedimiento y de acuerdos reparatorios

De conformidad con lo dispuesto en el art. 245 CPP, la audiencia de preparación del juicio oral constituye la última oportunidad para que el juez de garantía decrete la suspensión condicional del procedimiento o apruebe un acuerdo reparatorio.[85]

A pesar que estas salidas alternativas del procedimiento están concebidas para operar en una etapa temprana de éste, el legislador ha optado por extender la posibilidad de su acuerdo hasta la fase intermedia, por entender que siempre resultarán más favorables y menos gravosas para el imputado que la realización del juicio oral y la pena que eventualmente se imponga en la sentencia. Dictado el auto de apertura del juicio oral, precluye definitivamente la facultad para su planteamiento.

2.4.3.4. Solicitud de procedimiento abreviado

El fiscal del ministerio público podrá solicitar la tramitación del procedimiento conforme a las normas contenidas en el Título III del Libro IV del CPP, por escrito, al interponer su acusación, o verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral (art. 407 CPP).

---

[83] Cfr. t. I, cap. II, C.2.2.5; también, MAIER (J), *Derecho procesal penal I, Fundamentos*, cit., pp. 595 y ss.

[84] Sobre la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple o prohibición de doble persecución, vid. MAIER (J.), *Derecho procesal penal, Fundamentos*, cit., pp. 595 y ss.; también, BERTELOTTI (M.), "El principio *ne bis in ídem*: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en HENDLER (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 103 y ss.

[85] Vid. t. I, cap. VII, B.8 y 9.

En efecto, no obstante que la norma indica que este procedimiento podrá ser planteado por escrito "en la oportunidad que señala el artículo 248", es claro que el legislador se está refiriendo únicamente a la hipótesis contemplada en la letra b) de dicho precepto legal, esto es, al momento en que el fiscal formula su acusación, pues los otros supuestos legales implican la terminación del procedimiento o su suspensión. Por lo demás, esta interpretación guarda armonía con la letra h) del artículo 259 CPP, que plantea como posible mención de la acusación la solicitud del fiscal de que se proceda conforme a este procedimiento especial.

Si el juez de garantía acepta la solicitud del fiscal, para lo cual deben reunirse ciertos requisitos previstos en la ley, deberá conocer y fallar el caso en la audiencia de preparación del juicio oral conforme a las normas del procedimiento abreviado contenidas en el Título III del Libro IV del CPP.[86]

2.4.3.5. Conciliación sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible

El artículo 273 CPP obliga al juez a promover la conciliación entre querellante e imputado sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo. El Código hace aplicables a este trámite las normas contenidas en los artículos 263 y 267 del Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, en el desempeño de esta función, el juez de garantía obra como amigable componedor, procurando obtener un avenimiento total o parcial en el litigio. Las opiniones que emita no lo inhabilitarán para seguir conociendo de la causa.

Producida la conciliación, ya sea total o parcial, deberá levantarse acta que consignará sólo las especificaciones del arreglo, la cual será suscrita por el juez y las partes que lo deseen.[87] Dicha acta deberá estimarse como sentencia ejecutoriada para todos los efectos legales.

---

[86] Vid. infra cap. XII, B.

[87] El art. 267 CPC contempla también al secretario como suscriptor del acta; sin embargo, dicha exigencia no resulta aplicable a los nuevos tribunales con competencia en lo criminal, pues en ellos no existe la figura del secretario.

Si no se produjere conciliación, el juez resolverá en la misma audiencia las solicitudes de medidas cautelares reales que la víctima hubiere formulado al deducir su demanda civil.[88]

2.4.3.6. Solicitud para que se rinda prueba anticipada

Durante la audiencia de preparación del juicio oral también se podrá solicitar la prueba testimonial anticipada, conforme a lo previsto en el artículo 191 CPP (art. 280 CPP).[89]

El Código establece que también se podrá recibir la declaración anticipada de peritos, cuando fuere previsible que la persona de que se trate se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso segundo del artículo 191 (art. 280 CPP).[90] Sobre las objeciones a la recepción de prueba anticipada de peritos en todos los casos de imposibilidad de comparecencia al juicio tuvimos oportunidad de referirnos en otra parte de esta obra. Nos remitimos a ella para su discusión.[91]

2.4.3.7. Solicitud de aprobación de convenciones probatorias

Tanto el fiscal como el querellante, si lo hubiere, y el imputado pueden solicitar en conjunto al juez de garantía que apruebe *convenciones probatorias,* las que deben ser incorporadas en forma precisa en el auto de apertura del juicio oral (art. 275 CPP).

Las convenciones probatorias constituyen acuerdos de los intervinientes sobre hechos no controvertidos del procedimiento que, al ser aprobados por el juez de garantía, dispensan de la carga de probarlos a través de los medios de prueba legal, hechos que luego no podrán ser discutidos durante el debate. Es

---

[88] Vid. infra cap. XIV, 2.3.

[89] Vid. tomo I, cap. VII, B.7.4.4.

[90] La remisión que hace el CPP a las "normas del párrafo 3º del Título VIII del Libro Primero", es errada, pues dicho Título no existe en el Libro Primero. Ella debe entenderse respecto del párrafo 6º del Título III del Libro Segundo, sobre "informe de peritos", cuyas normas en el Proyecto del Gobierno se encontraban al final del Libro Primero.

[91] Vid. t. I, cap. VII, B.7.4.4.

evidente que los hechos objeto de convenciones probatorias deberán formar parte de la motivación de la sentencia, de modo que el tribunal del juicio oral deberá hacerse cargo de tales hechos en los términos que señala el artículo 297 CPP.

El Código impone al juez un comportamiento proactivo, pues lo faculta para formular *proposiciones* a los intervinientes en esta materia. En verdad, esta norma incita a promover convenciones probatorias, por las ventajas evidentes que ellas reportan para el desarrollo ágil y dinámico del juicio, evitando que se practique formalmente prueba sobre la que no existe desacuerdo entre las partes. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que sólo los intervinientes tienen a la vista qué es conveniente para su estrategia de presentación del caso en el juicio; sólo ellos deben decidir, en consecuencia, acerca del ámbito fáctico susceptible de convención probatoria, pues, una vez aprobadas, impedirán controvertir los hechos sometidos a convención en el juicio. Sólo cabría afectar su valor probatorio mediante otras pruebas, ya ofrecidas, o a través del expediente del inciso 1° del artículo 336 CPP, si concurren sus presupuestos. En efecto, la prueba rendida en el juicio podría desvirtuar los hechos o circunstancias que hubieren sido objeto de convención, pues el tribunal no está obligado a otorgarles un valor probatorio preferente ni tampoco son vinculantes, como se ha sugerido por algún autor.[92] Como sabemos, el tribunal sólo se encuentra su-

[92] Por ello, no estamos de acuerdo con las palabras de CERDA, quien afirma que la convención probatoria constituye una institución que "demuestra que la búsqueda de la verdad material deja de ser una regla básica del proceso penal, permitiéndose la existencia de verdades simplemente procesales, consensuadas, vinculantes para el tribunal sentenciador" (CERDA (R.), *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, Librotecnia, Santiago, 2003, p. 44). Este autor olvida que este mecanismo tiene por única finalidad evitar que ciertos hechos o circunstancias invocadas o alegadas por las partes deban ser probados en el juicio a través de los medios de prueba contemplados en la ley, si no existe controversia sobre su existencia. Derivar de ello que son vinculantes para el tribunal constituye un salto lógico sin fundamento alguno, pues no existe ninguna norma que las sustraiga del proceso valorativo a que se refiere el artículo 297 CPP. Sólo podría afirmarse, en consecuencia, que tales hechos deben ser objeto de valoración en la sentencia. Nada más. Por otro lado, no hay que confundir las posiciones que postulan el consenso no cognitivo, basado en la coherencia contextual de la narración o en consideraciones meramente táctico-procesales como base legitimante del proceso penal y la sentencia con aquellas que, como la concepción consensualista de la verdad sostenida por HABERMAS, postulan el consenso con valor cognitivo como finali-

jeto a las limitaciones que señala el inciso 1° del art. 297 CPP. Del mismo modo no podría rechazarse la producción de prueba nueva que pudiera controvertir el hecho sometido a convención probatoria, pues el inciso 1° del artículo 336 CPP discurre sobre la base de evidencia sobre cuya existencia sólo se toma conocimiento con posterioridad a la dictación del auto de apertura del juicio oral y que, por tanto, se desconocía al momento de acordar las convenciones probatorias.

Si la solicitud de convención probatoria no merece reparos, por conformarse a las alegaciones de los intervinientes, el juez de garantía deberá indicar en el auto de apertura del juicio oral los hechos "que se dieren por acreditados". En rigor, los hechos no pueden darse por *acreditados* cuando aún no se ha dado inicio al juicio. Tales hechos sólo pueden considerarse prueba, en el sentido del inciso 2° del art. 340 CPP, cuando son introducidos al juicio mediante su lectura en el juicio oral.[93] Los jueces son libres de dar por establecidos los hechos sometidos a convención probatoria o, por el contrario, considerarlos desvirtuados por las otras pruebas rendidas en el juicio, existiendo sólo la obligación de fundamentar su proceder en los términos que expresan los incisos 2° y 3° del artículo 297 CPP.

Una última cuestión referida a esta materia, pero no por ello menos importante, dice relación con la extensión material de las convenciones probatorias. En otras palabras, ¿existen restricciones en cuanto al ámbito de hechos susceptible de convención probatoria? ¿Podría someterse a convención probatoria, por ejemplo, la existencia del hecho constitutivo del delito y dejarse

dad del proceso, esto es, una verdad basada en un consenso racionalmente fundado, como *adequatio intellectus et rei* (sobre esta discusión, vid. TARUFFO (M), *La prueba de los hechos* (trad. Jordi Ferrer), Trotta, 2002, p. 175; sobre los malos entendidos que genera esta confusión, vid. VIVES ANTON (T.), *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal II: La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 243 y ss). Vid. infra cap. XII, B.1.

[93] Si bien la ley no señala una oportunidad precisa, suele ser habitual que el juez presidente del tribunal del juicio oral en lo penal realice su lectura al inicio del debate. No cabe, a nuestro juicio, un conocimiento privado del tribunal de tales convenciones, por ejemplo, mediante su lectura antes o después del juicio, pues tal procedimiento afecta el principio de publicidad, que no sólo corresponde a los intervinientes, sino también a terceros ajenos al procedimiento.

para el juicio la producción de prueba para acreditar cuestiones de menor entidad, como el grado de participación culpable, las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal o la procedencia de medidas alternativas? La propia ley no establece restricciones. Sin embargo, las limitaciones surgen del fundamento de legitimación del juicio oral, único rito que permite que operen todas las garantías procesales, cuya función principal es asegurar que la decisión que se adopte judicialmente lo sea de un modo cognoscitivo y no meramente convencional. Esto significa que el mero acuerdo o consenso entre las partes sobre la existencia de un hecho o hechos no es un *método* aceptable para garantizar la determinación verdadera de los mismos en el ámbito del proceso, pues tal verdad –entendida como correspondencia con la realidad– sigue siendo la única forma de explicar racionalmente en qué consiste la justicia de la decisión.[94] Una profundización de esta crítica se efectúa más adelante, a propósito de la regulación del procedimiento abreviado.[95]

En casos dudosos, correspondería que el juez verificase el consentimiento del imputado a tales convenciones, haciéndole ver las consecuencias que tales admisiones pueden acarrearle en el juicio, de modo análogo a lo que ocurre en el procedimiento abreviado.[96]

---

[94] TARUFFO (M.), *La prueba de los hechos*, cit., pp. 167 y ss. En el tomo I, cap. I, 1.2. afirmamos nuestra adhesión al concepto de verdad de los hechos como correspondencia con la realidad empírica.

[95] Vid. infra cap. XII, B.

[96] ROJAS SEPULVEDA rechaza la hipótesis de que la condena se emita exclusivamente sobre la base de estas convenciones probatorias, acudiendo a la norma contenida en el artículo 340 inciso 3º CPP ("La sentencia definitiva en el Código procesal penal", en AA.VV., *Reforma procesal penal. Doctrina y jurisprudencia*, vol. II, Universidad de Concepción, 2002, p. 213). El rechazo de esta hipótesis no sólo puede fundarse en razones filosóficas, políticas o jurídicas, sino también en razones de texto positivo. En efecto, este supuesto se asemeja mucho al procedimiento abreviado, con la importante diferencia que –en este caso– basta la mera aceptación de hechos por parte del acusado en la etapa intermedia. No existe la obligación por parte del juez de verificar que tal hecho se asiente en algún antecedente de la investigación. Si el propio legislador estimó inconveniente la aplicabilidad del procedimiento abreviado a delitos graves y planteó un límite para su procedencia, es claro –más allá de las objeciones teóricas– que las convenciones probatorias en el procedimiento ordinario, sobre hechos esenciales para el establecimiento de la responsabilidad criminal, no resultan ni legítimas ni procedentes. En el mismo sentido, CERDA (R.), *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, cit., p. 45, cuando señala que "(l)o que no puede admitirse es que a través de las

2.4.3.8. El ofrecimiento y la exclusión de pruebas

Durante la audiencia de preparación del juicio oral cada parte podrá formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por las demás (art. 272 CPP).

¿Sobre qué pueden versar dichas solicitudes o planteamientos? Fundamentalmente, ellas estarán referidas a la posibilidad de excluir la prueba ofrecida por la contraparte, fundándose en alguna de las causales que señala la ley, en el artículo 276 CPP. En efecto, se plantean 5 hipótesis de exclusión de prueba del procedimiento:

a. La manifiestamente impertinente;

b. La que tiene por objeto acreditar hechos públicos y notorios;

c. La prueba testimonial y documental ofrecida con fines puramente dilatorios, cuando mediante ella se pretenda acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal;

d. La prueba proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas;

e. Las que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Prueba *impertinente* es aquella que no guarda relación alguna con los hechos materia de la acusación o los alegados por la defensa, esto es, en que no existe ninguna relación, lógica o jurídica, entre el hecho y el medio de prueba.[97] La admisibilidad de prueba pertinente o relevante es una exigencia del principio de economía procesal: ningún ordenamiento jurídico admite el derroche de actividades procesales consistentes en la intro-

convenciones probatorias se tengan por establecidos todos los hechos que configuran la conducta del imputado, del tipo penal, la antijuridicidad y la culpabilidad, reservándose el debate probatorio posterior a cuestiones accesorias, o bien, al juicio de derecho".

[97] CLARIA OLMEDO (J.), *Tratado de derecho procesal penal*, tomo V, Ediar, Buenos Aires, 1962, p. 27.

ducción de pruebas que *a priori* se presentan inútiles para la determinación de los hechos.[98] Es importante distinguir que no sólo es pertinente o relevante la prueba sobre los hechos materia de la acusación o la defensa (prueba directa) sino que también puede serlo la prueba sobre hechos secundarios, esto es, de los que puedan lógicamente derivarse consecuencias probatorias del hecho principal (prueba indirecta).

La pertinencia no sólo es un requisito para la prueba de cargo, pues si el acusado ha esgrimido una defensa que se opone activamente a la del ministerio público (por ejemplo, alega legítima defensa), no podría ofrecer prueba para acreditar hechos incompatibles o no pertinentes con esa línea de defensa. La prueba ha de ser *manifiestamente* impertinente; ello significa que la impertinencia de la misma aparezca en forma evidente, de la sola lectura de los escritos de acusación y defensa presentados por las partes en la fase escrita de la etapa de preparación del juicio oral o de la defensa verbal efectuada por el acusado al inicio de aquélla.[99] No obstante, el debate que precede a la resolución jurisdiccional puede mostrar la relación existente entre prueba y hecho. En tal caso, será el juez quien deberá resolver fundadamente en base a las argumentaciones planteadas en la audiencia. Su tarea involucra un juicio de anticipación hipotética en un doble sentido: por un lado debe conjeturar que la prueba ofrecida tenga un resultado positivo y que, por tanto, sea capaz de producir elementos de conocimiento sobre el hecho a determinar. Esta conjetura sería suficiente para afirmar la pertinencia o relevancia de la prueba que se propone para acreditar el hecho o hechos principales del caso. Tratándose de hechos secundarios, en cambio, debe presuponerse también un resultado positivo y verificarse si tal hecho puede constituirse en la premisa de una posible inferencia relativa a algún hecho principal.

El juez podrá excluir aquella prueba que pretende acreditar hechos *públicos* y *notorios*. Tienen tal carácter, primero, los hechos *generalmente conocidos*, como los sucesos de la naturaleza (un temporal, un eclipse de luna) y los acontecimientos histó-

[98] TARUFFO (M.), *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970, pp. 102 y ss.

[99] En consecuencia, el control de pertinencia obligará a mostrar la línea de defensa del acusado cada vez que ofrezca prueba, pues, de lo contrario, corre el riesgo de que pueda ser excluida del procedimiento.

cos (el asesinato de judíos en campos de concentración durante la 2ª Guerra Mundial), así como, en general, todos aquellos hechos de los cuales "normalmente tienen conocimiento las personas sensatas o sobre los que ellas se pueden informar en fuentes confiables (mapas, enciclopedias y similares)".[100] Si existe duda sobre el carácter público o notorio del hecho, corresponde ordenar su prueba a fin de no afectar la libertad de valoración del hecho por parte del tribunal del juicio.[101]

La tercera hipótesis de exclusión de prueba, más bien, *reducción* de la misma, consiste en aquella propuesta con propósitos dilatorios. En efecto, se señala que si el juez "estimare que la aprobación en los mismos términos en que hubieren sido ofrecidas las pruebas testimonial y documental produciría efectos puramente dilatorios en el juicio oral, dispondrá también que el respectivo interviniente reduzca el número de testigos o de documentos, cuando mediante ellos deseare acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal".

En el Proyecto de Ley del Ejecutivo se contemplaba, entre otras causales de exclusión, la prueba que, por su abundancia y referirse a unos mismos hechos o circunstancias, su ofrecimiento sólo podía tener una finalidad puramente dilatoria.[102] Durante la tramitación parlamentaria, sin embargo, se restringió la posibilidad de invocar esta causal exigiendo, copulativamente, la concurrencia de dos presupuestos: a) que se tratara únicamente de la prueba testimonial o documental; y b) que mediante ellas se quisiera acreditar unos mismos hechos o circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal.

El segundo presupuesto de la norma ha generado, sin embargo, dificultades interpretativas. En efecto, la estructura semántica de la frase plantea la duda si ella contiene requisitos copulativos o se trata de hipótesis alternativas y, por tanto, independien-

[100] ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 187.

[101] Así, CHAHUAN (S.), *Manual del nuevo procedimiento penal*, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2002, p. 287. Vid. también VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 58 y ss.

[102] Cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal*, cit., pp. 284 y ss.

tes entre sí. De este modo, la norma admitiría las dos siguientes lecturas:

Primera: la ausencia de la exigencia de pertinencia sustancial se plantea tanto respecto de los hechos como de las circunstancias que se pretenden probar, lo que significa que sólo se podrá reducir la prueba ofrecida en exceso cuando ella sirva para acreditar hechos o circunstancias que no obstante ser pertinentes –de lo contrario, se excluirían en razón de la hipótesis contenida en el inciso 1° del art. 276 CPP– no lo son de modo relevante y directo con la materia del juzgamiento. Tal sería el caso, por ejemplo, si se quisiese presentar numerosos testigos o documentos para acreditar la irreprochable conducta anterior del acusado, circunstancia atenuante de la responsabilidad penal.

Segunda: la norma contempla dos hipótesis alternativas que autorizan la reducción de prueba: a) que se trate de prueba destinada a probar unos mismos hechos, o b) que se trate de circunstancias que no guarden pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal. Esta interpretación nos parece la correcta, pues permite reducir la prueba superabundante que se ofrece para acreditar unos mismos hechos, aunque guarden pertinencia sustancial con la materia del juicio. En efecto, no parece razonable ni conveniente que deba recibirse toda la prueba ofrecida que se halle en esta hipótesis, si su rendición pudiera prolongar excesivamente el juicio y no aportara elementos nuevos al tribunal para formar su convicción. Es preciso observar, sin embargo, que tratándose de la prueba testimonial, la circunstancia de que los testigos declaren sobre unos mismos hechos no debería determinar necesariamente su reducción, pues es posible que los hayan presenciado, apreciado o percibido desde diferentes perspectivas y ello fuera relevante para su valoración global.

La regla de exclusión precedente sólo procede respecto de la prueba *testimonial* y *documental.* Una posible razón de la restricción efectuada por el legislador pareciera fundarse en la estimación que la prueba superabundante será infrecuente en el caso de los informes periciales, los objetos y otros medios de prueba. Pero, además, en el caso de los informes periciales existe un control previo sobre su número por parte del juez de garantía. En efecto, el artículo 316 inciso primero, *in fine,* del CPP es-

tablece que el tribunal "podrá limitar el número de informes o peritos, cuando unos u otros resultaren excesivos o pudieren entorpecer la realización del juicio". La introducción al juicio de objetos y otros medios de prueba que deban exhibirse en el debate no debiera ocasionar efectos dilatorios. Sin embargo, una situación particular podría producirse con el ofrecimiento superabundante de los medios de prueba a que se refiere el artículo 323 CPP, cuya incorporación al juicio deberá adecuarse al medio de prueba más análogo. Estimamos que aunque la analogía con la prueba documental no es evidente, el tribunal podría reducir el número o extensión del respectivo medio de prueba para evitar una prolongación indebida del juicio, en los términos señalados por el inciso 2° del artículo 276 CPP y cuidando de no afectar los derechos de la parte que lo ofrece.

Por último, la ley contempla dos hipótesis de exclusión probatoria estrechamente emparentadas entre sí. Se trata de la prueba proveniente de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas, y de aquella que hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales. En el primer caso, para excluir la prueba se requiere que, previamente, exista una resolución judicial que haya declarado la nulidad de la actuación o diligencia con ocasión de la cual se obtuvo la evidencia, de conformidad a los artículos 159 y siguientes del CPP. En el segundo caso, no se plantea tal exigencia formal previa. En ambos casos nos encontramos en el ámbito de lo que la doctrina denomina *prueba ilícita*, esto es, evidencia obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, para cuya exclusión la ley franquea dos vías de acceso. El parentesco de ambas causales de exclusión de prueba es evidente, bastando para su comprobación la lectura del artículo 160 CPP, sobre nulidades, cuyo texto prescribe que "se presumirá de derecho la existencia del perjuicio (exigido para la procedencia de la nulidad procesal) si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República". En consecuencia, si por cualquier motivo el interviniente perjudicado en sus garantías fundamentales no solicita la nulidad de la actuación o diligencia defectuosa del procedimiento, a través de la cual se obtuvo evidencia en su contra, o si habiéndola solicitado ella hubiese sido rechazada, queda siempre a salvo su derecho de solicitar la ex-

clusión de la prueba obtenida ilegítimamente en la audiencia de preparación del juicio oral, por la vía del artículo 276 inciso 3º CPP.[103]

La regulación legal deja en claro que la opción del legislador en materia de prueba ilícita ha sido la prohibición de su incorporación al debate más que la prohibición de su valoración. En efecto, en la discusión del Proyecto de Ley en el Senado se señaló que el propósito de la misma era "evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos (...)"; reiterando, más adelante, que debe impedirse que el tribunal "se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar".[104] Con ello, se expresa la desconfianza sobre el impacto que la prueba ilícita pueda producir en el tribunal y su influencia sobre la decisión de absolución o condena, no obstante haya una prohibición de valoración en la sentencia y exista un control de la misma a través de su fundamentación.[105]

La exclusión probatoria produce como efecto que la prueba ofrecida no puede ser rendida en el juicio. En efecto, luego de examinar las pruebas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, el juez de garantía ordenará fundadamente la exclusión de aquella evidencia que estime dentro de alguna de las hipótesis señaladas. Esta resolución, que se contiene en el auto de apertura del juicio oral, sólo es apelable por el ministerio público en un supuesto específico que analizaremos más adelante (art. 277 inciso 2º CPP).[106]

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía e incluidas en el auto de apertura del juicio oral.

---

[103] Sobre la prueba ilícita y la prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas, vid. infra cap. IX, C.4. También HERNANDEZ B. (H.), *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección Investigaciones Jurídicas Nº 2, 2002; CAROCCA (A.), "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", en Ius et Praxis Nº 2, Universidad de Talca, 1998.

[104] PFEFFER, cit., p. 285.

[105] En el mismo sentido, HERNANDEZ (H.), *La exclusión de la prueba ilícita*, cit., p. 89.

[106] Vid. infra 2.4.6.3.

2.4.3.9. Solicitud para que se decrete la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, su substitución, modificación o revocación

De conformidad con el inciso 1° del artículo 142 CPP, la solicitud de prisión preventiva puede plantearse verbalmente, entre otras oportunidades procesales, en la audiencia de preparación del juicio oral. Asimismo, podría solicitarse su substitución, modificación o revocación, de conformidad con los arts. 144 y 145 CPP. Lo mismo cabe predicar respecto de las medidas cautelares personales contempladas en el art. 155 CPP, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del mismo precepto penal.[107] El debate sobre las medidas cautelares personales resulta especialmente recomendable de practicar en esta audiencia para evitar que aquél pueda producirse antes del juicio oral, afectándose la imparcialidad del tribunal de juicio oral.[108]

2.4.3.10. Situación especial de prueba ofrecida por la defensa

Una situación particularmente controvertida se ha planteado respecto de la prueba ofrecida por la defensa en la etapa intermedia y no conocida previamente por el ministerio público, llegándose a solicitar su exclusión del juicio oral por afectarse el debido proceso y la igualdad de armas. Este planteamiento es inadmisible, por razones de texto positivo y materiales. En efecto, la propia ley autoriza al imputado para examinar las actuaciones y diligencias realizadas por el fiscal y la policía durante la investigación, salvo en el caso de que se haya dispuesto su reserva (art. 182 inciso 2° CPP). Asimismo, establece que el acusado tendrá a su disposición en el tribunal los antecedentes acumulados durante la investigación, una vez que es notificado de la acusación (art. 260 CPP). Sin embargo, el Código no impone al acusado el deber recíproco de la misma naturaleza, porque reconoce que este último no se encuentra en una posición equivalente a la del órgano estatal de persecución penal.

[107] Tomo I, cap. VI, A.5.

[108] Sobre esta problemática, vid. t. I, cap. VI, C.2.1.2.1. e infra cap. X, 3.1.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, al señalar que "el debido proceso (...) no tiene realmente por objeto instaurar el *fair play* entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada (...)".[109] En efecto, las garantías que emanan de la noción de debido proceso sólo pueden predicarse respecto del imputado, porque ellas constituyen propiamente una limitación del poder estatal a favor de los ciudadanos.[110] Como anota MAIER, refiriéndose a un presunto derecho de defensa del Estado, "(...) se equivoca quien extiende el funcionamiento de la garantía al órgano estatal en cuyas manos se coloca el poder de persecución penal", añadiendo que la "ley procesal penal puede otorgar facultades al ministerio público, colocándolo en un pie de igualdad con el imputado, o, incluso como sucede en realidad, por encima de él, pues ejerce el poder de persecución penal del Estado y goza de todas las facultades que ello implica (por ej., el de dirigir la policía); pero ello no significa regular su defensa y otorgarle oportunidades para ejercer ese derecho, sino, simplemente, darle armas para cumplir su función".[111] Las garantías y reglas vinculadas al debido proceso no están encaminadas a obtener la verdad material ni la corrección en abstracto, sino que constituyen un control externo de carácter legal o moral que opera sobre los procedimientos sustanciados por instancias autoritativas para resolver disputas entre partes. Ellas constituyen un contrapeso para los intereses de quienes deciden tales contiendas. Así, en el proceso criminal, los intereses del Estado tienden hacia el castigo de los infractores de la ley penal al menor costo posible. Los controles del debido proceso están orientados, por tanto, a salvaguardar el interés más frágil y débil del imputado consistente en el aseguramiento de que no será castigado penalmente a menos que sea culpable, y, en tal caso, que se le impondrá la pena que corresponda conforme a la ley penal.[112]

---

[109] Sentencia recaída en recurso de nulidad de 2 de octubre de 2002, Ingreso Corte N° 1989-2002.

[110] Para un mayor desarrollo de esta posición, vid. HORVITZ (M.I.), "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", cit., pp. 136 y ss.

[111] *Derecho procesal penal, Fundamentos,* cit., pp. 543-5.

[112] GREY (T.), "Procedural fairness and substantive rights", en PENNOCK/CHAPMAN (eds.), *Due process,* Nueva York, 1977, pp. 182 y ss., esp. p. 187.

En suma, la desigualdad fáctica del imputado y su posición de mayor debilidad frente a la imputación penal que le realiza el Estado justifican la imposición de deberes al ministerio público sin correlato respecto de aquél. Por tanto, no cabe excluir la prueba ofrecida por la defensa del acusado durante la audiencia de preparación del juicio oral por el eventual desconocimiento que afectase al ministerio público respecto de su previa existencia. Tampoco existe una norma que imponga tal carga al imputado ni que autorice a la exclusión de pruebas por este motivo, situación esta última que se desprende de la enumeración taxativa que efectúa el art. 276 CPP.

2.4.4. *Unión y separación de acusaciones*

El juez de garantía posee la facultad de unir acusaciones diversas formuladas por el ministerio público cuando considere conveniente someterlas a un mismo juicio oral, por referirse a un mismo hecho, a un mismo imputado o porque debieren ser examinadas unas mismas pruebas, y siempre que ello no perjudique el derecho a defensa de el o los acusados. En tal caso, decretará la apertura de un solo juicio oral (art. 274 inciso 1° CPP). Esta norma fue analizada anteriormente, a propósito de la agrupación y separación de investigaciones, en la que se plantearon las diversas hipótesis posibles.[113]

Junto con la anterior, el juez de garantía posee, asimismo, la facultad de separar acusaciones y dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distintos hechos o diferentes imputados que estuvieren comprendidos en una misma acusación, en las siguientes hipótesis:

a) cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio;
b) cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, pudiere provocar detrimento al derecho de defensa.

El límite a ambas hipótesis es que ellas no impliquen el riesgo de provocar decisiones contradictorias. En efecto, el juez debe

[113] Vid. t. I, cap. III, C.2.1.4.

ponderar la mayor o menor vinculación de los hechos imputados, ya sea desde la perspectiva de su calificación jurídica o porque se trate de la participación conjunta de diversos imputados en los mismos, de tal forma de evitar que la separación de acusaciones y su vista individual en el juicio oral pudiera perjudicar a uno o más de ellos.

Se advirtió, ya en la Cámara de Diputados, que esta facultad del juez podía "desarmar la estrategia del fiscal" en la presentación de sus acusaciones. No obstante, se argumentó que esta facultad judicial era excepcional a la que poseía el fiscal en la conducción de sus casos.[114] Cabría añadir que la intervención del juez, en todos los supuestos, siempre debe estar presidida por el interés de salvaguardar los derechos del imputado.

2.4.5. *Nuevo plazo para presentar prueba*

Al término de la audiencia de preparación del juicio, el juez debe dictar el auto de apertura del juicio oral. Sin embargo, existe un supuesto en el que puede postergar la dictación de dicha resolución hasta por diez días. En efecto, si al término de la audiencia, el juez de garantía comprueba que el acusado no ha ofrecido oportunamente prueba por causas que no le fueren imputables, podrá suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días, postergando en consecuencia la dictación del auto de apertura del juicio oral (art. 278 CPP).

Esta norma es otra manifestación de la función de cautela de garantías del imputado que corresponde al juez de garantía, y que se consagra como principio general en el artículo 10 CPP. Dentro de las hipótesis posibles se encuentra, a nuestro juicio, desde la circunstancia que su propio defensor no la hubiere ofrecido oportunamente, por carecer del tiempo necesario para ello (v. gr., en el caso de abandono de la defensa al inicio de la audiencia y sustitución por un defensor penal público) hasta la impericia o ignorancia manifiesta del mismo en el ejercicio de los derechos de su cliente.

[114] PFEFFER, cit., p. 282.

2.4.6. *Auto de apertura del juicio oral*

Es la resolución jurisdiccional que cumple con los objetivos de la fase intermedia, pues delimita el objeto del juicio oral al fijar los hechos y circunstancias sobre los cuales aquél debe recaer, así como los medios de prueba ofrecidos para acreditar los mismos.

2.4.6.1. Contenido

Esta resolución deberá contener las siguientes menciones:

a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;

b) La o las acusaciones que deberán ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hubieren realizado en ellas;

c) La demanda civil;

d) Las convenciones probatorias, esto es, los hechos que las partes dieren por acreditados en conformidad con lo dispuesto en el artículo 306 CPP;

e) Las pruebas que deberán rendirse en el juicio oral, y

f) La individualización de quienes debieren ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que debiere pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos.

El tribunal competente para conocer del juicio es el tribunal de juicio oral en lo penal con jurisdicción sobre el territorio en el que se hubiere cometido el hecho que ha dado lugar al procedimiento penal, entendiéndose cometido el delito en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.[115] De conformidad con el inciso 1° del artículo 74 CPP, no podrá promoverse la incompetencia territorial del tribunal de juicio oral por las partes ni declararse de oficio, sino dentro de los tres primeros días desde la notificación de la resolución que fija fecha para la realización de la audiencia del juicio oral, esto es, la resolución a que se refiere el artículo 281 CPP.[116]

[115] Cfr. arts. 16, 21 y 157 incisos 1° y 3° COT.

[116] Vid. infra cap. X, 3.1.

Se ha producido una discusión acerca de la exigencia contenida en la letra b) precedente, en el sentido de si basta transcribir un resumen de las acusaciones o si, por el contrario, debe transcribirse o acompañarse el texto completo de las mismas. La opción por la segunda alternativa nos parece obvia, por tres razones: una, porque la ley no exige expresamente su transcripción resumida, como sí lo hace para otras actuaciones (v. gr., art. 267 CPP); además, porque sólo a través de la transcripción o copia completa de las acusaciones el tribunal de juicio oral en lo penal podrá conocer cuál es, con exactitud, la pretensión punitiva estatal y su sustento fáctico y jurídico así como la del acusador particular, en su caso. Y finalmente, porque sólo de este modo el tribunal que juzga puede cumplir fielmente con el mandato de congruencia contenido en el artículo 341 inciso 1° CPP. La misma solución se propone para la demanda civil.

2.4.6.2. Notificación del auto de apertura

Como se trata de una resolución que se dicta en audiencia, corresponde entenderla notificada a los intervinientes que asistieron a la misma desde el momento de su pronunciamiento, sin perjuicio de dejar constancia de dicha notificación en el estado diario (art. 30 CPP). Ejecutoriado que sea el auto de apertura del juicio oral, el juez de garantía deberá remitir el auto de apertura al tribunal competente dentro de las 48 horas siguientes a su notificación (art. 281 inciso 1° CPP), norma que no debiera plantear dificultades, pues, como veremos en el siguiente apartado, sólo se concede el recurso de apelación en un caso muy excepcional. El plazo de 48 horas corre, en este caso, a partir de que se encuentra ejecutoriado el cúmplase de la resolución de segunda instancia.

2.4.6.3. Impugnación del auto de apertura del juicio oral

Contra el auto de apertura del juicio oral cabe el recurso de apelación, aunque sólo en un supuesto, según se expondrá seguidamente. La razón de esta restricción radica en la necesidad de evitar un sistema de recursos "demasiado amplio (que) podría

significar la paralización del proceso, porque todos apelarían ante cualquier prueba que se les suprima".[117]

En consecuencia, el recurso de apelación procede cuando fuere interpuesto por el ministerio público por la exclusión de prueba de cargo, pero únicamente en razón de tratarse de prueba proveniente de actuaciones o diligencias declaradas nulas o con inobservancia de garantías fundamentales.

El fundamento de esta restricción es evidente: la exclusión de prueba de cargo, ya sea parcial o total, puede dejar al ministerio público –quien tiene la carga de la prueba– en situación de no poder sustentar su acusación en el juicio o de hacerlo en una medida menor de lo que exige el elevado estándar de convicción introducido por el Código en el inciso 1° del artículo 340 CPP. Como es obvio, el acusado no puede apelar de esta resolución cuando el juez de garantía resuelva la inclusión al debate de prueba de cargo que aquél considera ilícita. Por ello, y tal vez con mala conciencia, el legislador se ocupa de establecer que quedará a salvo "la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales" (art. 277 inciso final CPP).[118]

El recurso de apelación debe ser concedido en ambos efectos. Evidentemente, no tiene sentido llevar adelante el procedimiento y realizar el juicio oral, si el órgano acusador carece de prueba suficiente para sustentar sus cargos. El problema subsiste, no obstante, si el tribunal *ad quem* confirma la resolución del juez de garantía, pues a falta de un pronunciamiento legal expreso, habría que entender que el ministerio público estaría obligado de todas formas a llevar el caso al juicio. En efecto, encontrándose firme el auto de apertura del juicio oral, el juez de garantía debe remitirlo al tribunal competente dentro de las 48 horas siguientes a su notificación, para la fijación de la fecha y lugar del juicio, la integración del tribunal y la práctica de las citaciones correspondientes (art. 281 inciso 1° CPP).

Esta solución no parece práctica ni razonable. El ministerio público formula su acusación teniendo en consideración el so-

[117] PFEFFER, cit, p. 285.

[118] Sobre el particular, vid. infra cap. XI, D.2.

porte probatorio con el que cuenta; si tal sustento desaparece en una medida relevante, debiera contemplarse un mecanismo que le permitiera evitar ir obligadamente al juicio.

La situación anteriormente descrita debe distinguirse de los supuestos de *absolutio ab instancia*, institución que se recoge en la legislación posterior al ordenamiento jurídico penal de Carlos V, denominado *Constitutio Criminalis Carolina.*[119] En efecto, en el proceso penal alemán común, si la prueba formal no conseguía demostrar plenamente la culpabilidad, pero quedaban dudas sobre la inocencia del reo, se le imponía o bien una *poena extraordinaria* (por sospecha) –más leve– o era absuelto provisionalmente, con la salvedad de que en cualquier momento se podía reanudar el procedimiento.[120] Modernamente, esta institución se traduce en la posibilidad de que el propio ministerio público solicite la absolución del acusado en el alegato de clausura cuando las pruebas obtenidas durante la investigación preparatoria no subsisten o no permiten producir certeza respecto de la culpabilidad en el debate. Ello supone, como es evidente, que el juicio tenga lugar, pero que el fiscal, en vez de sustentar su acusación y hacer un pedido de condena, solicite la absolución del acusado por falta de pruebas o por haber adquirido la convicción de su inocencia.

Dada la importancia que, a nuestro juicio, tienen los problemas anotados en los párrafos precedentes, intentaremos plantear una solución que se acomode a la regulación positiva y ofrecer una propuesta alternativa de *lege ferenda.*

[119] *Die Peinliche Gerichtsordnung,* del Emperador Carlos V, del año 1532. Este instrumento legal, llamado también el primer Código Penal alemán (imperial), contenía todo el derecho penal en sentido amplio: las reglas del derecho penal material, las que regulaban el procedimiento penal y las que establecían la organización judicial. Aunque en el ámbito de la justicia criminal conserva como fuente el derecho germano, esto es, el respeto por el principio acusatorio y la audiencia pública, es posible detectar la influencia del derecho romano imperial de los últimos tiempos –a través del derecho canónico– y su idea de la persecución pública u oficial y de la búsqueda de la verdad histórica, ingresando por esta vía a Alemania la Inquisición (MAIER, *Derecho procesal penal, Fundamentos,* cit. pp. 303-304).

[120] MAIER, cit., 309.

2.4.6.4. Situación del fiscal sin prueba de cargo

El fiscal carecerá de prueba de cargo o, al menos, la suficiente para obtener una decisión de culpabilidad cada vez que, durante la audiencia de preparación del juicio oral, el juez de garantía excluya importante prueba de cargo del fiscal, y tal resolución sea ratificada por la Corte de Apelaciones respectiva. También podrá producirse este problema cuando, durante el juicio, la prueba de cargo ofrecida se desvirtúe[121] o la defensa introduzca relevante y decisiva prueba de descargo. En el primer caso, ¿debe realizarse el juicio? Y en caso afirmativo, ¿está obligado el fiscal a solicitar la condena del imputado en él? Por último, y respecto de los dos grupos de casos, si se admite que el fiscal pueda solicitar la absolución del acusado, ¿podrá el tribunal, a su turno, condenarlo?

El Código Procesal Penal no se pone en ninguna de estas hipótesis y, por eso, intentaremos resolver esta problemática acudiendo a los principios del nuevo sistema de enjuiciamiento criminal y a las soluciones que se le han dado en el derecho comparado.

Con relación al primer supuesto formulado, pareciera que no cabe retirar la acusación y comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento, pues tal comunicación del ministerio público se encuentra estrictamente prevista para la etapa de la investigación preparatoria, al tenor de lo dispuesto en la letra c) del artículo 248 CPP.[122] Además, sus efectos atacan la formalización de la investigación pero no los de la acusación, la que quedaría, sin embargo, subsistente. Tampoco existe una causal expresa de sobreseimiento definitivo o temporal que se refiera a este supuesto específico y, por tanto, en virtud del principio de legalidad de la persecución de los delitos de acción penal pública, no existiría más remedio que realizar el correspondiente juicio oral, pues así lo dispone expresamente el inciso 2° del artículo 166 CPP.[123]

---

[121] Por incomparecencia, no subsanable, de peritos o testigos o por declaraciones incongruentes o débiles en comparación con las prestadas durante la investigación, etc.

[122] La norma se refiere expresamente a "no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación".

[123] Que, en lo pertinente, señala en el inciso 2° del artículo 166 CPP: "Cuando el ministerio público tomare conocimiento de la existencia de un hecho que

En las legislaciones donde rige de modo general y absoluto el principio de oportunidad en la persecución penal de los delitos, este problema no existe.[124] En efecto, si el fiscal no tiene suficiente evidencia para elevar el caso a juicio, no formulará acusación o negociará los cargos y/o la pena. Por el contrario, en los sistemas donde tiene primacía el principio de legalidad de la persecución penal pública, el órgano persecutor sólo podrá interrumpir o hacer cesar un procedimiento penal ya iniciado si se encuentra autorizado por la ley. De allí que surja con intensidad la interrogante de qué hacer cuando el ministerio público se queda sin suficiente prueba *después* de formulada la acusación.

De *lege ferenda*, la solución más razonable sería otorgar la facultad al fiscal para solicitar el sobreseimiento definitivo del caso al juez de garantía, quien debería decretarlo sin revisar el mérito de los antecedentes en base a una causal que incorporara este supuesto en el art. 250 CPP. No somos partidarios de la introducción de una norma análoga a la de la comunicación de la decisión de no perseverar, por no corresponderse con la lógica del Código de optar por la clausura definitiva del procedimiento cuando existe una actividad procesal defectuosa de gran entidad del ministerio público, término que siempre da lugar a la resolución jurisdiccional de sobreseimiento definitivo.[125] En esta

revistiere caracteres de delito, con el auxilio de la policía, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender, interrumpir o hacer cesar su curso, salvo en los casos previstos en la ley".

[124] Sobre esta cuestión, vid. t. I, caps. II, C.1.4 y VII, B.1.2.

[125] Piénsese en los casos previstos en los artículos 247 ó 270 CPP; sin embargo, la letra c) del artículo 248 CPP es el único caso en que, una vez producida la intervención judicial en el procedimiento penal, cabe la paralización indefinida del mismo sin una resolución judicial que ponga término al procedimiento penal. Por ello resulta inadmisible aquella posición que confunde cierre de la investigación con término del procedimiento, pues éste sólo puede concluir con una resolución jurisdiccional que otorgue seguridad jurídica a las partes involucradas y, en este caso, la única forma de obtenerla sería a través de la solicitud de sobreseimiento definitivo una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción penal, petición que –valga la pena destacarlo– se fundaría en una norma sustantiva: el art. 93 Nº 6 del Código Penal (cfr. Instrucción del Fiscal Nacional de 18 de noviembre de 2003, *Boletín del Ministerio público* Nº 17, pp. 209 y ss.). Tampoco son de recibo las razones esgrimidas por los parlamentarios, en orden a rechazar la posibilidad de un sobreseimiento temporal o definitivo en los casos de insufi-

oportunidad, el defecto ha consistido en haber obtenido y basado su acusación en prueba ilícita,[126] y la propuesta para resolver procesalmente este supuesto se corresponde con la intención del legislador de evitar que ella sea considerada de cualquier forma para la solución jurídico-penal del caso. La ventaja se halla en razones de economía procesal y de recursos humanos y materiales, pues se deja una vía abierta para que el propio ministerio público termine anticipadamente un caso viciado por inobservancia de garantías fundamentales, sin necesidad de realizar un juicio que muy probablemente perderá.

Sin embargo, de *lege lata* el único camino disponible es ir a juicio. Pero en tal caso, ¿podría el fiscal solicitar derechamente la absolución del acusado, no obstante haber solicitado su condena en la acusación, en base a que carece de prueba o ella es manifiestamente insuficiente para acreditar su acusación? Nos parece que la respuesta debe ser afirmativa, pues pareciera absurdo realizar un juicio y producir prueba que se sabe de antemano será insuficiente para condenar al acusado.[127] En este caso, el tribunal debería emitir inmediatamente su fallo, sin perjuicio de permitir previamente, a la defensa y al imputado, efec-

ciencia de antecedentes para acusar al momento del cierre de la investigación. En efecto, se argumentó que el modelo de sistema escogido en el Código es el que entrega la exclusividad de la investigación al ministerio público y, en consecuencia, sólo a él competía el juicio de valor acerca del mérito de la investigación (cfr. PFEFFER, *Código procesal penal,* cit., pp. 264 y ss.). Sin embargo, parece claro que esta lógica del Código no se vería afectada si es el propio ministerio público quien solicita el sobreseimiento del caso al tribunal, vedándose la posibilidad de que éste lo decrete de oficio. El tribunal debería decretar el sobreseimiento sin poder revisar el mérito de la investigación, en un control similar al que se le impone respecto del ejercicio del principio de oportunidad. Las ventajas respecto de la decisión de no perseverar son evidentes: se trataría de una resolución jurisdiccional de suspensión o término del procedimiento, susceptible de recursos legales, y que otorga seguridad jurídica a las partes involucradas, produciendo el efecto de cosa juzgada.

[126] Sobre el particular, vid. infra cap. IX, C.4.

[127] Una alternativa diferente podría plantearse si hubiera un querellante en la causa que hubiera ofrecido prueba diferente a la excluida en la audiencia de preparación del juicio oral y quiera, no obstante, la realización del juicio. En este caso, debe realizarse el juicio, pues el derecho positivo chileno reconoce un papel preponderante a la víctima en el ejercicio de la acción penal pública (vid. t. I, cap. III, E.).

tuar las declaraciones que estimasen convenientes. Como en este caso no se ha rendido prueba, el tribunal se verá totalmente impedido de condenar al acusado, pues es evidente que no puede basar su sentencia únicamente en la acusación. Si, por el contrario, el fiscal decide rendir la prueba que no hubiere sido excluida, el juicio seguirá adelante conforme a las reglas generales. Como el supuesto que estamos examinando discurre sobre la base que el fiscal se quedó sin prueba suficiente de cargo, ello no necesariamente afectará su convicción personal sobre la inocencia o culpabilidad del acusado, por lo que será probable que reitere en el alegato de clausura las peticiones planteadas en la acusación.

Distinto es el caso en que, con ocasión de la rendición de pruebas durante el juicio, el fiscal pierda la convicción que lo llevó a formular su acusación y no desee seguir sosteniendo la acusación en contra del imputado. El tratamiento de esta hipótesis se realizará a propósito del estudio del juicio oral, por corresponder allí su ubicación sistemática, lugar en el que también se examinará la cuestión de si el tribunal del juicio se halla o no vinculado por la solicitud de absolución del ministerio público al momento de dictar sentencia.[128]

2.4.7. *Devolución de los documentos de la investigación*

El tribunal devolverá a los intervinientes en el procedimiento los documentos que hubieren acompañado durante el procedimiento (art. 279 CPP). Tal ocurrirá con los antecedentes que se hubieren presentado para acreditar excepciones de previo y especial pronunciamiento, los informes periciales y la prueba documental ofrecida, entre otros.

Esta norma asume la única postura coherente con el principio acusatorio y con el principio de imparcialidad del tribunal que juzga. En efecto, los documentos que las partes deseen presentar como prueba deben incorporarse a través de su lectura en el juicio, con las limitaciones que el propio Código establece. Serán las partes las que, con ocasión del interrogatorio de

[128] Vid. infra cap. X, 3.3.1.1. y 3.3.1.2.

un testigo o de un perito, los presentarán en el debate, para su autentificación, o, simplemente, procederán a su lectura solicitando se los tenga por incorporados. El juez de garantía sólo puede remitir al tribunal del juicio el auto de apertura del juicio oral,[129] cautelándose así la imparcialidad del juzgador.

[129] Vid. Ley N° 19.807, de 11 de julio de 2002, que modificó el artículo 281 inciso 1° CPP.

IX. LA PRUEBA*

A. *INTRODUCCION*

La *prueba* puede ser definida en términos simples como un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio.[1]

Completando este núcleo básico, se puede decir que la prueba es una *verificación de afirmaciones* que se lleva a cabo utilizando los *elementos o fuentes de prueba* de que disponen las partes y que se incorporan al proceso a través de *medios de prueba* y con arreglo a ciertas garantías.[2]

La primera afirmación, que está implícita en la definición anterior, es que la prueba no consiste en *averiguar*, sino en *verificar*.[3] Esta constatación resulta útil para efectuar desde ya una precisión que es crucial para la comprensión del sistema procesal penal de la reforma: la prueba en el proceso penal únicamente tiene lugar en la etapa del juicio oral.[4] Es aquí donde el

---

* Capítulo preparado por Julián López M.

[1] Cfr. COUTURE (E.), *Fundamentos...*, cit., p. 217.

[2] Seguimos en esta definición parcialmente a SENTIS MELENDO, cit., p. 20.

[3] SENTIS MELENDO atribuye la confusión entre ambos conceptos en Iberoamérica a las *Siete Partidas* de Alfonso X, que definían la prueba señalando que "prueua es aueriguamiento que se feze en juycio en razón de alguna cosa que es dudobsa". SENTIS MELENDO, cit., pp. 10 y 11.

[4] RAMOS MENDEZ (F.), *El proceso penal*, cit., p. 341. En el mismo sentido, BINDER, refiriéndose a la investigación preliminar: "Cuando afirmamos que esta primera fase del proceso penal es 'preparatoria', queremos decir, fundamentalmente, que los elementos de prueba que allí se reúnen no valen aún como 'prueba'. Hemos visto ya que existe una garantía básica que consiste en el juicio previo,

tribunal verifica las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa. Como veremos, toda la actividad que precede al debate contradictorio y que se lleva a cabo durante la etapa de investigación no constituye propiamente actividad probatoria destinada a verificar hechos, sino lisa y llanamente actividad de instrucción destinada a averiguarlos, lo que exige reconocer las diferencias existentes entre los actos desarrollados en cada una de dichas etapas.[5]

El segundo aspecto que resulta necesario destacar en esta definición dice relación con la distinción que en ella se insinúa entre *elementos* y *medios* de prueba, la que nos resultará de particular utilidad al estudiar los nexos entre los *actos de investigación* y los *actos de prueba*. En esta obra llamaremos "elemento de prueba" a "todo dato objetivo que se incorpora legalmente al proceso, capaz de producir un conocimiento cierto o probable acerca de los extremos de la imputación delictiva";[6] por *medio de prueba*

es decir, que ninguna persona puede ser condenada sin un juicio en el que se presente la prueba que permitirá comprobar su culpabilidad o inocencia. El juicio es, pues, *el momento de la prueba*, en un sentido sustancial. Lo anterior no es sino la recolección de los elementos que servirán para probar la imputación en el juicio; ése es, precisamente, el sentido de las palabras 'preparatorio de la acusación', con las que calificamos al procedimiento previo". BINDER (A.), *Introducción...*, cit., p. 238.

[5] Como analizaremos más adelante, la actividad probatoria comienza propiamente con la fase de *proposición* de la prueba, que en nuestro sistema se realiza durante la etapa intermedia junto con la fase de *admisión*. Vid. infra IX.C.2. Aunque estamos en ambos casos frente a actividad probatoria que es previa al juicio oral propiamente tal, se trata siempre de actividad preparatoria del juicio y perteneciente al debate contradictorio que lo caracteriza. Lo anterior se entiende, por cierto, sin perjuicio de la eventualidad de producción de *prueba anticipada* durante la etapa de investigación o la audiencia de preparación del juicio oral.

[6] VELEZ MARICONDE (A.), *Derecho procesal penal*, t. I, p. 314 y t. II, p. 201, citado por CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 16, quien añade que "En general, estos datos consisten en los *rastros* o *huellas* que el hecho delictivo pueda haber dejado en las cosas (rotura, mancha, etc.) o en el cuerpo (lesión) o en la psiquis (percepción) de las personas, y el resultado de experimentos u operaciones técnicas sobre ellos (v. gr., la pericia demostró que la mancha era sangre)" (ídem). Optamos, con VELEZ MARICONDE, por el concepto de "elemento de prueba", por parecernos confusa la distinción trazada por CARNELUTTI entre *fuentes* y *medios de prueba*, seguida luego por SENTIS MELENDO y por gran parte de la doctrina. Según explica este último, "las *fuentes* son los elementos que existen en la realidad, y los medios están constituidos por la actividad para incorporarlos al proceso", SENTIS MELENDO, cit., p. 150. Y agrega, en otras palabras, "fuentes son

entenderemos, en cambio, "el *procedimiento* establecido por la ley tendiente a lograr el ingreso del elemento de prueba en el proceso".[7]

El tercer aspecto a destacar está relacionado con la existencia, a través del concepto de *medios de prueba,* de un *procedimiento* para la incorporación de los elementos de prueba al proceso, que debe respetar un cúmulo de garantías y que tienen que ver con su licitud. Los medios de prueba son, de esta manera, un procedimiento formal para la incorporación de elementos probatorios, que está regido por ciertas garantías, y que tiene su razón de ser en la necesidad de controlar los instrumentos de los que se vale el juzgador para adquirir conocimiento de los hechos.[8] Como explica VEGAS TORRES, "Este control es necesario en dos vertientes: por un lado, para asegurar que el convencimiento del juzgador se basa en medios racionalmente aptos para proporcionar el conocimiento de los hechos y no en meras sospechas o intuiciones ni en sistemas de averiguación de corte irracional o comúnmente tenidos como de escasa o nula fiabilidad; por otro, para asegurar que los elementos que el juzgador ha tenido en cuenta en la formación de su convencimiento se han producido con respeto de las garantías constitucionales y legales...".[9]

los elementos probatorios que existen antes del proceso y con independencia de éste" y "medios son las actuaciones judiciales con las cuales las fuentes se incorporan al proceso" (ídem, pp. 15 y 16). Bajo este concepto el testigo o la cosa objeto de un reconocimiento pericial es una fuente; la declaración testimonial o el informe pericial, un medio (ibídem). Sin embargo, aunque SENTIS MELENDO declara seguir, en este punto, la distinción de CARNELUTTI entre fuentes y medios de prueba, la verdad es que más que simplificarla la modifica: para CARNELUTTI, *fuente* es "el hecho del cual se sirve el juez para deducir la propia verdad", en tanto *medio* es "la actividad del juez mediante la cual busca la verdad del hecho a probar", CARNELUTTI, *La prueba civil,* pp. 70-71. La diferencia entre esta idea y la de SENTIS MELENDO queda en evidencia cuando el primero considera que las tres fuentes típicas de prueba serían el testimonio, el documento y el indicio (ídem, p. 195); mientras que medio de prueba sería, "ante todo, la *percepción* del juez" (ibídem, p. 71).

[7] Cfr. CAFFERATA NORES (J.), cit., p. 26, siguiendo a CLARIA OLMEDO y FLORIAN.

[8] VEGAS TORRES (J.), cit., p. 53.

[9] VEGAS TORRES (J.), cit., p. 53. Sobre el importante papel de las garantías procesales en una concepción cognoscitiva del proceso penal, vid. I.1.2.

1. ACTOS DE INVESTIGACION Y ACTOS DE PRUEBA

1.1. Concepto

Actos de investigación son aquellos actos realizados durante la etapa de investigación por los intervinientes, o la policía, que tienen por objeto obtener y recoger los elementos de prueba que serán utilizados en forma mediata para verificar las proposiciones de los litigantes durante el juicio y en forma inmediata para justificar, con grado de probabilidad, las resoluciones que dictará el juez de garantía durante las etapas preliminares del procedimiento.[10] *Actos de prueba* son, en cambio, todos aquellos actos realizados por los intervinientes durante la etapa intermedia y el juicio oral con el objeto de incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar sus proposiciones de hecho.[11] Cuando se trata del acto de prueba de la parte acusadora, la finalidad es persuadir al tribunal, con grado de certeza, acerca de todos y cada uno de los extremos de la imputación delictiva; cuando se trata del acto de prueba de la parte acusada, la finalidad es cuestionar la posibilidad de adquirir certeza sobre uno o más de los extremos de esa imputación.[12]

En general, el Código Procesal chileno se refiere a los actos de investigación, con el nombre de *actuaciones*[13] o *diligencias*,[14]

[10] Esta definición enfatiza el doble objeto que persiguen los actos de investigación durante la etapa preparatoria (vid. infra IX.2.2.3) y sigue en parte a GIMENO SENDRA, para quien los actos de investigación son "actos de las partes y del juez de instrucción mediante los cuales se introducen en la fase instructora los hechos necesarios, bien para acreditar la existencia del hecho punible, su tipicidad y autoría, bien para evidenciar la ausencia de algún presupuesto condicionante de la apertura del juicio oral". GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 368.

[11] GIMENO SENDRA los define como "la actividad de las partes procesales, dirigida a ocasionar la evidencia necesaria para obtener convicción del juez o del tribunal decisorio sobre los hechos por ellas afirmados, intervenida por el órgano jurisdiccional bajo la vigencia de los principios de contradicción, igualdad y de las garantías constitucionales tendentes a asegurar su espontaneidad e introducida en el juicio oral a través de medios lícitos de prueba". GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 371.

[12] Nótese que utilizamos el concepto de *acto de prueba* restringido a la actividad de las partes, pero cubriendo los dos momentos de la actividad probatoria que dependen de ésta, esto es, la *proposición* y la *rendición*. Vid. infra IX.C.2.

[13] Veánse, v. gr., arts. 9° inc. 1°; 12; 14; 34; 40; 44; 70; 83; 88; 102; 155; 182; 209, 227 CPP.

[14] Véanse, v. gr., arts. 7°; 9° inc. 2°; 19; 20; 70; 77; 79; 93 letra c); 98 inc. 4°; 113 letra e), 140 letra c); 155; 180; 183 y 184 CPP.

aunque ocasionalmente une ambos términos tratándolos como sinónimos.[15] Ocasionalmente, los denomina también *trámites.*[16] A su vez, los elementos probatorios se identifican en el Código con el término *antecedentes.*[17] Por otra parte, el Código utiliza con bastante precisión los términos *prueba*[18] y *medios de prueba,* reservándolos para la actividad probatoria que se realiza a partir de la etapa intermedia durante la fase de debate contradictorio.[19]

1.2. Diferencias

Entre los actos de investigación y los actos de prueba pueden observarse las siguientes diferencias:

1.2.1. *Oportunidad*

Los actos de investigación sólo pueden ser realizados durante la etapa de investigación, en tanto los actos de prueba –por regla general– sólo pueden ser realizados durante la etapa intermedia (actos de proposición de la prueba) y el juicio oral (actos de rendición de la prueba).[20]

Como decíamos anteriormente, en el proceso penal de la reforma, la división del procedimiento en tres fases claramente diferenciadas[21] va unida a la consideración de que es la etapa de juzgamiento, esto es, el juicio oral, la única oportunidad válida

[15] Véanse, v. gr., arts. 159; 184; 276 inc. 3° y 334 inc. 2° CPP.

[16] Véanse arts. 20 inc. 2°; 75 CPP.

[17] Véanse, v. gr., arts. 10 inc. 2°; 43 inc. 3°; 132 inc. 2°; 140; 143; 144 inc. final; 167; 168; 194 inc.1°; 198; 248 letra c); 260; 406 inc. 2°; 410 y 413 letra c) CPP.

[18] Véanse, v. gr., arts. 191; 192; 230 inc. 2°; 235 ; 259 inc. 2°; 261 letra c); 272; 274; 276; 277; 278; 280; 287 inc. 2°; 289 inc. 1° letra b); 291 inc. 1°; 292 inc. 1°; 295; 296; 297; 316 inc. 1°; 324; 328; 329; 331 letra a); 336; 338; 340; 359; 396 inc 1°; 444; 448 y 476 CPP.

[19] Véanse, v. gr., arts. 36 inc. 2°; 60; 83 inc. 2°; 187 inc. 1°; 217 inc. 1°; 220 inc. final; 225; 259 inc. 1°; 263 letra c); 295; 323; 333; 334; 335; 342 letra c) y 339 inc. 3° CPP.

[20] La única excepción a esta regla está constituida por la posibilidad de rendir prueba anticipada (arts. 191 y 280 CPP).

[21] Vid. tomo I, VII.A, p. 443.

para la rendición de la prueba que ha de conducir a una decisión de absolución o condena. Este principio es consistente con la idea de que la intervención de los participantes del conflicto jurídico-penal en la constitución de la decisión es una condición de legitimidad de esta última y asegura que la convicción del tribunal se formará bajo la efectiva aplicación de las garantías de publicidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración.[22]

El principio viene expresado así en el art. 296 CPP, que regula la oportunidad para la recepción de la prueba, señalando que la que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral.[23] En el mismo sentido, el art. 340 inc. 2° CPP precisa que "El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral".

Ahora bien, reconocer que el juicio oral constituye la exclusiva oportunidad para la rendición de la prueba, conlleva, como primera y obvia consecuencia, afirmar que las actuaciones de la etapa de investigación no tienen el carácter de prueba.[24] En efecto, reaccionando ante el modelo inquisitivo del Código de Procedimiento Penal de 1906, que asignaba pleno valor probatorio a los antecedentes reunidos durante la fase sumarial, el nuevo CPP no sólo impone al tribunal el deber de formar su convicción exclusivamente sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral (arts. 296 y 340 inc. 2° CPP), sino que agrega que, por regla general, durante el juicio no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público (art. 334 CPP).[25]

---

[22] Vid. tomo I, II.C.2.3 y tomo I.1.2.

[23] La norma legal establece el principio con la salvedad de "las excepciones expresamente previstas por la ley", con lo cual alude a las hipótesis de prueba anticipada de los arts. 191 y 280 CPP. La excepción, sin embargo, es relativa, por cuanto la misma disposición se preocupa de enfatizar que incluso en estos casos "la prueba debe ser incorporada en la forma establecida en el párrafo 9° de este Título", es decir, mediante su lectura durante la audiencia del juicio oral (art. 331 letra a) CPP).

[24] Cfr. RAMOS MENDEZ (F.), cit., pp. 171 y ss.

[25] Las únicas excepciones a esta regla son las contenidas en los artículos 331 y 332 CPP. Vid. infra X.4.5.

No obstante, afirmar que la rendición de la prueba sólo tiene lugar en el juicio oral no implica desconocer que existe una actividad anterior al proceso, que comienza en el momento mismo en que se inicia la investigación, y que consiste en las actuaciones que la ley autoriza a la policía y al ministerio público para la *obtención* de los elementos de prueba que se incorporarán posteriormente al proceso a través de los medios de prueba. Estos son los llamados *actos de investigación* que, como tales, sólo pueden desarrollarse durante la etapa de investigación y tienen una eficacia limitada a las finalidades de dicha etapa.

Por el contrario, los *actos de rendición de prueba* tienen por objeto incorporar los elementos de prueba tendientes a verificar las proposiciones de hecho de las partes y por lo tanto sólo pueden ser realizados durante el juicio oral. Esto es así porque es esta etapa la única que ofrece las garantías de publicidad, oralidad, inmediación, continuidad y concentración, que rodean precisamente a la producción de la prueba. Excepcionalmente, sin embargo, la ley procesal penal acepta que se produzca prueba en forma anticipada durante la etapa de investigación o durante la etapa intermedia, pero rodeando el acto de las mismas garantías, cuando un testigo o perito se encontrare en la imposibilidad de concurrir a declarar al juicio oral (arts. 191 y 280 CPP).

1.2.2. *Sujeto*

Los actos de investigación son, en primer término, los actos realizados por el ministerio público y la policía. El artículo 180 CPP, que encabeza el párrafo 3° del Título I del Libro II del CPP, señala en su inciso 1° que "Los fiscales dirigirán la investigación y podrán realizar por sí mismos o encomendar a la policía todas las diligencias de investigación que consideraren conducentes al esclarecimiento de los hechos".

Los actos que realiza el juez durante esta etapa no caben dentro de la categoría de *actos de investigación*, ya que el juez de garantía no tiene facultades para dirigirla y carece, entonces, de iniciativa para ordenar actuaciones de este tipo. De hecho, el juez no tiene siquiera facultades para *ordenar* al fiscal la práctica de diligencias, con la sola excepción de lo dispuesto por el

art. 257 CPP, que permite al juez hacerlo, disponiendo la reapertura de la investigación cuando alguno de los intervinientes reiterara la solicitud de diligencias precisas que hubiere oportunamente formulado al ministerio público durante la investigación y que éste hubiere rechazado. Por otra parte, en el caso del art. 98 CPP, esto es, cuando el imputado, después de prestar declaración como medio de defensa solicitare la práctica de diligencias de investigación, el juez sólo tiene facultades para "*recomendar* al ministerio público la realización de las mismas".

El rol del juez durante la etapa de investigación se limita, así, a conceder las autorizaciones y dictar órdenes judiciales para la práctica de medidas intrusivas, según lo establecen, en general, los artículos 80 A CPR y 9° CPP y, en particular, las numerosas disposiciones legales que precisan las formalidades que deben revestir estas autorizaciones y órdenes.[26] Las resoluciones que el juez dicta en ejercicio de estas facultades operan como mecanismos de control de los actos de investigación cuya realización pretende el fiscal y no deben, por tanto, ser considerados como actos de investigación del juez.

Finalmente, deben considerarse también los actos realizados por los demás intervinientes, esto es, el querellante, el imputado y el defensor. Estos actos corresponden, propiamente, a actos de investigación en cuanto a través de ellos se aportan o incorporan a la investigación elementos probatorios destinados a servir como piezas de cargo (v. gr., la narración de hechos del querellante en la querella) o de descargo (v. gr., la declaración prestada por el imputado como medio de defensa), y quedan sometidos, como tales, a las reglas procedimentales que rigen la realización de tales actos durante la etapa de investiga-

[26] La norma general contenida en los arts. 80 A CPR y 9° CPP se concreta, en realidad, en diversas disposiciones particulares, que establecen un complejo sistema de *autorizaciones* y *órdenes*. Entre las primeras, cabe mencionar la autorización requerida por el fiscal para conducir compulsivamente a una persona a su presencia (art. 23 CPP); para practicar exámenes corporales (art. 197 CPP); para tomar pruebas caligráficas (art. 203 CPP); para la entrada y registro en lugares cerrados (art. 205 CPP); la retención e incautación de correspondencia (art. 218 CPP); y la entrega de copias de comunicaciones o transmisiones (art. 219 CPP). Entre las segundas, destaca la orden de incautación de objetos y documentos (art. 217 CPP); la orden de interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas u otras formas de telecomunicación (art. 222 CPP) y la orden para la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes (art. 226 CPP).

ción (en los ejemplos mencionados, arts. 113 y 98 CPP, respectivamente). Se trata en estos casos de los que se han llamado actos instructorios *directos*, en cuanto incorporan elementos de prueba, para diferenciarlos de los actos instructorios *indirectos* constituidos por la proposición o solicitud de diligencias que puede dirigirse al fiscal con el objeto de que los incorpore por vía oficial (art. 183 CPP).[27]

Lo anterior no significa, sin embargo, que la defensa no pueda realizar actos de investigación privada fuera del ámbito de control de la investigación formalizada que lleva a cabo el fiscal. Por el contrario, en un sistema adversarial, parece un presupuesto de funcionamiento del sistema la posibilidad de que se realicen actos de este tipo por parte de la defensa, ya que ésa es la idea que inspira muchos de los principios que lo rigen. Así, por ejemplo, la exigencia de que exista congruencia entre la imputación contenida en la formalización y la acusación tiene principalmente por objeto permitir a la defensa obtener los elementos probatorios más adecuados para preparar la defensa ante la concreta imputación de hechos que ha sido formulada, y la obligación de la acusación de individualizar a los testigos de cargo en la acusación no tiene otro objeto que el de permitir a la defensa investigar las circunstancias que han de permitirle cuestionar su credibilidad durante el juicio oral. La defensa realiza propiamente investigación privada cada vez que interroga a un testigo de los hechos o contrata a un perito para confeccionar un informe y, por lo tanto, nada hay en ello de extraño ni de ilícito, sino que, por el contrario, constituye para el defensor parte esencial de las tareas que le impone su responsabilidad profesional.

Se ha sostenido en nuestro medio que aceptar una investigación privada fuera del marco de control de la investigación oficial atentaría contra el artículo 80 A CPR que asigna al ministerio público la función de 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 que reconocer a la defensa la facultad de investigar,

[27] Cfr. GIMENO SENDRA (V.), quien efectúa la distinción a propósito de los *actos instructorios de las partes acusadoras*. GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 368.

sin sujeción al control del juez de garantía, afectaría la igualdad de las partes en cuanto entregaría más facultades a la defensa que a la acusación. Lo anterior es puro sofisma. El sistema adversarial está diseñado para controlar en sus diversos aspectos la investigación efectuada por el Estado, porque se trata de una investigación orientada a la acumulación de los antecedentes necesarios para la imposición de una pena, esto es, una de las formas más severas de afectación de los derechos del ciudadano. Se trata, además, de un tipo de investigación dirigida desde el poder público, que cuenta con enormes recursos para llevarla a efecto y aparece revestida ante el ciudadano común de la aparente legimitidad que proporciona la autoridad estatal. Ninguna de estas condiciones se da en el caso de la investigación privada realizada por la defensa, cuyo éxito depende, además, de la colaboración que, voluntariamente, quieran o no prestarle las personas requeridas para ello. Por cierto, no puede excluirse que los particulares que llevan a cabo investigaciones privadas puedan cometer ilícitos en el desarrollo de esas investigaciones (v. gr., coacciones, amenazas, interceptación ilegal de comunicaciones privadas), pero la sanción penal asociada a esos delitos debe considerarse suficiente disuasivo sin que resulte necesario establecer, a su respecto, un mecanismo de control formalizado como el que se impone a la actividad estatal.[28]

Se ha discutido, sin embargo, si estaría obligada la defensa a entregar al ministerio público el resultado de sus actos de investigación privada durante la etapa de investigación como requisito necesario para la admisibilidad de esas pruebas en el juicio oral. Aunque parece muy discutible, estratégicamente, la conveniencia de que la defensa actuara de este modo, y aunque puede comprenderse la incomodidad del fiscal ante la proposición, en la audiencia de preparación del juicio, de un elemento probatorio desconocido por él hasta ese momento, no vemos ninguna razón de regla o de principio para imponerle al defensor la carga de entregar al ministerio público, anticipadamente, los resultados de su propia investigación. Las actuaciones de la

[28] Suponer lo contrario obligaría a llegar a la conclusión absurda de que es necesario establecer un control general sobre toda actividad de partes tendiente a la obtención de elementos probatorios, lo que obligaría a regular, incluso, la que se lleva a cabo en el marco del procedimiento civil.

defensa no están regidas por el criterio de objetividad ni existe a su respecto una obligación general de colaborar con la investigación o develar su estrategia de defensa durante la etapa preparatoria. El debate contradictorio se inicia propiamente con la acusación, y las exigencias propias del *fair play* que incluyen la prohibición de prueba sorpresiva aparece suficientemente resguardada por la carga que tiene la defensa de ofrecer la prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral.

En lo que se refiere a los actos de prueba la regla general es, también, que ellos sólo pueden ser realizados por las partes, y no por el tribunal. En el contexto de un sistema adversarial en que al tribunal de la decisión le corresponde un rol pasivo, son las partes las que, en el desarrollo del debate contradictorio, deben probar las afirmaciones de hecho que fundamentan sus pretensiones de condena o absolución. Al tribunal del juicio oral se le reconoce sólo excepcionalmente la posibilidad de realizar actos de prueba de contenido sumamente limitado, como sucede por ejemplo cuando ejercen la facultad que tienen sus miembros para formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos (art. 329 inc. 4° CPP).

1.2.3. *Finalidad*

La finalidad de los actos de investigación y de los actos de prueba está, a su vez, determinada por la finalidad de cada una de las etapas dentro de las cuales se producen. De esta manera, los actos de investigación, que son desarrollados en una etapa preparatoria del proceso penal, no tienen por objeto producir una decisión de absolución o condena, sino solamente reunir los elementos probatorios necesarios para fundar o desvirtuar una acusación, esto es, aquellos elementos que se pretende producir durante el juicio oral para verificar las proposiciones de la parte acusadora y de la parte acusada en torno a la existencia del delito y la participación punible del acusado.[29] En este sentido,

[29] Como hemos visto, en el sistema procesal penal chileno el juez no participa ni controla la decisión de acusar adoptada por el ministerio público. Vid. supra VII.B.10.5.

la etapa de investigación no está dirigida hacia el juzgador, sino hacia el propio ministerio público, quien, al cerrar la investigación, debe haber adquirido la convicción de que cuenta con antecedentes suficientes para fundar una acusación o, en su defecto, solicitar el sobreseimiento o adoptar la decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 248 letra c) CPP). Pero junto a esta finalidad mediata debe reconocerse a los actos de investigación otra que es inmediata, cual es la de obtener los elementos probatorios que han de justificar las resoluciones que el juez de garantía debe adoptar durante la etapa de investigación. Las resoluciones que requieren ser justificadas con elementos probatorios recogidos durante la investigación son las medidas intrusivas y las medidas cautelares. Por el contrario, los actos de prueba tienen por precisa finalidad lograr o debilitar la convicción del tribunal del juicio oral en torno a las proposiciones fácticas hechas valer por las partes con el objeto de provocar la decisión de absolución o condena. Si se mira el problema desde el punto de vista de la persuasión del tribunal, la gran diferencia entre los actos de investigación y los actos de prueba es que, mientras los primeros tienen por objeto *justificar* las solicitudes hechas valer por las partes ante el juez de garantía,[30] los segundos tienen por objeto *acreditar* o *probar* ante el tribunal del juicio oral las proposiciones de hecho que fundamentan la pretensión de absolución o condena. Habitualmente, también, se señala que mientras los actos de investigación buscan persuadir al tribunal en grado de *probabilidad*, los actos de prueba buscan persuadirlo en grado de *certeza*, pero esta observación sólo es válida en cuanto se refiere a los actos de la parte acusadora y a las decisiones judiciales que resultan favorables a la persecución penal en el caso concreto.[31]

[30] En este sentido emplea el CPP la voz "justificar" en los artículos 140 inc. 1° letra a) y 143 CPP.

[31] Así, por ejemplo, ROXIN afirma que *probar* significa "convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho", mientras para la *justificación* "es suficiente la mera probabilidad". ROXIN (C.), cit., p. 185. Evidentemente, la diferencia tiene sentido si es referida a la sentencia condenatoria, ya que la parte acusada no requiere crear certeza sobre los hechos que ella afirma para lograr la absolución, sino que, por el contrario, le basta con afectar la fuerza persuasiva de los hechos que fundamentan la acusación.

B. *ACTOS DE INVESTIGACION*

1. LIMITES FORMALES

No obstante las diferencias ya anotadas entre los actos de investigación y de prueba, ambos comparten un elemento en común que es su manera de procesar *elementos probatorios*. Mientras los actos de investigación tienen por objeto *obtener* estos elementos, los actos de prueba tienen por objeto *incorporarlos* al debate contradictorio con el objeto de formar la convicción del tribunal que ha de producir la decisión de absolución o condena.[32]

Al derecho procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen y se incorporan los elementos de prueba, porque en un Estado democrático es precisamente esta actividad la que crea mayor riesgo de violación a los derechos fundamentales de las personas. La reconocida tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal surge de la constatación de que los medios generalmente considerados más eficientes para investigar los delitos son precisamente los que afectan en mayor medida los derechos fundamentales.

Por estas razones, la actividad de investigación en el proceso penal se encuentra con ciertos límites formales que vienen impuestos por el respeto a estos derechos. En el tomo I de esta obra, al tratar los principios y garantías del sistema procesal penal chileno, anunciamos que, formando parte del grupo de garantías individuales ante la persecución penal pública, debían considerarse aquellas que constituyen *límites formales al establecimiento de la verdad* en cuanto limitan la admisibilidad de los elementos probatorios en la etapa procesal que tiene por objeto el establecimiento de esa verdad, que no es otra que la etapa del juicio oral. Dijimos entonces que la extensión y alcance de estas garantías expresa el balance existente entre las necesidades de la persecución penal y el sistema de libertades individuales dentro de una sociedad determinada, y reservamos su estudio para este capítulo de la obra.[33]

---

[32] GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 367.

[33] Vid. tomo I, II.C.2.4.

Pues bien, habiendo llegado el momento de cumplir esa promesa, analizaremos a continuación el alcance de estas garantías. Se trata, como veremos, de garantías individuales que no tienen un carácter necesariamente procesal, por lo que su titular puede verlas afectadas por la actividad de persecución penal, sea que tenga o no la calidad de imputado en el procedimiento. Sin ánimo de realizar un tratamiento exhaustivo de todas esas garantías, consideraremos a continuación las dos que nos parecen más relevantes desde el punto de vista de la persecución penal: el principio de no autoincriminación y el derecho a la privacidad.

1.1. El principio de no autoincriminación

El principio de no autoincriminación tiene una larga tradición. Su fuente más directa se encuentra en la máxima latina *Nemo tenetur prodere seipsum* (nadie está obligado a traicionarse a sí mismo) tomada por el derecho común europeo directamente desde el *Corpus iuris canonici*.[34] Actualmente, el principio se encuentra ampliamente incorporado a las declaraciones internacionales de derechos humanos y a los catálogos de garantías constitucionales de los Estados. El principio aparece reconocido en el artículo 14.3.g) del PIDCP como el derecho de toda persona "a no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable" y prácticamente en los mismos términos en el art. 8.2.g) de la CADH.[35] En los Estados Unidos es un principio incorporado a la Quinta Enmienda de la Constitución Federal bajo la fórmula: *"no person... shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself"* (ninguna persona será obligada en un caso criminal a ser testigo contra sí misma), y se la considera un derecho aplicable a los estados a través de la Decimocuarta Enmienda.[36]

[34] HELMHOLZ (R.H.) y otros, "The Privilege and the Ius Commune: The Middle Ages to the Seventeenth Century", en *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, HEMHOLZ, (R.H.) y otros, The University of Chicago Press, Chicago, EE.UU., 1997, p. 17. Según este estudio, la regla se encontraba bien establecida durante la Edad Media y era frecuentemente explicada en los textos más populares de procedimiento penal medievales de fines del siglo XIII.

[35] Art. 8.2.g), "CADH: Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable".

[36] *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964).

El principio de no autoincriminación no parece haber tenido el mismo significado y alcance en todas las épocas y en todos los lugares.[37] Por el contrario, incluso si miramos la realidad normativa de nuestro país, parece evidente que el principio ha tenido a lo menos tres alcances o formas de concreción que pueden ser consideradas por separado: en un primer sentido, el principio de no autoincriminación se ha identificado con el derecho a no prestar juramento al momento de prestar declaración; en un segundo sentido, se lo ha identificado con el derecho a permanecer callado o derecho al silencio; finalmente, en un sentido más amplio, ha sido asociado al derecho del imputado a que su persona no sea utilizada como fuente de prueba incriminatoria en contra de sí misma. A continuación, analizaremos cada uno de estos aspectos a la luz del derecho chileno y comparado, con especial referencia al estado del problema en España y el sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

1.1.1. *El derecho a no prestar juramento*

En nuestro país, el principio de no autoincriminación ha sido tradicionalmente identificado con una prohibición constitucional y legal de tomar juramento al imputado al momento de prestar declaración.[38]

Nuestra CPR en su art. 19 N° 7° letra f) afirma exactamente eso cuando declara que "En las causas criminales no se podrá

[37] El más completo estudio histórico realizado en los Estados Unidos concluye que a lo largo del tiempo, el principio habría tenido a lo menos tres alcances completamente distintos: en un primer momento, el principio habría reconocido el derecho a no ser sujeto de interrogatorios incriminatorios bajo juramento en tanto un acusador específico o la fama pública no proveyera una base clara para sospechar la comisión de un delito; en el segundo momento, habría implicado la prohibición de interrogar al imputado bajo juramento, prohibiendo la utilización de éste por considerarlo un método compulsivo pero permitiendo el interrogatorio con mucha amplitud en tanto el imputado no fuere obligado a prestar juramento; en el tercer momento, que surgiría de una evolución operada recién en el siglo XIX, el principio se habría trastrocado en el derecho a no someterse al interrogatorio, esto es, derecho a permanecer callado o derecho al silencio. ALSCHULER (A.), "A peculiar privilege in historical perspective", en *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, HEMHOLZ (R.H.) y otros, The University of Chicago Press, Chicago, EE.UU., 1997, pp. 181-204.

[38] Vid., por todos, PAILLAS (E.), *Derecho procesal penal*, v. II, pp. 32-33.

obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio". La norma constitucional se encuentra en perfecta armonía con las disposiciones del CdPP de 1906 que regulaban las "declaraciones del inculpado". Así, el art. 320 CdPP disponía: "La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez se limitará a exhortarlo a que diga la verdad, advirtiéndole que debe responder de una manera clara y precisa a las preguntas que le dirigiere". El estudio coordinado de las normas del CdPP demuestra que, bajo este Código, nunca se concibió como una alternativa legítima para el imputado la de guardar silencio. Por el contrario, el art. 318 prescribía que "El juez que instruye un sumario tomará al sindicado del delito cuantas declaraciones considere convenientes para la averiguación de los hechos" y el art. 319 declaraba que "Todo detenido *debe ser interrogado* por el juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que hubiere sido puesto a su disposición". Por su parte, el art. 327 imponía al juez la obligación de formular al imputado una verdadera advertencia en caso de que se negare a declarar durante el interrogatorio. Decía esta norma: "Si el inculpado rehúsa contestar, o se finge loco, sordo o mudo, y el juez en estos últimos casos llegare a suponer con fundamento la simulación (...) se limitará a hacer notar al inculpado que su actitud no impedirá la prosecución del proceso y que puede producir el resultado de privarle de algunos de sus medios de defensa". De manera consistente con la concepción dominante, en el ejercicio judicial eran prácticamente inexistentes los casos en que un imputado se amparaba en el derecho al silencio y, si lo hacía, el juez podía incluso considerarse legitimado para ordenar una medida de incomunicación como medio de vencer su resistencia.

Al no aparecer así consagrado un derecho al silencio, el reconocimiento del derecho a no prestar juramento era considerado, entonces, como una manifestación concreta y suficiente del principio de no autoincriminación. En la misma medida en que el imputado no era obligado a prestar juramento, sin embargo, las autoridades de la persecución penal tenían un amplio derecho a interrogarlo, sin que éste pudiera hacer cesar el interrogatorio de manera alguna. Por ello, el CdPP incorporaba algunas débiles normas de protección en contra de la utilización del interrogatorio como elemento de presión. Decía, por ejem-

plo, el art. 333 CdPP: "Si el examen del inculpado se prolongare mucho tiempo, o si se le ha hecho un número de preguntas tan considerable que llegare a perder la serenidad de juicio necesaria para contestar a lo demás que deba preguntársele, se suspenderá el examen y se le concederá el descanso prudente y necesario para recuperar la calma". Como puede apreciarse, entonces, la ley preveía como único límite razonable a la extensión de un interrogatorio que el inculpado "perdiera la serenidad de juicio", un efecto habitual de la utilización desmedida de los interrogatorios como medio de presión física y psicológica.

La identificación del principio de no autoincriminación con el derecho a no prestar juramento tiene su raíz histórica en la concepción predominante de ese principio durante los siglos XVI, XVII y XVIII.[39] La idea latente detrás de este criterio es que la exigencia de juramento representa una forma inadmisible de "coacción" en cuanto pone al imputado en la necesidad de inculparse, bajo amenaza de cometer el delito de perjurio. La Suprema Corte norteamericana ha denominado a esta situación como el "*cruel trilemma*", toda vez que, de no aceptarse el principio de no autoincriminación, el imputado quedaría sujeto a decidir entre acusarse a sí mismo (si declara la verdad), cometer perjurio (si falta a la verdad) o incurrir en desacato (si se niega a responder).[40] El criterio que venimos analizando resuelve el trilema liberando al imputado del juramento y, por lo tanto, de la presión de cometer perjurio. Esta solución, sin embargo, conlleva consecuencias bastante conflictivas para el funcionamiento del sistema procesal penal. Por una parte,

[39] ALSCHULER (A.), *cit.*, p. 190.

[40] La referencia al *cruel trilemma* aparece por primera vez en la jurisprudencia norteamericana en Murphy v. Waterfront, 378 U.S. 52. Dijo allí la Corte: "The privilege against self-incrimination registers an important advance in the development of our liberty – 'one of the great landmarks in man's struggle to make himself civilized'. It reflects many of our fundamental values and most noble aspirations: our unwillingness to subject those suspected of crime to the cruel trilemma of self-accusation, perjury or contempt..." ["El privilegio contra la autoincriminación marca un importante progreso en el desarrollo de nuestra libertad – 'uno de los grandes hitos en la lucha del hombre por civilizarse'. Refleja muchos de nuestros valores fundamentales y más nobles aspiraciones: el hecho de que no estamos dispuestos a someter a los sospechosos de un delito al *cruel trilemma* de la autoincriminación, el perjurio o el desacato..." (traducción nuestra)], *Murphy v. Waterfront*, 378 U.S. 52, 55.

parece evidente que la exención del deber de juramento sólo puede materializar el principio de no autoincriminación en la medida en que se lo entienda como la consagración de un *derecho a la falsedad* o, más propiamente, un *derecho a mentir*, lo que plantea importantes problemas éticos tanto para el imputado como para su defensor.[41] Por otra parte, la liberación del juramento parece jugar también en contra del propio imputado, en cuanto disminuye el valor de su propia declaración, que aparece, así, ante los ojos del tribunal, como un medio de prueba merecedor de menos crédito.[42] Esta última consideración condujo a que, en los Estados Unidos, hacia fines del siglo XIX, se eliminara paulatinamente este criterio, que fue sustituido por el de permitir a los imputados declarar bajo juramento en causas criminales.[43] En 1987, la Suprema Corte norteamericana llegó incluso a sostener que los imputados tenían el *derecho constitucional a declarar bajo juramento.*[44] Lo anterior evidencia que el derecho a declarar sin juramento está lejos de ser reconocido como la forma de consagración más adecuada del principio de no autoincriminación, particularmente en aquellos sistemas que reconocen el derecho al silencio.

1.1.2. *El derecho al silencio*

El derecho al silencio estuvo completamente ausente del derecho chileno hasta el año 1998.[45] Aunque la incorporación al ordenamiento jurídico nacional de la Convención Americana de Derechos Humanos en el año 1991 parecía tener implícita su consagración en el art. 8.2.g), que reconocía "el derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpa-

[41] Véase GOMEZ DEL CASTILLO y GOMEZ (M.), *El comportamiento procesal del imputado (Silencio y falsedad)*, Librería Bosch, Barcelona, 1979. El mismo problema desde la perspectiva del defensor en FREEDMAN MONROE (H.), The perjury trilemma, en *Understanding Lawyers' Ethics*, Matthew Bender & Co. Inc., EE.UU., 1994.

[42] GOMEZ DEL CASTILLO y GOMEZ (M.), cit., p. 78.

[43] ALSCHULER (A.), cit., p. 198.

[44] *Rock v. Arkansas*, 483 U.S. 44.

[45] En contra, PAILLAS (E.), *Derecho procesal penal*, t. II, p. 33, quien cree ver en la disposición del art. 327 CPP el reconocimiento legal del derecho al silencio.

ble", lo cierto es que el derecho al silencio no fue reconocido explícitamente por la ley durante la vigencia del CdPP de 1906, sino que, curiosamente, fue incorporado por vía reglamentaria. En efecto, en el año 1998, dando cumplimiento a la Ley N° 19.567 de 01/07/98, que había establecido la obligación de leer al detenido sus derechos conforme al texto y formato fijados por el Ministerio de Justicia, el Poder Ejecutivo definió dichos texto y formato dictando al efecto el D.S. N° 668, de 31/10/98, que incorporó entre tales derechos el de "guardar silencio, para no culparse". De esta manera, el Poder Ejecutivo imponía a la policía el deber de dar a conocer al detenido un derecho que, legal y constitucionalmente, no se encontraba explícitamente reconocido, y que sólo podía entenderse vigente en el ordenamiento jurídico chileno si se lo deducía directamente de los pactos internacionales vigentes en Chile a esa fecha.

La reforma Procesal Penal vino a consagrar explícitamente el derecho al silencio con rango legal, pero lo hizo equiparándolo al derecho a prestar declaración sin juramento, como manifestaciones simultáneas y alternativas del principio de no autoincriminación. Así, el art. 93 inc. 2° letra g) CPP declara, en términos generales, que todo imputado podrá hacer valer, hasta la terminación del proceso, el derecho a "guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento". El reconocimiento del derecho a guardar silencio se ve confirmado en el mismo código por la concepción de la declaración del imputado como un medio de defensa (art. 98 CPP) y con el reconocimiento explícito de su libertad para decidir si estima o no conveniente prestar declaración (arts. 91, 194, 263, 268 y 326 CPP).

1.1.2.1. Posibilidad de extraer inferencias del ejercicio del derecho al silencio

El reconocimiento del derecho al silencio plantea el problema de resolver si el tribunal tiene o no derecho a extraer conclusiones de dicha conducta, esto es, si resulta legítimo para el tribunal inferir la culpabilidad del acusado por el hecho de negarse a prestar declaración, lo que a veces se presenta como una inferencia basada en el sentido común. La posición más garantista

se pronuncia, obviamente, por la negativa. Como explica BINDER, el derecho al silencio es una forma de ejercer el derecho de defensa, por lo que extraer conclusiones de tal conducta sería tanto como "fundar las resoluciones judiciales sobre una presunción surgida de un acto de defensa del imputado", lo que "violaría, en última instancia, su derecho de defensa". Este criterio ha sido sostenido en los Estados Unidos, donde la Suprema Corte ha considerado que el ministerio público no puede hacer comentario alguno sobre el silencio del acusado ni puede el juez instruir al jurado en orden a que de tal silencio se puede inferir culpabilidad, considerándose que tales actos constituyen una violación del principio de no autoincriminación reconocido en la Quinta Enmienda.[46] En verdad, sobran razones para privar al silencio del acusado de valor como elemento para inferir culpabilidad, ya que un inocente puede también tener razones muy poderosas para negarse a declarar, tales como el temor a represalias, el deseo de proteger a otros, de resguardar aspectos reservados de su vida privada y, en especial, el peligro de perjudicar su propia defensa con un mal desempeño al momento de la declaración. Como ha dicho la Corte Suprema norteamericana: "no todos pueden aventurarse con seguridad en el asiento de los testigos aun cuando sean completamente inocentes del cargo en su contra. La excesiva timidez, el nerviosismo al enfrentar a otros e intentar explicar transacciones de carácter sospechoso y los delitos que se le imputan, a menudo lo inducirán y avergonzarán al extremo de incrementar antes que remover los prejuicios en su contra. No cualquiera, aun siendo honesto, se sentaría por lo tanto deseosamente en la silla de los testigos...".[47] En la misma línea, debe considerarse también que permitir que un tribunal extraiga conclusiones incriminatorias del derecho a guardar silencio constituye, obviamente, una forma indirecta de compeler a una persona a declarar, lo que

[46] *Griffin v. California*, 380 U.S. 609 (1965).

[47] "It is not every one who can safely venture on the witness stand though entirely innocent of the charge against him. Excessive timidity, nervousness when facing others and attempting to explain transactions of a suspicious character, and offenses charged against him, will often confuse and embarrass him to such a degree as to increase rather than remove prejudices against him. It is not every one, however honest, who would, therefore, willingly be placed on the witness stand". *Wilson v. United States*, 149 U.S. 60.

está en directa contradicción con el principio de no autoincriminación, que persigue precisamente evitar toda forma de coacción para hacerlo.

No obstante lo anterior, la Corte Europea de Derechos Humanos, en su jurisprudencia más reciente, ha manifestado una tendencia a morigerar la intensidad de este criterio. Si bien ha sostenido que la culpabilidad de un acusado no puede basarse *exclusivamente* en inferencias extraídas de su ejercicio del derecho al silencio, ha añadido que el solo hecho de extraer dichas inferencias no atentaría contra los arts. 6.1 y 6.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos (derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia), en la medida en que la evidencia existente en contra del acusado fuere lo suficientemente fuerte como para requerir una respuesta o explicación de su parte y se hubiere advertido a éste la posibilidad de extraer inferencias del ejercicio de este derecho. Ha dicho, en este sentido, que el hecho de usar el silencio en su contra no siempre será una "coacción impropia", por lo que la decisión debe tomarse a la luz de todas las circunstancias del caso, teniendo particularmente en consideración la situación de la cual se extrae la inferencia, el peso asignado por el tribunal al valorar la evidencia y el grado de coacción inherente a la situación.[48] El criterio de la Corte resulta, desde nuestro punto de vista, particularmente peligroso, ya que supone en definitiva dejar entregada la decisión del problema a la discreción del tribunal, en cada caso concreto, impidiendo que el imputado y su defensor, al momento de tomar la decisión de declarar o permanecer en silencio, tengan verdadera certeza acerca de las consecuencias que tendrá en su defensa la decisión de guardar silencio. De esta manera, condicionar el valor del silencio a las circunstancias de cada caso concreto es, a nuestro juicio, tanto como desconocer su existencia.

1.1.2.2. La renuncia del derecho al silencio

El derecho al silencio es, claramente, un derecho renunciable, de manera tal que el imputado puede en cualquier momento del pro-

[48] *John Murray v. United Kingdom*, solicitud Nº 18731/91, 08/02/1996, Reports 1996-I, considerandos 40 a 58. Véase también *Averill v. United Kingdom*, solicitud Nº 36408/97, 06/06/2000.

cedimiento optar por prestar declaración y responder a las preguntas que se le formulen. Para que la renuncia sea válida, sin embargo, debe reunir el doble carácter de ser libre e informada.

1.1.2.2.a. La renuncia debe ser libre

La necesidad de que la renuncia sea libre conlleva, desde luego, la imposibilidad de emplear toda forma de tortura o maltrato para obtener su declaración, lo que viene prohibido por el art. 19 N° 1° inc. final CPR, que prohíbe "la aplicación de todo apremio ilegítimo", y el art. 93 inc. 2° letra h) CPP, que establece el derecho del imputado a "no ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes".[49] El tribunal constitucional español, interpretando el derecho fundamental reconocido en los mismos términos en el art. 15 de la CE, ha dicho que "tortura" y "tratos inhumanos y degradantes" son, en su significado jurídico, "nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente".[50] La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, vigente en Chile desde el 26 de noviembre de 1988, define a la tortura en su art. 1.1 como "todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia".[51] La Convención no define lo que debe en-

[49] Vid. tomo I, III.D.3.1.3.

[50] STC 120/1990, fundamento jurídico 9.

[51] La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes fue ratificada por Chile con fecha 30 de septiembre de 1988 y publicada en el Diario Oficial de 26 de noviembre de 1988.

tenderse por "trato inhumano" o "trato degradante", pero siguiendo la doctrina del TCE y del TEDH, el primero podría ser entendido como aquel *que acarree sufrimientos de especial intensidad*[52] y el segundo como aquel *que ocasione al interesado ante los demás o ante sí mismo una humillación o envilecimiento de carácter grave.*[53] El Código Penal chileno sanciona como autor de un delito a "el empleado público que aplicare a una persona privada de libertad tormentos o apremios ilegítimos, físicos o mentales, u ordenare o consintiere su aplicación", y también al que "conociendo la ocurrencia" de estas conductas, "no las impidiere o hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello". La misma disposición agrava la pena si mediante alguna de estas conductas "el empleado público compeliere al ofendido o a un tercero a efectuar una confesión, a prestar algún tipo de declaración o a entregar cualquier información" o si de dichas conductas resultaren lesiones gravísimas o la muerte de la persona privada de libertad (art. 150 A CP).

Con el objeto de garantizar la libertad de la renuncia al derecho al silencio, la ley prohíbe también otras formas menos grotescas de coacción. Así el art. 195 CPP señala textualmente: "Queda absolutamente prohibido todo método de investigación o de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar". La misma disposición legal se preocupa de hacer explícitas las consecuencias de este principio. La primera es que el imputado "no podrá ser sometido a ninguna clase de coacción, amenaza o promesa", admitiéndose solamente "la promesa de una ventaja que estuviere expresamente prevista en la ley penal o procesal penal".[54] La segunda es que queda explícitamente prohibido "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".

---

[52] STC 65/1986, citado por HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 375.

[53] STC 120/1990, considerando 9, siguiendo la doctrina del TEDH en *Ireland v. United Kingdom*, 5310/71 y *Tyrer v. United Kingdom*, 5856/72.

[54] Una ventaja de este tipo sería, por ejemplo, la de considerar concurrente la circunstancia atenuante 9ª del artículo 11 del Código Penal, esto es, haber "colaborado sustancialmente al esclarecimiento de los hechos".

Como se aprecia, la ley ha proscrito explícitamente el empleo de la técnica del *narcoanálisis,* también conocido como *suero de la verdad,* que consiste en "someter al sujeto, a través de la inyección de una sustancia química, a una ligera narcosis, lo cual tiene como efecto una relajación de la conciencia que, sin suprimir las funciones expresivas de sus ideas, produce la pérdida de un elemento de represión en la exteriorización de sus estados anímicos".[55] La reprobación del narcoanálisis y de la hipnosis como métodos de investigación proviene tanto de la poca fiabilidad de sus resultados como de la afectación que él involucra para la libertad, la intimidad y la dignidad humana, en cuanto supone invadir la conciencia del individuo a través de métodos que le imponen una pérdida del control sobre sus propios actos.

Aunque la ley no lo ha mencionado expresamente, debiéramos entender que cae en la misma categoría y por las mismas razones, el empleo del *polígrafo,* más conocido como *detector de mentiras,* que ha sido definido como un "aparato de funcionamiento eléctrico que ofrece la posibilidad de determinar y registrar algunas modificaciones fisiológicas que se refieren a un sujeto sometido al interrogatorio con el fin de descubrir si éste miente conscientemente o no en las respuestas a las preguntas que se le formulan".[56] El polígrafo ha sido fuertemente cuestionado en cuanto a su fiabilidad como método de investigación, ya que se basa en las variaciones de la presión arterial, el ritmo respiratorio y la resistencia eléctrica de la piel, todas las cuales podrían ser provocadas por estímulos emotivos no ligados con el argumento objetivo del interrogatorio.[57] Del mismo modo, se ha cuestionado su carácter lesivo de la dignidad humana, la intimidad y la libertad psíquica, ya que supone un interrogatorio

[55] LLUIS NAVAS Y BRUSI (J.), *El llamado suero de la verdad y los problemas de su aplicación judicial,* Instituto Editorial Reus, Madrid, 1960, pp. 3 y ss. citado por HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 330, nota 413.

[56] BIAGIARELLI (G.), "I metodi psicofisiologici nell'accertamento de la verità", en AA.VV., *L' intervento medico e psicologico sul testimone, sull' imputato e sul condannato, Trattato di Criminologia, Medicina Criminologica e Psichiatria Forense* (núm. 12) *a cura di* F. Ferracuti, Giuffrè, Milán, 1990, p. 68, citado por HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 326.

[57] HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 326.

dirigido al inconsciente, en la medida que se propone detectar reacciones fisiológicas de ese mismo carácter.[58]

La prohibición del empleo de estos métodos en contra de la voluntad del individuo garantiza, como decíamos, que la renuncia del derecho al silencio sea el producto de la libre voluntad del imputado y no del menoscabo o anulación de esa voluntad. Sin embargo, la prohibición no cubre sólo las hipótesis en que los agentes estatales pretenden imponer el método al individuo, sino también los casos en que el propio imputado autoriza su empleo. Así, el inciso final del art. 195 CPP establece que "Las prohibiciones previstas en este artículo rigen aun para el evento de que el imputado consintiere en la utilización de alguno de los métodos vedados". Lo anterior podría parecer contradictorio con la idea de que el derecho al silencio es renunciable, pero la verdad es que lo es sólo en apariencia, porque la prohibición tiene precisamente por objeto garantizar la libertad y control sobre la decisión de renuncia. En efecto, si analizamos, en primer lugar, el narcoanálisis y la hipnosis, resulta evidente que ellos ponen al individuo en una situación de pérdida de control sobre sus propios actos, lo que le impide ejercer, durante el interrogatorio, su derecho a guardar silencio o retirar el consentimiento dado al inicio de la diligencia. Del mismo modo, el narcoanálisis, la hipnosis y el uso del polígrafo tienen en común el problema de que el reconocimiento de su admisibilidad constituiría una forma de coacción en pos de la autoincriminación, toda vez que el imputado que no se sometiera a ellos correría el riesgo cierto de que su negativa fuera valorada por el tribunal como un indicio de culpabilidad, lo que terminaría por convertirlos en métodos de general aplicación. Si añadimos a esto que, en todos los casos, se trata de métodos cuya fiabilidad se encuentra cuestionada, pareciera que la regla de exclusión del inciso final del art. 195 CPP se justifica como una regla tendiente a garantizar la credibilidad de la evidencia incorporada en el juicio.[59] Se trata, finalmente, de medios que

[58] HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 328, citando a SIEGERT (K.) y VASSALLI (G.).

[59] De hecho, éste es el argumento empleado por la Suprema Corte de los Estados Unidos en *United States v. Scheffer,* N° 96-1133 (1998), al declarar que una regla de evidencia que prohibía al imputado el uso del polígrafo en su propia

afectan la libertad y la dignidad humanas, invadiendo la conciencia del individuo, por lo que parece evidente que la prohibición de utilización, aun con el consentimiento del imputado, resulta completamente justificada.

1.1.2.2.b. La renuncia debe ser informada

La necesidad de que la renuncia sea informada se ha asociado, por su parte, en el derecho comparado, a la exigencia de respeto a ciertas formalidades de comunicación, como son, por ejemplo, las advertencias de Miranda (*Miranda warnings*), que fueron impuestas por la Suprema Corte norteamericana como requisito de admisibilidad de la evidencia obtenida en interrogatorios bajo custodia policial.[60] En general, estas advertencias están con-

defensa no era arbitraria o desproporcionada y no podía, por tanto, considerarse que afectaba su derecho a defensa.

[60] En *Miranda v. Arizona*, la Suprema Corte declaró en el *holding* de la sentencia: "To summarize, we hold that when an individual is taken into custody or otherwise deprived of his freedom by the authorities in any significant way and is subjected to questioning, the privilege against self-incrimination is jeopardized. Procedural safeguards must be employed to [384 U.S. 436, 479] protect the privilege, and unless other fully effective means are adopted to notify the person of his right of silence and to assure that the exercise of the right will be scrupulously honored, the following measures are required. He must be warned prior to any questioning that he has the right to remain silent, that anything he says can be used against him in a court of law, that he has the right to the presence of an attorney, and that if he cannot afford an attorney one will be appointed for him prior to any questioning if he so desires. Opportunity to exercise these rights must be afforded to him throughout the interrogation. After such warnings have been given, and such opportunity afforded him, the individual may knowingly and intelligently waive these rights and agree to answer questions or make a statement. But unless and until such warnings and waiver are demonstrated by the prosecution at trial, no evidence obtained as a result of interrogation can be used against him" ["En resumen, sostenemos que cuando un individuo es detenido o de cualquier otra manera privado de su libertad por las autoridades de cualquier manera significativa y es sometido a interrogatorio, el privilegio de no autoincriminación es puesto en peligro. Salvaguardas procedimentales deben ser empleadas para proteger el privilegio y, a menos que otros medios completamente efectivos se adopten para notificar a la persona de su derecho al silencio y asegurar que el ejercicio del derecho será escrupulosamente respetado, las siguientes medidas se requieren. El debe ser advertido, en forma previa a cualquier interrogatorio, que tiene el derecho a permanecer en silencio, que cualquier cosa que diga puede ser usada en su contra en un tribunal, que tiene derecho a la presencia de un abogado, y que si no puede costear un abogado, le será designado uno en forma previa a

cebidas como salvaguardas para la prevención de abusos en los métodos de interrogación y procuran que la renuncia del derecho al silencio sea consciente e informada. Con la intención de crear estas salvaguardas, la ley chilena ha incluido la obligación de informar de sus derechos al detenido entre las formalidades del procedimiento de detención (art. 135 CPP).[61] Sin embargo, yendo aun más lejos, ha limitado severamente las facultades de la policía para interrogar al imputado, permitiendo que lo haga autónomamente sólo en presencia de su defensor (art. 91 inc. 1° CPP).[62] La ley prevé que 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 y, si esto no fuere posible, sus facultades se limitan a "*consignar* las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con autorización del fiscal". Lo anterior significa, en otras palabras, que la policía sólo tiene en esta situación facultades para recibir y dejar constancia de las declaraciones voluntarias del

cualquier interrogatorio si así lo desea. La oportunidad de ejercer estos derechos debe serle ofrecida también durante el interrogatorio. Después de que tales advertencias hayan sido formuladas y la oportunidad ofrecida, el individuo puede consciente e inteligentemente renunciar a estos derechos y consentir en contestar las preguntas o formular una declaración. Pero a menos que y hasta que tales advertencias y renuncia sean demostradas por el ministerio público en el juicio, ninguna evidencia obtenida como resultado del interrogatorio podrá ser usada en su contra" (traducción nuestra)]. *Miranda v. Arizona,* 384 U.S. 436, 478-479. La plena vigencia de *Miranda v. Arizona* ha sido recientemente confirmada por la Suprema Corte norteamericana al declarar que la decisión de Miranda constituye una regla constitucional que no puede ser dejada sin efecto por una decisión legislativa del Congreso de los Estados Unidos. *Dickerson v. United States,* N° 99-5525 (2000).

[61] Conforme a la enumeración del art. 135 CPP, la información debe referirse al derecho a 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 (art. 93 letra a) CPP); ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación (art. 93 letra b) CPP); guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento (art. 93 letra g) CPP); 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 (art. 94 letra f) CPP); tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare (art. 94 letra g) CPP).

[62] Vid. tomo I, VII.B.5.4.

imputado, pero que carece de facultades para *formular preguntas*, ya que esto se enmarca en el concepto de "interrogar autónomamente", lo que sólo le está permitido hacer en presencia del defensor. Como si lo anterior fuera poco, las declaraciones así consignadas carecen prácticamente de todo valor probatorio en el juicio oral, ya que no pueden ser incorporadas ni invocadas como medios de prueba (art. 334 CPP) ni siquiera leídas como apoyo de memoria o para demostrar contradicciones, habida consideración de que esta posibilidad está restringida por el art. 332 CPP a las declaraciones prestadas *ante el fiscal o el juez de garantía*. Resulta, de esta manera, que el registro que contiene la confesión prestada por el imputado ante la policía sólo podría servir como antecedente de las resoluciones dictadas por el juez de garantía durante la etapa de investigación, pero de ninguna manera como medio de prueba durante el juicio oral.

Ahora bien, sin perjuicio de la inadmisibilidad de este registro, se ha planteado el problema de determinar si sería también inadmisible la declaración como testigos de los policías que oyeron la confesión del imputado, actuando como testigos de oídas de esa confesión. Como se ve, la pregunta en el fondo exige responder si la inadmisibilidad afecta en realidad al elemento probatorio (la declaración) o sólo a su soporte material (el registro policial). La respuesta, a nuestro modo de ver, exige una distinción previa. Si la confesión ha sido obtenida con infracción de una garantía fundamental (v. gr., no se ha cumplido con la información de derechos exigida por la ley en garantía del principio de no autoincriminación), la prueba deberá ser excluida por aplicación de lo dispuesto por el art. 276 CPP y, por lo tanto, no podrá ser incorporada al juicio por esta vía, ya que la exclusión opera en este caso con respecto al elemento probatorio (la declaración) y no solamente con respecto a su soporte material (el registro policial). Por el contrario, si la declaración ha sido prestada ante la policía con pleno respeto a todas las garantías individuales y no cabe su exclusión conforme al art. 276 CPP, no visualizamos ninguna razón de texto para impedir que durante el juicio oral se reciba la declaración de los policías que oyeron la declaración del imputado en calidad de testigos de oídas. En este caso, debemos entender que la renuncia al derecho a permanecer callado ha sido válida, y su admisibilidad no está regida por el art. 332, que sólo excluye el acta escrita como soporte material de la declaración.

No obstante que esta conclusión parece impuesta por las disposiciones legales vigentes en Chile, es evidente que ella no debiera dejar demasiado tranquilo a quien tenga en consideración el objetivo fundamental del reconocimiento del derecho al silencio, que es el de evitar los abusos policiales con el objeto de obtener una declaración. Si el tribunal de juicio oral fuere a asignar un valor decisivo a la declaración de los policías en torno a la confesión previa del acusado, es evidente que se violaría la idea misma de que la prueba debe ser producida durante el debate contradictorio y desaparecerían todas las salvaguardas que el art. 91 ha establecido precisamente para prevenir y desalentar dichos abusos. Sencillamente, la declaración de los policías afectados vendría a reemplazar a la declaración escrita que contiene la confesión, con lo cual las motivaciones para obtenerla seguirían siendo las mismas. Por ello, debe tenerse presente que cuando la ley no establece protecciones al nivel de admisibilidad, es porque confía en que ellas serán impuestas al nivel de valoración. Con esto queremos decir que la responsabilidad recaerá en este caso sobre los tribunales del juicio oral, que deben asignar a las declaraciones de los policías el valor que tienen, que no es más que el de un testimonio de oídas no ratificado –o, en su caso, desmentido– por la persona a quien se le atribuye.

1.1.2.3. Alcances del derecho al silencio

El último aspecto que ha sido vinculado al principio de no autoincriminación y, en particular, al derecho al silencio, es el que tiene que ver con las posibilidades de utilizar al imputado como órgano de prueba, esto es, utilizarlo como fuente de prueba en su contra. Nos estamos refiriendo aquí a todo el amplio campo de las intervenciones corporales, que incluye los exámenes corporales del imputado, tales como la extracción y análisis de sangre, orina, cabello y uñas, las pruebas dactilares y caligráficas, entre otras, y los registros e inspecciones.[63]

Se trata de actos que cuestionan los alcances del principio de no autoincriminación, por cuanto, a través de ellos, se utili-

[63] Vid. tomo I, VII.B.6.1.

za el propio cuerpo del imputado para obtener prueba incriminatoria. Como se aprecia, entonces, el principio está involucrado sólo si se lo entiende en un sentido amplio, como el que contemplaba explícitamente la Declaración de Derechos de Virginia de 1776 al prohibir que se obligara al imputado a "*entregar evidencia* en su contra" ("Nor can he be compelled to give evidencie against himself"). En otras palabras, el tema nos plantea la pregunta de si existe o no un "derecho al silencio" no verbal, esto es, la posibilidad del imputado a resistir que su propio cuerpo, contra su voluntad, entregue información relevante para determinar su culpabilidad.

En el actual estado de desarrollo del derecho procesal penal y de los derechos fundamentales, la respuesta parece ser negativa. Así, por ejemplo, para ASENCIO MELLADO, si bien el imputado no tiene ninguna obligación de "colaborar activamente" en su condena, "sí puede ser obligado a soportar pasivamente, esto es, sin exigirle colaboración activa, actos que recaigan en su persona o bienes".[64] La conclusión nos parece correcta, aunque no así la utilización, como criterio diferenciador, del hecho de que la colaboración sea "activa" o "pasiva". Lo verdaderamente relevante es el análisis comparativo, bajo criterios de proporcionalidad, del nivel de afectación de garantías que supone el método investigativo contra el cual se pretende afirmar el principio de no autoincriminación. Así, por ejemplo, parece evidente que, por mucho que exija disponer del cuerpo del imputado para su realización, una diligencia de reconocimiento en rueda de detenidos está lejos de afectar intereses constitucionalmente relevantes que justifiquen extender a su respecto el principio de no autoincriminación, y algo similar podría decirse de las pruebas dactiloscópicas o caligráficas. Pareciera, entonces, que el tema escapa de los alcances del principio de no autoincriminación o del derecho al silencio y debe ser estudiado en cuanto conlleva afectaciones del derecho a la privacidad.

Es ése el lugar que le hemos reservado en esta obra.[65]

[64] ASENCIO MELLADO (J.M.), cit., p. 167.
[65] Vid. *infra* IX.B.1.2.1.

1.2. El derecho a la privacidad[66]

El derecho a la privacidad se alza, en el derecho comparado, como el derecho fundamental más seriamente puesto en riesgo por las necesidades de la persecución penal, al grado que la afirmación frecuentemente repetida de que el derecho procesal no es más que "derecho constitucional aplicado" se funda en gran parte en la abundante jurisprudencia existente en relación con esta garantía. Así, por ejemplo, en los Estados Unidos, gran parte de la jurisprudencia relevante en materia de procedimiento criminal se ha construido en torno a la Cuarta Enmienda, que asegura el derecho de las personas a estar seguras "en sus personas, casas, documentos y efectos, contra detenciones, registros e incautaciones irrazonables", derecho cuyo alcance se ha establecido utilizando como criterio rector el de la "expectativa razonable a la privacidad" (reasonable expectation of privacy)".[67]

La importancia de esta garantía parece evidente, porque es innegable que se trata del derecho que está en más directa tensión con los intereses de la persecución penal. Una actividad de investigación sería, sin duda, más eficiente, si los encargados de la persecución penal pudieran inspeccionar libremente a todas las personas, registrar sus hogares y automóviles, conocer todas sus conversaciones, comunicaciones y movimientos bancarios y –por qué no– grabar y filmar permanentemente cada una de sus actividades cotidianas. No parece ser ésta, sin embargo, la clase de mundo en que una persona sensata quisiera vivir. El reconocimiento de un derecho a la privacidad significa, entonces, la imposición de un límite a la actividad que realiza el Estado en la persecución de los delitos que protege a todos los individuos que forman parte de una sociedad reservándoles una esfera de intimidad que no se puede afectar sin una causa legítima, en la permanente búsqueda de lograr un equilibrio entre los derechos fundamentales y las necesidades de la persecución penal.

---

[66] Una primera aproximación a las relaciones entre derecho a la privacidad y persecución penal pública, pero a la luz de las disposiciones del CdPP de 1906, la intenté en *El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile*, Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, SELA, 1998, Buenos Aires, 1999, p. 203.

[67] El criterio de la expectativa razonable de privacidad tiene su origen en el voto concurrente del juez Harlan en *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 361. Citado por CHIESA (E.), cit., v. I, p. 228.

El derecho a la privacidad resulta particularmente relevante, porque demuestra, con mayor intensidad que ninguna otra garantía, que la persecución penal representa un peligro no sólo para los derechos del imputado, sino para los de todos los individuos que forman parte de una sociedad. Los alcances que un ordenamiento jurídico reconozca al derecho a la privacidad y los límites que éste imponga a la persecución penal modelan, en gran medida, el grado de libertad de que gozan los individuos en su vida cotidiana y, por tanto, la forma de vida de la sociedad de que forman parte. Cuando una sociedad no resguarda suficientemente la privacidad de las personas, se instala en ellas la sensación de estar siendo escuchados, seguidos, y sometidos a control. Una concepción desmedida de los intereses de la persecución penal crea una sociedad en que se entiende como razonable y necesario que ciertas cosas "no se hablen por teléfono" o que los documentos confidenciales no se boten a la basura sin antes preocuparse de su completa destrucción. Por esta razón, hablar de los límites que impone el derecho a la privacidad es tanto como hablar de la extensión de la libertad individual.

Se trata de un derecho que aparece reconocido explícitamente en los tratados internacionales vigentes en Chile. El art. 17.1 del PIDCP señala explícitamente que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación". En términos prácticamente idénticos, tal derecho aparece consagrado en el art. 11.2 de la CADH.[68] Ambos tratados añaden a renglón seguido que "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques" (art. 17.2 PIDCP y art. 11.3 CADH). Por su parte el art. 19 N° 4° inc. 1° CPR declara que la Constitución asegura a todas las personas: "El respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia". El art. 19 N° 5° incluye, por su parte, en el catálogo constitucional de garantías: "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y

[68] El art. 11.2 CADH reza textualmente: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley". Se trata, sin embargo, de derechos fundamentales que han tenido en nuestro sistema un desarrollo jurisprudencial muy escaso, precisamente porque no existía, hasta antes de la entrada en vigencia de la Reforma Procesal Penal, ningún mecanismo de control formal de las actividades de obtención e incorporación de la prueba que convirtiera en un problema constitucionalmente relevante las infracciones de estas garantías.[69] La incorporación de la regla de exclusión de prueba y, con ella, de la noción de prueba ilícita, abre un campo inmenso para el desarrollo de esta garantía constitucional, que deberá enfrentar y resolver los conflictos que, inevitablemente, generarán las actividades de investigación y prueba.

A la espera de que nuestros tribunales desarrollen esa jurisprudencia parece conveniente, a lo menos, asomarnos brevemente al derecho comparado para conocer algunos de los problemas que se han planteado y las soluciones que se han propuesto en otros sistemas, contrastándolas con las soluciones legislativas propuestas por el CPP. Utilizaremos, para ello, el método de sistematizarlos en torno a los "ámbitos de protección" que el derecho a la privacidad generalmente comprende y que van desde la protección del propio cuerpo hasta la protección de la información personal. Haremos especial referencia a su alcance en el derecho español y en el sistema federal de los Estados Unidos de Norteamérica.

1.2.1. *El cuerpo*

El primer nivel de protección que prodiga el derecho a la privacidad es el del propio cuerpo. En el derecho comparado, la utilización del cuerpo del imputado para fines de investigación criminal ha sido objeto de severas restricciones, basadas en criterios de proporcionalidad. Aunque algunas de las medidas intrusivas que recaen sobre el cuerpo del imputado han sido ya

[69] Una referencia a la forma en que la jurisprudencia enfrentaba estos problemas bajo la vigencia del CdPP de 1906, se encuentra en LOPEZ (J.), *El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile*, cit., p. 221.

tratadas, en cuanto actos de investigación, en otro capítulo de este libro,[70] las analizaremos aquí en cuanto atañen a los límites formales a la búsqueda de la verdad que protegen derechos fundamentales y en cuanto aparecen vinculadas al derecho a la privacidad, sin perjuicio de que involucren también, en parte, una multiplicidad de otros valores constitucionales.[71]

En nuestro CPP, el tratamiento normativo de este tema traza una clara división entre los *exámenes corporales* y otras intervenciones menos intrusivas, como las pruebas dactiloscópicas y caligráficas. Los analizaremos brevemente en este mismo orden.

1.2.1.1. Los exámenes corporales

El art. 197 CPP señala textualmente:

"Exámenes corporales. Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o 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.

Si la persona que ha de ser objeto del examen, apercibida de sus derechos, consintiere en hacerlo, el fiscal o la policía ordenará que se practique sin más trámite. En caso de negarse, se solicitará la correspondiente autorización judicial, exponiéndose al juez las razones del rechazo.

El juez de garantía autorizará la práctica de la diligencia siempre que se cumplieren las condiciones señaladas en el inciso primero".[72]

[70] Vid. tomo I, VII.B.6.1.

[71] HORVITZ considera involucrados, entre otros, la dignidad de la persona (art. 1° CPR), el derecho a la integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N° 1 inc. 1° CPR), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (art. 5.2 CADH y art. 7 PIDCP), el derecho a la libertad personal (art. 19 N° 7 inciso 1° CPR) y el derecho del detenido a no ser obligado a declarar, a declarar contra uno mismo ni a confesarse culpable (art. 19 N° 7 letra f) CPR, art. 14.3 g) PIDCP y art. 8.2 letra g) CADH). Vid. tomo I, VII.B.6.1. Una enunciación muy similar para el derecho español, pero agregando el derecho a la intimidad personal, en HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., pp. 373-387.

[72] Esta norma es resultado de la modificación introducida por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002.

La norma pareciera autorizar, en términos generales, la toma de todo tipo de muestras y exámenes corporales, sujeta exclusivamente a la condición de consentimiento del imputado u ofendido o a la autorización judicial en subsidio. Sin embargo, la condición impuesta para la práctica del examen, en cuanto se requiere que no sea posible "temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado", deja el problema en el mismo punto de partida.

¿Qué tipo de exámenes corporales deben ser considerados inofensivos para la dignidad del interesado y, por tanto, admisibles en el derecho chileno? La respuesta ha quedado entregada al criterio del juez y, por lo tanto, al desarrollo de la jurisprudencia. El único examen que aparece con un reconocimiento legal explícito y puede considerarse, por tanto, que satisface en principio la exigencia legal, es el de las extracciones de sangre.

En efecto, las extracciones de sangre no sólo están mencionadas como un tipo de examen corporal autorizado por la ley en el art. 197 CPP, sino que también y especialmente por la Ley N° 18.290, del Tránsito, recientemente modificada por la Ley N° 19.925 de 19 de enero de 2004. Dicha ley concede en su art. 189 facultades a las autoridades policiales para "someter a cualquier conductor a una prueba respiratoria o de otra naturaleza destinada a detectar la presencia del alcohol en el organismo o acreditar el hecho de conducir bajo la influencia de estupefacientes o sustancias sicotrópicas" y añade en el art. 190 inc. 1 que "Cuando fuere necesario someter a una persona a un examen científico para determinar la dosificación de alcohol en la sangre o en el organismo, los exámenes podrán practicarse en cualquier establecimiento de salud habilitado por el Servicio Médico Legal, de conformidad a las instrucciones generales que imparta dicho Servicio". El inciso 3° de esta última disposición afirma imperativamente el deber policial de practicar las pruebas respectivas a "el conductor y el peatón que hayan tenido participación en un accidente de tránsito del que resulten lesiones o muerte" y el art. 115 A inciso 3° instruye al juez para considerar especialmente relevante, en la determinación del estado de ebriedad del imputado o del hecho de encontrarse bajo la influencia del alcohol, "el nivel de alcohol presente en el flujo sanguíneo, que conste en el informe de al-

coholemia o en el resultado de la prueba respiratoria que hubiera sido practicada por Carabineros".

La admisión del examen de sangre por la ley chilena resulta consistente con el criterio predominante en el derecho comparado. El Tribunal Constitucional español, por ejemplo, ha considerado reiteradamente que el deber de someterse al control de alcoholemia no puede considerarse contrario al derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, porque a través de él no se obliga al imputado a emitir una declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le haga objeto de una pericia, colaboración que no es comparable con la de prestar declaración autoincriminatoria.[73] Como se ve, entonces, nos encontramos ante un criterio jurisprudencial que reserva el principio de no autoincriminación para las declaraciones del imputado y no para la utilización de su cuerpo como órgano de prueba, reforzando la idea de que dicho principio tiene un carácter restrictivo. Siguiendo tal criterio, nos parece que desde la perspectiva de la ley chilena no debieran presentar problemas de admisibilidad todos aquellos actos de investigación destinados a obtener imágenes radiológicas, muestras de fluidos corporales o de partes insensibles del cuerpo, tales como cabello o uñas. El límite, en todos estos casos, vendrá necesariamente impuesto por el respeto a la dignidad del interesado que impone el art. 197 CPP y tiene consagración constitucional en el art. 1° CPR, lo que sólo puede ser evaluado caso a caso, teniendo en consideración todas las circunstancias que rodean la práctica del examen y el principio de proporcionalidad.[74]

La ley no establece un procedimiento a seguir en el caso de que el imputado se niegue a practicar el examen, por lo que debemos entender que, en este evento, debe procederse en la forma prevista por el art. 197 CPP, requiriendo la autorización judicial al efecto. Surge, no obstante, la cuestión de determinar si, habiendo el afectado insistido en la negativa después de obtenida la autorización judicial, pueden o no las autoridades de la persecución penal vencer su resistencia me-

[73] STC 103/1985; STC 145/1987; STC 197/1995; STC 161/1997.
[74] Vid. tomo I, VII.B.15 y I.VII.B.61.

diante el empleo de la fuerza física. El Tribunal Constitucional español ha respondido esta pregunta negativamente, declarando que la ejecución sólo puede ser compelida "mediante la advertencia de las consecuencias sancionatorias que pueden seguirse de su negativa o de la valoración que de ésta quepa hacer en relación con los indicios ya existentes, pero no, claro está, en ningún caso, mediante el empleo de la fuerza física, que sería en este supuesto degradante e incompatible con la prohibición contenida en el art. 15 de la Constitución".[75] En Chile parece aplicable una solución similar, atendido que la prohibición de tratos inhumanos y degradantes contenida en el art. 15 de la Constitución española tiene, en los mismos términos, reconocimiento de rango constitucional (art. 5.2. CADH; art. 7 PIDCP) y legal (art. 93 inc. 2º letra h CPP). La negativa al examen existiendo autorización judicial no puede, entonces, ser vencida mediante el empleo de la fuerza física, pero sí dar lugar a inferencias en el momento de valoración de la prueba, ya que provendría de una negativa ilegítima no amparada por el derecho al silencio.

Siempre dentro de los exámenes corporales, se plantea también el problema de determinar cuál es la situación en que quedan la inspección del cuerpo desnudo y los registros anales y vaginales.

La inspección del cuerpo desnudo ha sido analizada, habitualmente, en relación con las políticas de seguridad vigentes en las prisiones. En general, no ha sido considerada como una forma intrínsecamente inaceptable de intromisión del derecho a la privacidad, sino que se la ha estudiado en relación con las circunstancias bajo las cuales se practica el registro, limitando aquellas que pueden involucrar una forma de trato inhumano o degradante.

Así, por ejemplo, la Corte Europea de Derechos Humanos ha considerado que este tipo de inspección *("strip-search")* puede ser en ocasiones necesaria para garantizar la seguridad en las prisiones o incluso prevenir desórdenes o delitos, pero debe ser

[75] STC 37/1989. La misma sentencia define el término "degradante" siguiendo a otra sentencia del mismo tribunal (STC 65/1986) y al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como "lo que produce una singular humillación y envilecimiento".

realizada por las personas adecuadas y de manera apropiada.[76] En el mismo sentido, ha dicho también que, en presencia de suficientes medidas de control y ausencia de convincentes necesidades de seguridad, la práctica rutinaria de registros a cuerpo desnudo aplicadas a los prisioneros por un lapso de varios años constituye una infracción de la Convención.[77]

Distinta parece ser la situación de los registros vaginales y anales, que han adquirido gran relevancia debido a la utilización del tracto abdominal y de las cavidades corporales para el tráfico de estupefacientes. Pese a la evidente pertinencia de su utilización como método de investigación, la doctrina mayoritariamente condena su uso de manera absoluta, considerándolo prohibido como una modalidad de *trato degradante*[78] o como una vulneración inaceptable del derecho a la intimidad.[79] La condena a la utilización de estos medios persiste incluso en presencia de consentimiento del afectado. Así, por ejemplo, HUERTAS MARTIN lo considera degradante "aunque lo sea por un facultativo y no medie la fuerza física".[80] La jurisprudencia, en cambio, ha sido más tolerante y ha puesto el énfasis en las circunstancias bajo las cuales se practica la medida. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha considerado que "no cabe considerar en sí misma degradante o contraria a la dignidad de la persona la verificación de un examen ginecológico por parte de un profesional de la medicina".[81] No obstante, el Tribunal Supremo ha considerado degradante "la obtención de prueba tras obligar a una persona a desnudarse y efectuar flexiones hasta

[76] Vid. *Valasinas v. Lithuania*, Nº 44558/98, § 117. En la situación planteada en este caso, la inspección del cuerpo desnudo de un prisionero se había hecho en presencia de una mujer y había involucrado el tacto a mano descubierta de sus genitales y, posteriormente, de la comida que había recibido de un visitante.

[77] *Case of Van der Ven v. The Netherlands*, Nº 5090/99, § 62 y 63; *Case of Lorsé and others v. The Netherlands*, Nº 52750/99, § 74.

[78] HUERTAS MARTIN (M.I.), p. 376.

[79] LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., y RODRIGUEZ RAMOS, L.: *La intimidad corporal devaluada* (Comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del TC), PJ, 1989, núm. 14, p. 125, citado por HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., p. 376, nota 522.

[80] HUERTAS MARTIN (M.I.), p. 376.

[81] STC 37/1989, de 15 de febrero [RTC 1989, 37], citada por DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., p. 97.

que caiga al suelo un paquete de droga que portaba en el recto (STS 26 junio 1998 [RJ 1998, 5596]) o que guardaba en la vagina (STS 17 febrero 1999 [RJ 1999, 865]".[82] En la misma línea de ideas, la Suprema Corte de los Estados Unidos ha establecido como principio que el juez debe considerar que ofende al debido proceso de ley la "conducta que conmociona la conciencia" *("conduct that shocks the conscience")*, como lo es, por ejemplo, el procedimiento destinado a provocar vómitos para extraer por la fuerza el contenido del estómago de un imputado.[83] Posteriormente, sin embargo, esa misma Corte ha considerado que bajo ciertas circunstancias se encuentra justificada la detención "larga, incómoda y humillante" de una persona, si existe la "sospecha razonable" de contrabando de drogas en su canal alimenticio,[84] lo que supone aceptar que la detención se extienda el tiempo suficiente para que la expulsión de la evidencia se produzca de manera natural.

En Chile, a falta de una norma expresa que los regule, los registros anales y vaginales deben entenderse regidos por el art. 197 CPP relativo a los exámenes corporales, en virtud de la aplicación extensiva que dicha norma ofrece a "otros exámenes análogos", lo que significa que su admisibilidad depende de que se acepte que ellos no conllevan un menoscabo "para la salud o dignidad del interesado". A nuestro juicio, la sola relación de esta norma con el principio de proporcionalidad aplicable a todas las medidas intrusivas es suficiente para proscribir completamente la utilización válida de los registros anales y vaginales, ya que, en el actual estado de la medicina, ellos pueden perfectamente ser sustituidos por exámenes radiológicos, lo que impide a la medida en estudio satisfacer el requisito de *necesidad,*

---

[82] DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., p. 97.

[83] Vid. *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). En la sentencia dijo la Corte: "It would be a stultification of the responsibility which the course of constitutional history has cast upon this Court to hold that in order to convict a man the police cannot extract by force what is in his mind but can extract what is in his stomach". ["Sería una ridiculización de la responsabilidad que el curso de la historia constitucional ha puesto sobre esta Corte sostener que, para obtener la condena de un hombre, la policía no puede extraer por la fuerza lo que está en su mente, pero sí puede extraer lo que está en su estómago" (traducción nuestra)]. 342 U.S. 165, 173.

[84] *United States v. Montoya de Hernández*, 473 U.S. 531 (1985).

conforme al cual ella resulta improcedente si puede lograrse el fin perseguido mediante adopción de medidas menos lesivas.[85]

1.2.1.2. Las pruebas dactiloscópicas y caligráficas

Las pruebas dactiloscópicas y caligráficas, aun cuando han sido incluidas dentro del género de las *intervenciones corporales*, se diferencian de los *exámenes corporales* propiamente tales en que ellas no constituyen la extracción de una muestra ni un registro o inspección del cuerpo, sino que su mera utilización para producir una huella o trazo que pueda ser empleado a efectos de cotejo.

La prueba dactiloscópica ha sido definida como aquella "que se basa en las huellas digitales y consiste en la impresión que deja el contacto o simple roce de los dedos con una superficie cualquiera".[86] Se trata, como es sabido, de una prueba que procura la identificación de una persona, y que se basa en la singularidad e invariabilidad del dibujo de las líneas papilares de los dedos humanos.

La obtención de esta prueba no se encuentra especialmente regulada en el CPP en tanto acto de investigación, por lo que debe entenderse incluida, por analogía, en el art. 197 CPP, que hace aplicable la norma de las pruebas de carácter biológico y las extracciones de sangre a "otros (exámenes corporales) análogos". Así, por lo demás, lo entendió el Senado al discutir esta norma durante la tramitación del proyecto de ley que culminó en el CPP.[87] Ello significa que el fiscal o la policía pueden tomar

[85] Sobre el requisito de necesidad en relación con el principio de proporcionalidad vid. tomo I, VII.B.1.5 y VII.B.6.1. Sobre la legitimidad de los exámenes radiológicos véase DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., pp. 98-100.

[86] DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., p. 109.

[87] En el Senado "se observó que sería inaceptable privar a la investigación de pruebas de tanta importancia como los exámenes corporales de la persona del imputado o del ofendido, sean estos médicos o de otra índole, especialmente en delitos de difícil prueba como los que atentan contra la libertad sexual, sobre todo considerando que el examen corporal podría entenderse comprensivo también de las huellas dactilares o muestras de cabello, respecto de cuya práctica no se vio inconveniente alguno". PFEFFER (E.), cit., p. 217.

impresiones digitales si el imputado consintiere en hacerlo después de haber sido apercibido de sus derechos o que, ante su negativa, debe solicitarse al juez la correspondiente autorización judicial. En ambos casos se requiere que la medida sea necesaria para constatar circunstancias relevantes para la investigación y que no fuere de temer menoscabo para la salud o dignidad del interesado. La ley ha autorizado directamente a la policía para tomar huellas dactilares, sin requerir la autorización judicial previa ni el cumplimiento de los requisitos anteriormente mencionados en un solo caso, que se plantea fuera del ámbito del procedimiento penal, y se relaciona con sus facultades durante el denominado "procedimiento de control de identidad". La situación está prevista en el art. 85 CPP y permite que, en el caso de que una persona se negare a acreditar su identidad o no le fuere posible hacerlo en el lugar en que fuere requerido para ello, pueda ser conducida a la unidad policial más cercana para fines de identificación, contemplándose la posibilidad de que se le tomen huellas digitales en el evento de que no logre procurar una identificación satisfactoria por otros medios. Señala el código que las huellas digitales tomadas de esta manera "sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas".

A diferencia de lo que ocurre con la prueba dactiloscópica, la prueba caligráfica sí se encuentra reglamentada especialmente por el artículo 203 CPP, lo que excluye la aplicación a ella del art. 197 CPP. Esta disposición legal reza textualmente que "El fiscal podrá solicitar al imputado que escriba en su presencia algunas palabras o frases, a objeto de practicar las pericias caligráficas que considerare necesarias para la investigación. Si el imputado se negare a hacerlo, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la autorización correspondiente". Como se observa, los requisitos para la práctica de esta medida resultan más tenues, pues basta que la pericia caligráfica sea considerada "necesaria para la investigación". Lo anterior parece justificado por el criterio de proporcionalidad, ya que al proveer una muestra caligráfica el individuo no hace más que ofrecer, para el cotejo, un ejemplo de su propia escritura, algo que las personas letradas ofrecen cotidianamente por el solo hecho de escribir.

Siendo las pruebas dactiloscópicas y caligráficas mínimamente intrusivas, el principal problema que plantean es la posibili-

dad de obtenerlas coactivamente. Por lo pronto, habrá que recordar que la prueba caligráfica es un tipo de acto de investigación que, a diferencia de los exámenes corporales e inclusive de las pruebas dactilares, requiere la *colaboración activa* del imputado, lo que torna prácticamente imposible su ejecución forzada, incluso mediando autorización judicial previa. Lo anterior reduce el problema al ámbito de la prueba dactiloscópica, caso en el cual la respuesta debe ser la misma que ya proporcionamos respecto de los exámenes corporales e impone una solución común en ambos casos: la resistencia del imputado a ofrecer tanto muestras dactilares como caligráficas debe ser resuelta a nivel de valoración probatoria, vía inferencias en contra del imputado, por tratarse de una negativa ilegítima no amparada por el derecho al silencio. El requisito de necesidad impuesto por el criterio de proporcionalidad generalmente no justificará en este caso el uso de la fuerza, porque una investigación acuciosa debiera conducir a la obtención de huellas dactilares o muestras de escritura que el imputado haya ofrecido en el pasado de manera voluntaria. De esta manera, cualquier acto de fuerza mediante el cual se pretendiera obtener este tipo de pruebas constituiría una forma de coacción que afectaría la dignidad de la persona y su derecho a no ser sometida a tratos degradantes.

1.2.2. *Las vestimentas, el equipaje y el vehículo*

El segundo nivel de protección que ofrece el derecho a la privacidad cubre tres ámbitos, que son las vestimentas, el equipaje y el vehículo. La ley chilena, en las únicas ocasiones en que se refiere a ellos, los trata conjuntamente, por lo que cabe entender que gozan en Chile de un mismo nivel de protección legal.

La regla general en esta materia supone como punto de partida reconocer que los registros de vestimentas, equipaje y vehículos constituyen actuaciones del procedimiento que privan, restringen o perturban los derechos constitucionales de la persona que los sufre, lo que significa que, por regla general, se encuentran sometidos a la exigencia de autorización judicial previa (art. 80 A inc. 3° CPR y art. 9° CPP).

Las excepciones se encuentran reguladas por el CPP y consisten en dos hipótesis, cuya ubicación en el párrafo 3° del Títu-

lo IV del Libro I relativo a "la policía", revela que se trata de normas que conceden atribuciones directamente a éstas, sin necesidad de autorización judicial previa: la primera, de carácter propiamente procesal, la encontramos a propósito de la *detención*, y se contiene en el art. 89 CPP, que bajo el título "examen de vestimentas, equipaje o vehículos", señala "Se podrá practicar el examen de las vestimentas que llevare el detenido, del equipaje que portare o del vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación"; la segunda, que es más bien pertinente a las funciones preventivas de la policía, la encontramos a propósito del *control de identidad,* en el art. 85 CPP, que señala que "durante este procedimiento la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla". Cabe recordar que el procedimiento de control de identidad sólo puede llevarse a cabo "en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que la persona hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que pudiera cometerlo, o de que pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta" (art. 85 CPP).[88]

El registro policial de vestimentas, equipaje y vehículo del detenido sin que exista una orden judicial previa y específica que lo ordene, recuerda lo que en los Estados Unidos se conoce como "registro incidental a la detención" (*"search incident to an arrest"*). La situación está allí regida por la decisión de la Suprema Corte en *United States v. Robinson,*[89] en la cual se estableció que, al momento de ejecutarse una detención válida, el detenido estaba por ese solo hecho sujeto a un registro de su persona y del área inmediatamente bajo su control, lo que supone afirmar que en tales casos el registro es siempre "razonable", en términos constitucionales, sin que exista la necesidad de establecer dicha razonabilidad caso por caso. La justificación de esta facultad se encuentra en la necesidad de desarmar al sospechoso y de preservar la evidencia existente sobre su persona, para su posterior utilización en el juicio. Como se aprecia, entonces, el registro in-

[88] Vid. tomo I, VI.A.3.4.2 y *Addenda,* I y II.B.3, 4 y 6.

[89] 414 U.S. 218 (1973). En *United States v. Robinson,* la Suprema Corte modificó la doctrina sentada en *Chimel v. California,* 395 U.S. 752.

cidental a la detención constituye una excepción a la regla que exige contar con orden judicial previa para el registro, pero supone una detención por causa legítima, ya que si la detención es ilegal, el registro incidental también lo será. El registro incidental a la detención comprende, en los Estados Unidos, el equipaje, el vehículo e incluso el hogar, pero en todos los casos está limitado al área bajo el control inmediato del detenido, dentro de la cual podría tener acceso a armas o destruir evidencia. Así, por ejemplo, se ha resuelto que una detención practicada al ocupante de un vehículo faculta el registro de todo el compartimiento de pasajeros, incluyendo la guantera y consolas del automóvil y cualquier equipaje, caja, bolsa o ropa que se encuentre en su interior, pero no legitima el registro del portamaletas.[90]

En Chile, la facultad que se concede a la policía para el registro de vestimentas, equipaje y vehículos sin orden judicial previa es extraordinariamente amplia, lo que podría resultar justificado cuando se trata de un registro incidental a la *detención*, inspirado en razones de seguridad y preservación de evidencia. Por el contrario, la facultad resulta absolutamente desproporcionada cuando se la extiende al procedimiento de *control de identidad*, toda vez que nos encontramos allí ante una atribución que cae dentro de las facultades preventivas de la policía y que no supone necesariamente una investigación criminal en curso. De hecho, para controlar la identidad la policía ni siquiera requiere necesariamente tener indicios de que se ha cometido o intentado cometer un ilícito penal, ya que el procedimiento puede también activarse por indicios de que "se dispusiere a cometerlo, o de que pudiera suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta" (art. 85 inc. 1° CPP). Como sabemos, el texto original del CPP reconocía estas facultades a la policía sólo en la hipótesis de detención (art. 89 CPP), y su extensión al procedimiento de control de identidad fue el resultado de la modificación operada por la Ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002, que hemos criticado anteriormente.[91] Si bien es cierto que parece razonable, por razones de seguridad, reconocer facultades a la policía para efectuar

[90] *New York v. Belton*, 453 U.S. 454,461, nota al pie N° 4.
[91] Vid. tomo I, *Addenda*, II.B.3.

registros tendientes a detectar la posesión de armas que pudieran poner en peligro su vida, también durante el procedimiento de control de la identidad, habría bastado para tal efecto con autorizar un registro superficial y exterior de las vestimentas de la persona a través del denominado "cacheo".[92] Extender la facultad al registro de todas las vestimentas, equipaje y vehículo de la persona sometida a control, tal como ocurre en la hipótesis de detención, quiebra el principio de proporcionalidad y crea incluso un problema de consistencia con otras normas del CPP, por cuanto el art. 85 CPP pareciera autorizar el registro en forma amplia, sin incluir el requisito general del art. 89, que consiste en la *existencia de indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación*. En el actual estado de nuestra legislación lo anterior resulta inaceptable, y genera un problema interpretativo que debe ser resuelto considerando que este requisito tiene un carácter general que se aplica en la hipótesis del art. 85 CPP, ya que, de lo contrario, deberíamos aceptar que la ley es más exigente para permitir el registro del detenido que el registro del sometido a control de identidad, lo cual rompe todo criterio de proporcionalidad y conduce, por tanto, a una conclusión absurda.[93] Desde una perspectiva de *lege ferenda,* sin embargo, la inconsistencia debiera resolverse por la vía de eliminar la exigencia de indicio de ocultamiento como

[92] Así lo hizo en circunstancias parecidas la Suprema Corte norteamericana al resolver *Terry v. Ohio,* un caso que ha sido considerado sin exageración como el segundo en importancia en materia de procedimiento criminal después de *Miranda v. Arizona,* CHIESA (E.), cit., v. I, p. 307. En *Terry,* la Suprema Corte estableció como regla que "cuando un policía observa conducta poco usual que lo lleva a razonablemente concluir, a la luz de su experiencia, que está a punto de producirse conducta criminal y que las personas sospechosas pudieran estar armadas y ser peligrosas, si en el curso de la investigación de esta conducta el policía se identifica como tal y tras hacer ciertas averiguaciones iniciales permanece o no se disipa su temor, por la seguridad propia y de terceros, tiene entonces derecho, para la protección de sí mismo y de terceros en el área, a llevar a cabo un registro, cuidadosamente limitado, de la vestimenta exterior de las personas sospechosas, para descubrir armas que pudieran ser utilizadas para asaltarlo". *Terry v. Ohio,* 392 U.S. 1, 30, traducido por CHIESA (E.), cit., v. I, p. 307. La doctrina de la Suprema Corte en *Terry* se conoce en los Estados Unidos como la facultad de "detención y cacheo" *("stop and frisk").* Para la situación de los cacheos policiales en España ver HUERTAS MARTIN (M.I.), cit., pp. 414-422.

[93] Vid. tomo I, *Addenda,* I y II.B.3.

requisito del art. 89 CPP pero restringiendo al mismo tiempo el registro al área que está bajo el inmediato control de la persona sometida a control de identidad o detenida, ya que, como hemos dicho, la revisión de las vestimentas, equipaje y vehículo del detenido no está fundada sólo en las necesidades de la investigación, sino también en las necesidades de seguridad del agente policial que la practica. Los indicios de ocultamiento de antecedentes constituyen un requisito que debiera tener en consideración el juez cuando autoriza el registro de vestimentas, equipaje o vehículos aplicando la regla general contenida en los arts. 80 A inc. 3° CPR y 9° CPP y no la policía haciendo uso de las facultades excepcionales de los arts. 85 y 89 CPP.

1.2.3. *El hogar y otros recintos privados*

La protección del hogar tiene una larga data histórica, aunque su fundamentación parece haber sido objeto de una lenta y paulatina evolución. Mientras en el derecho romano, germánico y en los fueros medievales hispánicos la protección del domicilio encontró su fundamento en el *derecho de propiedad,* con el constitucionalismo éste ha ido paulatinamente identificándose con el *derecho a la intimidad personal y familiar.*[94] No parece, sin embargo, que el derecho de propiedad haya desaparecido totalmente como fundamento de la garantía, lo que queda en evidencia si se analizan las diferentes nomenclaturas utilizadas para identificar a este ámbito de protección. En las convenciones internacionales se puede apreciar que la protección aparece referida al *domicilio,* en términos tales que el art. 17.1 PIDCP señala que "Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en... su domicilio...", derecho que el art. 11.2 de la CADH reproduce prácticamente en los mismos términos.[95] La protección que ofrece el derecho interno chileno a nivel constitucional, por su parte, no está centrada en ese concepto, sino en el de *hogar.* Así, el

[94] HINOJOSA SEGOVIA (R.), *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal,* Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

[95] Art. 11.2. CADH: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación".

art. 19 N° 5° de la CPR asegura a todas las personas: "La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse (...) en los casos y formas determinados por la ley".[96] La Comisión Constituyente dejó constancia en actas que el término *hogar* se utiliza en esta disposición en un sentido más amplio que el de domicilio, para hacerlo comprensivo de todos "los recintos privados en que tiene lugar cualquier especie de actividad humana".[97] El CPP, por su parte, adoptando una posición similar a la del constituyente, pero haciéndola más explícita, ofrece a nivel legal una protección que rehúsa la utilización de los términos *domicilio* y *hogar,* reemplazándola por la de *lugar cerrado.* La diferencia de denominaciones no oculta que el fundamento común de todas estas normas se encuentra en la preocupación legislativa por proteger aquellos espacios físicos más directamente asociados con el derecho a la privacidad pero, en su amplitud, refleja que algunos de sus alcances se justifican todavía, más severamente, en el derecho de propiedad que en el derecho a la privacidad.[98] Así, por ejemplo, sin la consideración del derecho de propiedad, resultaría difícil justificar la prohibición de entrada y registro en un edificio deshabitado o en un terreno baldío, ya que la vinculación de tales espacios físicos con la intimidad personal parece mucho más tenue. Finalmente, el Código Penal sanciona como autor de un delito al que "entrare en morada ajena contra la voluntad de su morador", sancionando con pena agravada al que ejecutare el hecho "con violencia o intimidación" (art. 144 CP).

No nos referiremos aquí a los casos y formas en que la ley autoriza la diligencia de entrada y registro en lugar cerrado, toda vez que han sido analizados ya, en detalle, en un capítulo anterior de este libro.[99] Procuraremos, en cambio, presentar algunos problemas que plantea frecuentemente este acto de investigación, y ofrecer a modo de ejemplo la forma en que han sido resueltos en el derecho comparado.

---

[96] Para la relación entre "hogar" y "domicilio" vid. tomo I, VII.B.6.2.

[97] Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129ª, 12 de junio de 1975, pp. 17-22.

[98] Vid. opinión del señor Guzmán en Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 129ª, 12 de junio de 1975, pp. 17-22.

[99] Vid. tomo I, VII.B.6.2.

1.2.3.1. Regla general: entrada y registro con orden judicial previa

En Chile, la regla general en la materia es que la diligencia de entrada y registro en lugares cerrados sólo procede previa orden judicial (arts. 80 A inc. 3° CPR, arts. 9°, 205, 209, 210 y 211 CPP). Dicha orden está formalmente regulada tanto en lo que se refiere a su *concesión* (el hogar sólo puede allanarse "*en los casos* previstos por la ley"), como en lo referido a su *emisión* y *ejecución* (el hogar sólo puede allanarse "*en la forma* prevista por la ley"). Así, para que la orden sea *concedida*, es necesario que se justifique ante el juez de garantía competente que se reúnen, en el caso concreto, los requisitos establecidos para su procedencia, esto es, la existencia de presunciones de que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontraren en el lugar que se pretende registrar (art. 205 CPP). Una vez resuelta la concesión de la medida, el juez debe *emitir* una orden, la que debe cumplir con ciertas exigencias formales de contenido (art. 208 CPP). Finalmente, al *ejecutar* la orden, la policía y el ministerio público están obligados a respetar ciertas formas impuestas por la ley. En cualquiera de estas tres etapas se pueden producir infracciones o inobservancias que podrían provocar la exclusión de los elementos de prueba obtenidos durante el registro. De allí que resulte importante conocer los problemas que más frecuentemente se plantean en ellas.

1.2.3.1.a. Concesión de la orden

Constituyendo la diligencia de entrada y registro una limitación del derecho constitucional a la privacidad, la orden judicial sólo será legítima si se emite "en los casos previstos por la ley", lo que supone, para el ministerio público, la carga de justificar el cumplimiento de los requisitos legales para su concesión, y para el juez de garantía, el deber de ponderarlos correctamente. Si el fiscal no justifica adecuadamente la medida y el juez, no obstante, la concede, los elementos de prueba obtenidos a través de la diligencia podrían ser posteriormente impugnados como *prueba ilícita.*

La determinación de cuáles son los requisitos legales para la concesión de la medida resulta así indispensable, porque, como bien se ha dicho, "no es suficiente garantía la exigencia

de previa autorización judicial si no tienen los jueces criterios legislativos claros para fundamentar sus decisiones".[100] El CPP chileno exige, como único requisito sustancial, que "se presumiere fundadamente que el imputado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado" (art. 205 CPP). El requisito para la concesión de la orden en el CPP chileno no difiere demasiado del criterio legal español ("existencia de indicios de encontrarse en el lugar en que se va a practicar la diligencia, el procesado, efectos, instrumentos del delito, libros, papeles u otros objetos que puedan servir para su descubrimiento y comprobación")[101] ni, tampoco del criterio jurisprudencial norteamericano (*causa probable* "de que determinada cosa sea incautable y que se encuentra en el lugar cuyo registro o allanamiento se autoriza").[102] El requisito no parece demasiado exigente, pero es evidente que el juez de garantía está llamado, en este caso, a actuar aplicando el criterio de proporcionalidad y exigiendo la concurrencia de un cierto estándar de antecedentes de la investigación que hagan verosímil la imputación delictiva, condiciones que –como hemos visto– son comunes a cualquier medida restrictiva de derechos.[103] Lo anterior es evidente si se considera que el juez de garantía, en su función de asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal (art. 14 letra a) COT), debe impedir cualquier intromisión estatal en la vida privada de las personas que no resulte proporcionalmente justificada por las necesidades de la persecución penal.

1.2.3.1.b. Emisión de la orden

El contenido de la orden está regulado por el art. 208 CPP y destacan, por su importancia, el señalamiento de "el o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados" (letra a), y "el motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno" (letra d).

---

[100] LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.) y RODRIGUEZ RAMOS (L.), *La intimidad corporal devaluada* (comentario a la sentencia número 37/89, de 15 de febrero, del TC), PJ, 1989, núm. 14, p. 130, citado por RODRIGUEZ SOL (L.), cit., p. 211, nota 168.

[101] Art. 546 LECr.

[102] CHIESA (E.), cit., v. II., p. 237.

[103] Vid. tomo I, VII.B.1.5.

El requisito de señalar particularizadamente el lugar a ser registrado resulta de fundamental importancia, porque a través de él se persigue evitar la discrecionalidad policial al momento de la ejecución de la orden. En los Estados Unidos, se trata de una exigencia incorporada en la propia Constitución, que prohíbe en la Cuarta Enmienda efectuar registros que no se funden en órdenes que "describan particularmente el lugar que será registrado" (*particularly describing the place to be searched).* En España, está incorporada a nivel legal[104] y la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido bastante rigurosa al exigir su cumplimiento.[105] Los problemas más frecuentemente asociados a la satisfacción de este requisito dicen relación, en primer lugar, con los errores cometidos en la identificación del domicilio que será objeto de la diligencia. En general, se exige que el lugar sea correctamente identificado, lo que supone ordinariamente el señalamiento de la dirección (calle, número, comuna), pero se entiende que un error en el nombre o número de la vivienda es intrascendente si ella queda debidamente identificada de otro modo.[106] El criterio rector para determinar si el error es o no relevante está directamente relacionado con la razón de ser del requisito: será relevante toda vez que la identificación contenida en la orden no permita establecer el domicilio con precisión, de manera tal que la policía quede en posición de aplicar su propia discrecionalidad en la determinación del lugar a registrar, y será irrelevante en el caso contrario.

El requisito de motivación de la orden resulta también fundamental, porque sienta las bases de su legitimidad y determina su alcance. Por esta razón, en el derecho español se ha dicho que la ausencia de motivación en la resolución que ordena la entrada y registro supone vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y determina, además, la nulidad de la resolución por ausencia de un requisito esencial, de tal manera que si se llevara a cabo el registro, sería un registro rea-

[104] El art. 558 LECr. reza: "El auto de entrada y registro en el domicilio de un particular será siempre fundado, y el juez expresará en él concretamente el edificio o lugar cerrado en que haya de verificarse, si tendrá lugar tan sólo de día y la autoridad o funcionario que los haya de practicar".

[105] Cfr. RODRIGUEZ SOL (L.), cit., pp. 229-230.

[106] RODRIGUEZ SOL (L.), cit., p. 230.

lizado sin autorización judicial, vulnerador del derecho constitucional a la inviolabilidad del domicilio.[107] Como decíamos, el requisito de motivación determina el *alcance* de la orden, porque si bien la ley chilena no ha exigido identificar los objetos y documentos que se persigue obtener con el registro, ha establecido en cambio una regla especial para el caso en que se hallen "objetos y documentos *no relacionados con el hecho investigado*" (art. 215 CPP). De lo anterior se deduce que la extensión de la orden sólo alcanza, por regla general, a los objetos y documentos que sí guardan esa relación, lo que sólo puede determinarse sobre la base de la descripción del hecho contenida en la motivación de la orden.

1.2.3.1.c. Ejecución de la orden

En la ejecución de la orden se presentan varios problemas.

El primero tiene que ver con la obligación de la policía de dar conocimiento de su presencia y autoridad antes de dar inicio a la ejecución de la medida. En los Estados Unidos, esta exigencia se entiende cumplida a través del principio del "golpe y anuncio" *("knock-and-announce principle")*, proveniente del derecho común, que la Suprema Corte ha considerado exigible a través del requisito de "razonabilidad" del registro impuesto por la Cuarta Enmienda.[108] Este principio impone a la policía la obligación de golpear la puerta y anunciar a viva voz su identidad antes de entrar por la fuerza a un lugar en cumplimiento de una orden de entrada y registro. No obstante, actualmente se admite que la policía no cumpla con esta formalidad si puede sostener una "sospecha razonable" de que, bajo las circunstancias del caso, golpear y anunciar su presencia antes de entrar pudiera ser peligroso, inútil, o inhibir la investigación efectiva del delito, permitiendo, por ejemplo, la destrucción de evidencia.[109] En España, por el contrario, por disposición del art. 550 LECrim, la resolución que ordena el registro debe siempre *notificarse* a la persona interesada y si ésta no fuere habida, a su encargado o a

[107] RODRIGUEZ SOL (L.), cit., pp. 227-228.
[108] *Wilson v. Arkansas*, 514 U.S. 927 (1995).
[109] *Richard v. Wisconsin*, N° 96-5955 (1997).

cualquier otra persona mayor de edad que se hallare en el domicilio (art. 566 LECRim). La formalidad de la notificación puede acarrear problemas para la eficacia de la medida, ya que, como se comprende, su cumplimiento podría frustrar un buen número de diligencias si ella se extiende el tiempo suficiente como para permitir a los demás ocupantes del inmueble ocultar o hacer desaparecer evidencia relevante. Por esta razón, el Tribunal Supremo español ha tendido a relajar la rigurosidad del requisito considerando que su omisión no invalida el registro si la previa advertencia habría podido frustrar su finalidad.[110]

En Chile, la exigencia consiste, al igual que en España, en la "notificación" de la resolución al dueño o encargado, "invitándolo a presenciar el acto". Las dificultades generadas, en la práctica, por esta exigencia, provocaron que, a poco andar, la disposición fuera modificada para incorporar la posibilidad –actualmente existente– de que el juez de garantía autorice la omisión de estos trámites "sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiere frustrar el éxito de la diligencia" (art. 212 CPP).[111]

El segundo problema que se plantea frecuentemente en la ejecución de la medida se relaciona con los *hallazgos casuales*, esto es, aquellos objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado, pero que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituyere la materia del procedimiento en que la orden respectiva se hubiere librado.[112] El problema –que ha dado origen a fallos de signo opuesto en el derecho español–[113] se encuentra resuelto en forma expresa por la ley en el art. 215 CPP. Se trata de una norma que ratifica el carácter específico del registro domiciliario en la medida que no permite la incautación automática de dichos objetos y docu-

[110] STS 13/11/91, RJ 1991, 8062, citada por DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., p. 174.

[111] La modificación se efectuó por Ley N° 19.789, de 30/01/2001, que sustituyó el inciso primero del art. 212 CPP.

[112] Otra hipótesis de hallazgos casuales no referidos a la diligencia de entrada y registro sino a la interceptación de comunicaciones telefónicas está regulada en el art. 223 inciso final CPP y ha sido objeto de análisis anteriormente. Vid. tomo I, VII.B.6.3.2.6.

[113] DE URBANO CASTRILLO (E.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con TORRES MORATO), cit., pp. 186-188.

mentos, pero ofrece una solución al problema, permitiendo que se proceda a su incautación previo despacho de una nueva orden judicial. En otras palabras, lo que corresponde hacer, en caso de hallazgo casual, es poner el hecho en inmediato conocimiento del juez que despachó la orden de entrada y registro y esperar su decisión.

1.2.3.2. Excepciones: entrada y registro sin orden judicial previa

Existen en el CPP dos hipótesis en las cuales la ley autoriza la entrada y registro sin orden judicial previa. La primera es la del registro consentido, y la segunda, la entrada y registro en caso de delito flagrante.

1.2.3.2.a. Entrada y registro consentido

En el derecho comparado, generalmente se reconoce como una excepción a la regla general que exige la obtención de una orden judicial previa, el hecho de que el titular del derecho afectado por la medida consienta en su realización. Esto resulta absolutamente razonable, ya que es evidente que el derecho a la privacidad es renunciable y que el derecho de propiedad –en su caso– incluye la posibilidad de autorizar la entrada y registro en el inmueble del cual se es propietario.

El primer problema que se plantea al respecto se focaliza en la determinación de la calidad de la persona que está legalmente habilitada para renunciar al derecho. El tema está, en Chile, resuelto por el art. 205 CPP, que reconoce valor al consentimiento proveniente del "propietario o encargado". La mención del propietario como principal habilitado para consentir un registro constituye un error legislativo, ya que, como venimos diciendo, el derecho fundamental afectado de manera más importante por esta medida no es el derecho de propiedad, sino el derecho a la privacidad, por lo que es al titular de este último, y no al propietario, a quien debería corresponderle, en principio, renunciarlo. El error legislativo resulta evidente si se considera, por ejemplo, la situación del arrendatario, quien es el verdadero titular del derecho a la privacidad afectado por la medida y al cual

no cabe imponer la voluntad del propietario como fundamento de un registro supuestamente consentido. Por su parte, la mención del "encargado", en cuanto se considere referida a la persona a cargo de un edificio o de aquellos lugares cerrados en que tienen su domicilio varias personas simultáneamente, es parte del mismo error conceptual; por el contrario, si se entiende el término como referido al titular del derecho a la privacidad afectado por la medida, la alusión al "encargado" permite solucionar el problema, dando cabida a todos los casos en que el titular del derecho no es el propietario del inmueble.

La determinación concreta de la persona autorizada para consentir el registro puede también dar lugar a problemas, por lo difícil que resultará siempre para la policía saber si quien está consintiendo en la práctica es o no la persona legalmente habilitada para ello. Esto resulta particularmente problemático en el caso de domicilios compartidos por diversas personas, en las que todas ellas tienen una autoridad común que reclamar con respecto al inmueble. La Suprema Corte norteamericana se hizo cargo de este problema en *United States v. Matlock*[114] al sostener que el consentimiento era válido no sólo si lo daba el legítimo titular del derecho a la privacidad afectado, sino también un tercero con autoridad común u otra relación suficiente con el lugar o efectos que serían inspeccionados. Más tarde, en *Illinois v. Rodríguez*,[115] la Suprema Corte fue aun más lejos afirmando que el consentimiento era válido aun cuando lo hubiera otorgado una persona sin autoridad, si la policía podía justificar la "creencia razonable" de que quien consintió tenía autoridad común sobre el lugar. La decisión jurisprudencial de excusar los errores en esta materia amparándose en la doctrina de la *autoridad aparente*[116] parece una vía poco elegante de reducir el ámbito de protección del derecho fundamental afectado y otorga a la policía un grado inaceptable de discrecionalidad en la ejecución de la medida, ya que es evidente que en ninguno de estos casos existe realmente un registro consentido. Lo que tratan de ocultar estas soluciones es que, en general, la entrada y registro fundada en el consentimiento del afectado no es una buena técnica

[114] 415 U.S. 164 (1974).
[115] 497 U.S. 177 (1990).
[116] Cfr. CHIESA, cit., v. I, p. 289.

de investigación criminal, toda vez que expone excesivamente a los agentes policiales a la posibilidad de cometer errores que pueden posteriormente fundar solicitudes de exclusión de prueba.

Existe, además, una dificultad adicional, que corresponde al tercer problema que plantea la entrada y registro consentido, y que dice relación con la carga de acreditar la existencia del consentimiento, que corresponde obviamente al ministerio público. Se trata, sin lugar a dudas, de una carga pesada, ya que como ha dicho el Tribunal Supremo español, aplicando el principio *in dubio pro libertatis,* "el problema de si hubo o no consentimiento ha de ser interpretado de manera ciertamente restrictiva, de la forma más favorable para el titular domiciliario".[117] El consentimiento podrá ser acreditado de cualquier modo, pero resulta indudable que no puede aceptarse como prueba irrefutable de su existencia el solo atestado policial de que dicho consentimiento existió, si éste es posteriormente impugnado por el afectado. En el derecho español se ha sostenido que para garantizar la plena constancia del consentimiento sería necesaria la firma del titular del derecho afectado,[118] aunque otros han sostenido que ni siquiera tal firma sería suficiente, ya que, constituyendo una confesión en sede policial, carecería de todo valor probatorio.[119] En Chile, no existiendo norma expresa sobre la forma de justificar la existencia del consentimiento, parece obvio que el asunto debe regirse por las reglas generales, por lo que es al juez de garantía a quien le corresponde resolver el punto teniendo en consideración todas las circunstancias del caso.

Por último, es necesario analizar un problema adicional que se ha presentado en Chile al interpretar el art. 205 CPP, ya que, de acuerdo a su redacción, éste pareciera elevar el registro consentido a la categoría de regla general en materia de entrada y registro, considerando la orden judicial como una solución subsidiaria operativa sólo ante su fracaso. En efecto, el inciso 1° del art. 205 CPP establece que "cuando se presumiere que el impu-

[117] Citada por LUZON CUESTA, cit., p. 40.

[118] Vid. RODRIGUEZ SOL (L.), p. 102.

[119] LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.), *La entrada y registro en domicilio,* en Política Criminal y reforma penal. Libro homenaje a la memoria del Profesor Doctor Juan del Rosal, Edersa, Madrid, 1993, p. 764, citado por RODRIGUEZ SOL (L.), p. 102.

tado, o medios de comprobación del hecho que se investigare, se encontrare en un determinado edificio o lugar cerrado, se podrá entrar al mismo y proceder al registro, siempre que su propietario o encargado consintiere expresamente en la práctica de la diligencia". Y luego el inciso tercero expresa: "Si, *por el contrario*, el propietario o el encargado del edificio o lugar no permitiere la entrada y registro, la policía adoptará las medidas tendientes a evitar la posible fuga del imputado y el fiscal solicitará al juez la autorización para proceder a la diligencia. En todo caso, *el fiscal hará saber al juez las razones que el propietario o encargado hubiere invocado para negar la entrada y registro*". Se ha planteado que esta norma no permitiría conceder una orden de entrada y registro sin que, previamente, se acreditara ante el juez de garantía que se ha solicitado el consentimiento del propietario o encargado y que éste lo ha negado, lo que supone elevar la solicitud de consentimiento previo a la categoría de *requisito* para la concesión de la orden judicial. Esto constituye claramente un error interpretativo fundado en una deficiente redacción de la norma, que conduciría, en la práctica, al resultado absurdo de poner siempre sobre aviso a la persona a quien se pretende registrar, dándole la oportunidad de ocultar o destruir la evidencia incriminatoria y tornando así absolutamente ineficaz la medida. Lo cierto es que, cuando el ministerio público tenga antecedentes suficientes para presumir que el imputado o medios de comprobación del hecho que se investigare se encuentran en un lugar determinado, el juez de garantía debe conceder la orden derechamente, ya que lo que el art. 205 establece al referirse al consentimiento denegado no es un requisito para la concesión de la orden, sino una forma de proceder en aquellos casos excepcionales en que el consentimiento haya podido solicitarse sin poner en riesgo el éxito de la diligencia. Como hemos visto, esto debiera ocurrir rara vez, ya que el registro consentido es esencialmente problemático, en cuanto lleva a la policía a poner sobre aviso al afectado, le genera el riesgo de equivocarse en la determinación de la persona autorizada para consentir y le impone luego la carga posterior de justificar que el consentimiento fue efectivamente otorgado. Por todas estas razones, se trata de una modalidad que el ministerio público debiera generalmente desaconsejar a la policía y que no puede, por tanto, instituirse como un paso previo a la concesión de la

orden judicial, so pena de convertir en absolutamente ineficaz esta diligencia en la generalidad de los casos.

1.2.3.2.b. Entrada y registro en caso de delito flagrante

La segunda hipótesis legal para la práctica de una entrada y registro sin orden judicial previa es la del delito flagrante. La situación está regulada por el art. 206 CPP, que –aunque no utiliza esa denominación– establece un caso especial de flagrancia en términos mucho más exigentes que la que constituye presupuesto de la detención, ya que opera cuando "las llamadas de auxilio de personas que se encontraren en el interior u otros signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito".

La ley chilena excluyó claramente la posibilidad de realizar la entrada y registro a un lugar cerrado como parte de la persecución de una persona que se refugia para escapar de una detención por delito flagrante. En la discusión de este precepto, en el Senado, se estimó que una autorización legal directa para proceder a la entrada y registro en esta situación resultaba inconstitucional a la luz de la exigencia de autorización judicial previa establecida por el art. 80 A de la CPR, de manera tal que la situación debía resolverse mediante la solicitud de consentimiento del propietario o, en subsidio, la solicitud de autorización judicial acompañada, entretanto, de la adopción de las medidas necesarias para evitar la fuga del imputado (art. 205 CPP).[120] La situación de flagrancia resultante exige, entonces, *la comisión actual de un delito en el interior del lugar cerrado.* En esta hipótesis, las finalidades de impedir la consumación del delito y proteger a las víctimas otorgan a la policía un fundamento de legitimidad constitucional que no le otorgan, por sí solas, necesidades de la persecución penal tales como detener al presunto responsable y evitar la desaparición de los efectos del delito.

La disposición legal chilena deja entregada al criterio jurisprudencial la determinación de los que deban ser considerados "otros signos evidentes" de que en un recinto se está cometiendo un delito. La expresión *signo evidente* recuerda uno de los elementos que, en la doctrina española, forma parte esencial del

[120] PFEFFER, cit., p. 224.

concepto de flagrancia, que es la denominada *evidencia delictiva*. La evidencia delictiva está en directa relación con la etimología de la palabra *flagrancia*, que proviene del latín *flagrans* (arder o resplandecer), y que permite entonces describir como flagrante aquello "que está ardiendo"[121] o que "resplandece por su evidencia".[122] Bajo el concepto tradicional, la flagrancia exige, en esta noción, la "percepción sensorial del delito o de su resultado".[123] El TCE, pronunciándose sobre la constitucionalidad de un precepto que establecía una modalidad especial de flagrancia para la entrada y registro en delitos de drogas, declaró que el concepto de flagrancia tenía ciertos "contornos esenciales" en la Constitución, fijados por el art. 18.2 CE, que establece el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y que exigían "reconocer la arraigada imagen de la flagrancia como 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 delito". Para el TCE, el "conocimiento o percepción evidente" es "esencial o nuclear a la situación de flagrancia" y no lo es, en cambio, el "conocimiento fundado" ni la "constancia" que eran los términos empleados por el precepto que, en definitiva, se declaró inconstitucional. Dijo el TCE que "al utilizar tales términos el precepto permite entradas o registros domiciliarios basados en conjeturas o en sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia".[124]

La jurisprudencia citada puede resultar de gran utilidad al momento de resolver los alcances del art. 206 del CPP chileno, porque permite precisar que la exigencia de que "signos evidentes indicaren que en el recinto se está cometiendo un delito" no puede sino estar referida a la percepción sensorial directa, por la policía, de la comisión actual del delito, lo que excluye toda posibilidad de que ésta se deduzca a partir de hechos ambiguos o de la información proporcionada por terceros, los que, si bien pue-

[121] RODRIGUEZ SOL (L.), cit., pp. 110-111.

[122] LUZON CUESTA, citando al TSE, cit., p. 50.

[123] RODRIGUEZ SOL (L.), cit., p. 124. Véase, en esta misma obra, la discusión existente en la doctrina española en torno al concepto de "evidencia racional" o "conocimiento evidente" RODRIGUEZ SOL (L.), pp. 118-129, LUZON CUESTA, cit., pp. 46-55

[124] STC 341/1993, fundamento jurídico 8.B).

den ser útiles para justificar una orden judicial de entrada y registro, carecen de entidad suficiente para autorizar a la policía a prescindir de ella. Lo que la ley quiere es que cada vez que falten esos signos evidentes y se requiera, en consecuencia, la elaboración de un juicio de valor basado en otro tipo de antecedentes, dicho juicio sea elaborado por el juez y no por la policía.

El último problema que plantea la entrada y registro en caso de flagrancia es si ella podría tener lugar en el evento de comisión de una falta. La respuesta debe ser claramente negativa, porque la persecución penal de una falta no puede justificar una afectación del derecho a la privacidad sin orden judicial previa, en tanto ello constituiría una clara infracción al principio de proporcionalidad. Por lo demás, para considerar que la entrada y registro procede, en este caso, habría que hacer una interpretación extensiva de la voz "delito" contemplada en el art. 206 CPP, lo que viene prohibido por el art. 5° inc. 2° CPP.

1.2.4. *Las comunicaciones privadas*

Otro de los ámbitos protegidos por el derecho a la privacidad es el de las comunicaciones privadas. Esta protección constituye un derecho fundamental al tenor de lo dispuesto por el art. 11.2 CADH, que establece que "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia...", y el art. 11.3 de la misma Convención, conforme al cual "toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". En similares términos, el PIDCP consagra el derecho en su art. 17. Por su parte, el art. 19 N° 5° CPR reconoce a todas las personas "la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por ley".

A nivel legal, el CPP exige autorización judicial para la grabación de conversaciones entre personas presentes (art. 226 CPP); la interceptación de comunicaciones telefónicas (art. 222 CPP); la retención e incautación de correspondencia (art. 218 CPP); y la entrega de copias de comunicaciones o transmisiones (art. 219 CPP).

Por su parte, el Código Penal sanciona como autor de un delito al que "abriere o registrare la correspondencia o los papeles de otro sin su voluntad", delito que sanciona con pena agravada si el autor "divulgare o se aprovechare de los secretos que ellos contienen" (art. 146 CPP). Sanciona, asimismo, como autor de un delito contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia al que "en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte, grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado; sustraiga, fotografíe, fotocopie o reproduzca documentos o instrumentos de carácter privado; o capte, grabe, filme o fotografíe imágenes o hechos de carácter privado que se produzcan, realicen, ocurran o existan en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público". La disposición ordena aplicar igual pena "a quien difunda las conversaciones, comunicaciones, documentos, instrumentos, imágenes y hechos a que se refiere el inciso anterior". La pena se agrava si es una misma persona la que las ha obtenido y divulgado (art. 161-A CP).

1.2.4.1. Regla general: autorización judicial previa

Como hemos dicho, la garantía constitucional de que "el hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley" encuentra concreción legal en las disposiciones procesales que exigen autorización judicial para la grabación de conversaciones entre personas presentes (art. 226 CPP); la interceptación de comunicaciones telefónicas (art. 222 CPP); la retención e incautación de correspondencia (art. 218 CPP); y la entrega de copias de comunicaciones o transmisiones (art. 219 CPP). Sobre los requisitos legales de estos actos de investigación se discurre en otro capítulo de esta obra y no volveremos sobre ellos.[125] Nos interesa, sin embargo, dejar establecida esta regla general antes de estudiar las conductas que,

[125] Vid. tomo I, VII.B.6.3.

sin autorización judicial previa, podrían poner en cuestión si existe o no una infracción de la garantía constitucional.

1.2.4.2. Situaciones especiales

1.2.4.2.a. La revelación de la comunicación por el interlocutor

La protección a la inviolabilidad de las comunicaciones aparece como una garantía constitucional que protege al individuo frente al Estado y es por ello que, si el Estado invoca la necesidad de afectarla, la ley le impone la necesidad de hacerlo en casos fundados y previa autorización judicial.

Sin embargo, toda forma de comunicación privada involucra la participación de dos o más interlocutores. Cuando el contenido de estas conversaciones resulta relevante desde el punto de vista penal, es evidente que, por regla general, el emisor no goza, bajo la protección que le ofrece el derecho a la privacidad, de ninguna seguridad de que su interlocutor no vaya a transmitir a terceros, o a la autoridad, lo que le fue dicho en el curso de ella, ni aun cuando se le haya transmitido en calidad de secreto. El interlocutor en una conversación privada puede perfectamente revelar a terceros la información recibida en perjuicio de su emisor, ya sea convirtiéndose en testigo de la información que se le ha proporcionado o, si tal información consta en un documento o en otro medio cualquiera, poniendo dicho documento o medio en manos de la autoridad pública. Esta conducta podría, en algunos casos, considerarse como social o éticamente incorrecta, pero, en ningún caso, como una conducta ilegal. El testimonio o la entrega de los documentos o registros pertinentes no adolecerá en este caso de ninguna ilicitud y, por el contrario, su negativa a entregarlos a los tribunales de justicia podría incluso hacer incurrir al sujeto en un delito de obstrucción a la justicia, cumpliéndose los demás requisitos del art. 269 bis CP.

Lo anterior puede parecer obvio, pero resulta relevante como punto de partida para la resolución de diversos problemas que el tema plantea.

En primer lugar, será necesario tener presente que, excepcionalmente, el interlocutor de una conversación privada sí pue-

de tener impuesta por ley una prohibición legal de revelar a terceros, incluidas por cierto las autoridades de persecución penal, lo que se le ha confiado en forma privada. Es lo que ocurre, por ejemplo, bajo amenaza de sanción penal, con los profesionales respecto a los secretos que se les hubieren confiado en razón de su profesión (art. 247 inc. 2° CP) y en particular con los abogados, en cumplimiento de la obligación de secreto profesional (art. 231 CP). En casos como éstos, donde el interlocutor se encuentra obligado legalmente a guardar secreto, es evidente que la comunicación privada no puede ser puesta en conocimiento de la autoridad por la vía del testimonio ni de la entrega de antecedentes, ya que tal acto constituiría por sí mismo una infracción legal y, por tanto, una forma de prueba ilícita que debería ser excluida por aplicación de la regla del art. 276 CPP.[126]

En segundo lugar, en los casos de conversaciones no protegidas por una obligación de guardar secreto, se plantea también un problema. Si el interlocutor de una conversación privada no tiene, por regla general, ninguna obligación legal de guardar secreto sobre ella, ¿puede esta circunstancia ser aprovechada por el Estado para obtener, sin autorización judicial previa, información relevante para una investigación criminal? El problema se ha planteado formalmente en los Estados Unidos a propósito de la utilización de agentes encubiertos que, sin revelar su identidad de policías, toman parte de conversaciones privadas con el preciso propósito de obtener este tipo de información y testificar luego sobre ellas durante un proceso penal. En ese país, la Suprema Corte Federal, resolviendo *Hoffa v. United States*,[127] sostuvo que la Cuarta Enmienda no protegía la errónea creencia de un malhechor de que una persona a la cual se le había confiado voluntariamente su actuar ilícito no fuera a revelarlo. Aunque el caso incluía conversaciones sostenidas entre el imputado y un agente encubierto en un cuarto de hotel, la Corte consideró que el hecho de que se tratara de un espacio físico amparado por el derecho a la privacidad no era significativo, porque en la especie no se había violado la confianza del imputado en la seguridad del hotel, sino en su errónea creencia de que su

[126] Vid. infra IX.C.4.8.3.3.
[127] 385 U.S. 293 (1966).

interlocutor no iba a revelar sus ilícitos.[128] El caso tenía ya un precedente en el voto disidente redactado por el juez Brennan en *López v. United States,* quien había observado que "el riesgo de ser oído a escondidas o traicionado por un informante o engañado sobre la identidad de la persona con quien tratamos es probablemente inherente a las condiciones de la sociedad humana. Es la clase de riesgo que necesariamente asumimos cada vez que hablamos".[129] Utilizando el mismo criterio, la Suprema Corte sostuvo más tarde, en *Illinois v. Perkins,*[130] que era válida la declaración autoincriminatoria obtenida por un agente encubierto que aparentó ser otro prisionero confinado en una celda vecina. En este último caso, la Corte consideró incluso que eran innecesarias las advertencias de Miranda (información previa sobre los derechos del imputado), dado que, a su juicio, los ingredientes esenciales de una "atmósfera policial" y coacción, que determinaban la necesidad de las advertencias, no estaban presentes cuando el detenido hablaba libremente con alguien que creía ser su compañero de celda.[131]

---

[128] Dijo la Corte textualmente: "In the present case, however, it is evident that no interest legitimately protected by the Fourth Amendment is involved. It is obvious that the petitioner was not relying on the security of his hotel suite when he made the incriminating statements to Partin or in Partin's presence. Partin did not enter the suite by force or by stealth. He was not a surreptitious eavesdropper. Partin was in the suite by invitation, and every conversation which he heard was either directed to him or knowingly carried on in his presence. The petitioner, in a word, was not relying on the security of the hotel room; he was relying upon his misplaced confidence that Partin would not reveal his wrongdoing". ["En el presente caso, sin embargo, es evidente que ningún interés legítimamente protegido por la Cuarta Enmienda está envuelto. Es obvio que el peticionario no estaba confiando en la seguridad de su habitación de hotel cuando formuló las declaraciones incriminatorias a Partin o en la presencia de Partin. Partin no entró a la habitación por la fuerza o a escondidas. No era un oyente subrepticio. Partin estaba en la habitación por invitación, y cada conversación que él escuchó fue dirigida directamente a él o conscientemente desarrollada en su presencia. El peticionario, en una palabra, no estaba confiando en la seguridad de la pieza de hotel; estaba confiando en su errónea creencia de que Partin no iba a revelar su fechoría" (traducción nuestra)]. 385 U.S. 293, 302, nota al pie N° 6.

[129] "The risk of being overheard by an eavesdropper or betrayed by an informer or deceived as to the identity of one with whom one deals is probably inherent in the conditions of human society. It is the kind of risk we necessarily assume whenever we speak" (traducción nuestra). *López v. United States,* 373 U.S. 427, 465 (1963).

[130] 496 U.S. 292 (1990).

[131] Dijo la Corte textualmente: "Conversations between suspects and undercover agents do not implicate the concerns underlying *Miranda.* The essential in-

La situación del agente encubierto en Chile es todavía bastante ambigua. Si bien es cierto la única ley que se refiere a esta técnica es la Ley sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes, lo que crea la apariencia que está solamente autorizada para la investigación de este tipo de delitos, lo cierto es que las disposiciones pertinentes más que autorizarla se limitan a definirla, y que las informaciones de prensa entregan a menudo noticias relativas al empleo de esta técnica en delitos completamente distintos.

1.2.4.2.b. La grabación de la comunicación por el interlocutor

Resuelto el problema de la revelación de la comunicación por uno de los partícipes, actuando como testigo o entregando el soporte material de la misma, surge el problema de determinar si resulta igualmente válido para el interlocutor grabar subrepticiamente una conversación, sea que ésta se realice entre personas presentes o por vía telefónica, con el objeto de entregar posteriormente dicha grabación a las autoridades de la persecución penal. El problema se ha presentado en España, donde el Tribunal Constitucional ha defendido la licitud de esta conducta privada, considerando que ella no afecta el secreto de las comunicaciones garantizado por el art. 18.3 CE. Ha dicho, al respecto, que 'el derecho al secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial' no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida". Y ha agregado que "No hay 'secreto' para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el art. 18.3 CE la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje". Aunque esta sentencia dejó

gredients of a 'police-dominated atmosphere' and compulsion are not present when an incarcerated person speaks freely to someone that he believes to be a fellow inmate. Coercion is determined from the perspective of the suspect. (...) When a suspect considers himself in the company of cellmates and not officers, the coercitive atmosphere is lacking". ["Las conversaciones entre sospechosos y agentes encubiertos no involucran las preocupaciones subyacentes en *Miranda*. Los ingredientes esenciales de una 'atmósfera policialmente dominada' y coacción no están presentes cuando una persona encarcelada habla libremente a alguien que él cree ser otro interno. La coerción se determina desde la perspectiva del sospechoso (...) Cuando un sospechoso se considera a sí mismo en la compañía de compañeros de celda y no de oficiales, la atmósfera coercitiva está ausente" (traducción nuestra)]. *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292, 296 (1990).

abierta la posibilidad de que la *posterior difusión* de la grabación pudiera constituir un atentado, no ya al derecho al secreto de las comunicaciones, sino al derecho a la intimidad del art. 18.1 CE, el Tribunal Supremo ha precisado que la Constitución española "no garantiza el mantenimiento del secreto de los pensamientos que un ciudadano comunica a otro", de lo que "se deduce sin la menor fricción que la grabación de las palabras de los acusados realizada por el denunciante con el propósito de su posterior revelación no vulnera ningún derecho al secreto, ni a la discreción, ni a la intimidad del recurrente".[132] El Tribunal Supremo español, al referirse a este punto, ha puesto el énfasis en que los derechos fundamentales protegen a los individuos frente al Estado, pero "no producen una vinculación general de sujetos privados, o, dicho técnicamente, carecen, en principio, de un efecto horizontal o respecto de terceros".[133]

Si las grabaciones magnetofónicas de conversaciones privadas no afectan la inviolabilidad de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad en la medida en que sean hechas por sujetos privados, surge el problema de determinar en qué posición corresponde ubicar a los agentes encubiertos. Ya dijimos que, generalmente, no existen razones constitucionales para impedirles a estos agentes *revelar* el contenido de conversaciones privadas. ¿Están también autorizados para grabarlas? El problema se planteó en los Estados Unidos en *López v. United States,* en que la Suprema Corte resolvió que la grabación de una conversación privada hecha por un agente encubierto no atentaba contra el derecho a la privacidad, considerando que el agente podría perfectamente haber testificado sobre el contenido de la conversación. Trazando una clara distinción con la vigilancia electrónica de conversaciones entre privados, la Corte consideró que el derecho a la privacidad no resultaba afectado, porque "el Estado no usó un aparato electrónico para escuchar conversaciones que no podría de otra manera haber oído. En su lugar, el aparato fue usado sólo para obtener la evidencia más confiable posible

[132] STS 11 de mayo de 1994 (RJ 1994, 3687) citada por TORRES MORATO (M.A.), *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial* (con DE URBANO CASTRILLO), cit., p. 245, nota 203.

[133] STS de 20 de mayo de 1997 (RJJ 1997/4263), citado por MONTERO AROCA, p. 28.

de una conversación en la cual el propio agente del Estado era partícipe y que el agente estaba completamente autorizado a revelar".[134] La validez de la grabación magnetofónica se fundó, entonces, en su carácter de evidencia corroborativa y no principal.

La situación de las grabaciones magnetofónicas en Chile es bastante confusa, porque ella exige determinar el alcance de las normas constitucionales que reconocen el derecho a la privacidad, las normas penales que sancionan los delitos contra la vida privada de las personas y las normas que regulan las "grabaciones entre personas presentes" y la "interceptación de comunicaciones telefónicas".

En la Constitución chilena, la protección de las comunicaciones privadas se encuentra asociada al derecho a la privacidad con independencia del lugar físico donde se desarrollan. Aunque la situación es clara, constitucionalmente, toda vez que la inviolabilidad del hogar se encuentra consagrada en forma independiente de la inviolabilidad de las comunicaciones, lo cierto es que legislativamente se ha incurrido en confusiones en esta materia, como la de la Ley Nº 19.423, de 20/11/95, que, al incorporar al Código Penal el párrafo relativo a los *delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia,* creó figuras penales que sólo operan si se capta, intercepta, graba o reproduce las conversaciones "en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público".

Así, el art. 161-A CP sanciona, en lo pertinente, como autor de un delito contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia al que "en recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público, sin autorización del afectado y por cualquier medio capte, intercepte,

[134] "The Government did not use an electronic device to listen in on conversations it could not otherwise have heard. Instead, the device was used only to obtain the most reliable evidence possible of a conversation in which the Government's own agent was a participant and which that agent was fully entitled to disclose. And the device was not planted by means of an unlawful physical invasion of petitioner's premises under circumstances which would violate the Fourth Amendment. It was carried in and out by an agent who was there with petitioner's assent, and it neither saw nor heard more than the agent himself". *López v. United States,* 373 U.S. 427, 439. En el mismo sentido, la Suprema Corte validó posteriormente una grabación subrepticia en *Osbron v. United States,* 385 U.S. 323 (1966), aunque en este último caso la situación era más clara, porque la grabación había sido autorizada judicialmente en forma previa.

grabe o reproduzca conversaciones o comunicaciones de carácter privado"; la disposición ordena aplicar igual pena a quien difunda las conversaciones y comunicaciones en cuestión.

Más allá de los alcances de la norma penal, sin embargo, parece claro que, desde el punto de vista de la licitud de la prueba, las grabaciones magnetofónicas efectuadas por el interlocutor de una conversación son siempre consideradas como prueba ilícita en el derecho chileno con independencia del espacio físico en que se efectúen, ya que el art. 226 CPP exige, sin distinción, la autorización judicial para la "grabación de comunicaciones entre personas presentes". La relación de esta disposición con el art. 161-A del Código Penal deja en evidencia que, en Chile, las grabaciones magnetofónicas de conversaciones privadas hechas por particulares sin autorización judicial previa son siempre ilícitas, lo que parece estar fundado en la idea que, existiendo vulneración de un derecho fundamental, es indiferente quien sea el que la cometa.[135]

C. *ACTOS DE PRUEBA*

1. EL OBJETO DE LA PRUEBA

Como hemos dicho, la prueba puede ser definida como un medio de *verificación* de las proposiciones de hecho que los litigantes formulan en el juicio. De ello se sigue, naturalmente, que son *los hechos* el objeto de la prueba, o, en otras palabras, lo que es probado en el proceso.[136]

La afirmación permite, desde luego, excluir al *derecho* como objeto de prueba,[137] pero no nos permite sin embargo desvin-

[135] TORRES MORATO (M.A.), *La prueba ilícita penal. estudio jurisprudencial* (con DE URBANO CASTRILLO), cit., p. 244.

[136] Cfr. TARUFFO (M.), cit., p. 89. Debe advertirse, sin embargo, que el mismo TARUFFO utiliza el concepto de *objeto de la prueba* en un sentido más restringido, trazando una distinción entre este concepto y lo que denomina el *hecho a probar*. Mientras este último sería "el hecho jurídicamente relevante del que depende directamente la decisión", el *objeto de la prueba* sería "el hecho del que la prueba ofrece la demostración o confirmación". Idem, p. 455.

[137] Lo anterior no excluye, por cierto, la necesidad de probar el derecho extranjero, que cabe dentro de la categoría de "hecho" con respecto al órgano jurisdiccional.

cular completamente su importancia para la definición de los hechos que serán materia de la prueba. Como expresa TARUFFO, "en el proceso los hechos de los que hay que establecer la verdad son identificados sobre la base de criterios jurídicos, representados esencialmente por las normas que se consideran aplicables para decidir la controversia específica. Para usar una fórmula sintética: es el derecho el que define y determina lo que en el proceso constituye 'el hecho'".[138]

Lo anterior nos conduce, desde ya, a la primera condición que debe reunir un hecho para ser objeto de prueba, esto es, ser un hecho *relevante.*

1.1. El hecho relevante (o pertinente)

Para que un hecho incluido en la versión de la acusación o de la defensa deba ser probado, debe tratarse de un *hecho relevante.* Para LIEBMAN, esto significa que los hechos deben ser tales "que la demostración de su existencia o inexistencia aparezca como de influencia para la decisión de la causa".[139] Como explica TARUFFO: "El objeto de la decisión es el hecho que la norma define y califica como relevante, es decir, como punto de referencia de los efectos que la norma misma prevé. Es la norma, en otros términos, la que funciona como criterio de selección, en el sentido de individualizar entre los infinitos sucesos del mundo real aquellos que asumen relevancia específica para su aplicación".[140]

Esta consideración es particularmente aplicable al proceso penal, donde, en virtud del derecho al juicio previo y a la presunción de inocencia, el Estado tiene impuesta la carga de probar en grado de certeza todos los extremos de la imputación delictiva. Los *hechos* que serán materia de prueba resultan así todos aquellos que, individualmente o en su conjunto, permiten establecer uno de los elementos del delito o, por el contrario, cuestionarlos. En otras palabras, si consideramos que la pretensión punitiva ha de concretarse, en cada caso, en la imputación de uno o más hechos que, conforme a la ley penal sustantiva,

[138] TARUFFO (M.), cit., p. 92.
[139] LIEBMAN (E.), p. 282.
[140] TARUFFO (M.), cit., p. 97.

constituyen un delito determinado, serán hechos pertinentes aquellos que acreditan o excluyen la concurrencia de los elementos del delito, la participación punible del acusado y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal incluidas en la acusación.

En nuestro CPP, la idea de *relevancia* aparece consagrada bajo el término *pertinencia*, que debemos entender como sinónimo. El art. 276 inc. 1° CPP permite al juez ordenar la exclusión de las pruebas *que fueren manifiestamente impertinentes* y el inciso 2° permite, a su vez, la reducción del número de testigos o documentos, cuando mediante ellos se deseare acreditar "circunstancias que no guardaren pertinencia sustancial con la materia que se someterá a conocimiento del tribunal de juicio oral en lo penal".

Lo anterior resulta de la mayor trascendencia, porque, a menudo, las narraciones de hecho de la acusación y de la defensa en el contexto del debate contradictorio aparecen plagadas de circunstancias accidentales que carecen de toda importancia para la resolución de la controversia y cuya acreditación sólo entorpecería el cumplimiento de los objetivos que persigue el proceso penal. No obstante lo anterior, la irrelevancia de tales hechos no debe ser confundida con otros hechos cuya relación con los elementos esenciales de la controversia son más tenues, pero resultan también determinantes para la decisión: nos referimos a los *hechos secundarios* o *indicios*, y a los *hechos sobre fiabilidad o credibilidad de la prueba.*

1.1.1. *Hechos secundarios o indicios*

Una clasificación tradicional en materia de hechos relevantes distingue entre *hechos principales*, que "representan la condición o el presupuesto para la verificación de los efectos jurídicos previstos por la norma" y los *hechos secundarios*, que se distinguen de los hechos principales en que "no reciben calificación jurídica alguna", sino que "adquieren significado en el proceso sólo si de ellos se puede extraer algún argumento acerca de la verdad o falsedad de un enunciado sobre un hecho principal".[141]

[141] Vid., por todos, TARUFFO (M.), cit., p. 120.

Los hechos secundarios son, en definitiva, lo que la doctrina española denomina *indicios* o *hecho-indicios,* entendiendo por tales aquellos "que van a servir de base a una presunción, aunque sólo tengan una relación remota con el hecho objeto del proceso o con los hechos que han de ser considerados para resolver sobre aquél".[142] Así, por ejemplo, en una acusación por el delito de homicidio, el hecho de que el acusado disparó el arma homicida sería indudablemente un hecho principal, mientras que la existencia de un millonario seguro de vida del cual era beneficiario el acusado vendría a ser un hecho secundario en cuanto, siendo absolutamente ajeno a la calificación jurídica del homicidio, podría perfectamente operar como un indicio de que el autor de los disparos fue el acusado.

En un sistema adversarial, en que las partes tienen por misión persuadir al tribunal acerca de la veracidad de sus versiones de hecho, la prueba de hechos secundarios resulta particularmente importante, porque los jueces necesitan entender los *motivos* que, en cada caso concreto, pueden haber movido al acusado a actuar de la manera que se le imputa en la acusación.

1.1.2. *Hechos sobre credibilidad de la prueba*

La segunda consideración que debe tenerse presente al resolver sobre la relevancia o pertinencia de los hechos, es que también es admisible la prueba de la *credibilidad* o *fiabilidad de la prueba,* a la que se alude a veces con el nombre de *"prueba sobre la prueba".*[143]

El proceso penal del sistema adversarial no es sólo un escenario puesto a disposición de las partes para producir prueba de los hechos que invocan, sino también un mecanismo de con-

[142] ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., p. 280.

[143] Así, GASCON INCHAUSTI (F.), quien afirma que por *"prueba sobre la prueba"* debe entenderse "la actividad procesal desarrollada por los sujetos del proceso penal cuya finalidad consiste en convencer al órgano jurisdiccional de que la eficacia probatoria que merece un determinado medio de prueba debe aumentar, disminuir o incluso desaparecer en el proceso de libre valoración de la prueba que precede a la sentencia". GASCON INCHAUSTI (F.), cit., p. 29.

trol de la credibilidad o fiabilidad de la prueba ofrecida por la contraria. Teniendo en consideración esta circunstancia, resulta evidente que constituyen también *hechos relevantes* o *pertinentes*, desde el punto de vista de la admisibilidad de la prueba, aquellos que se relacionan con la credibilidad de la evidencia ofrecida o presentada durante el juicio, esto es, aquellos "que sirvan para valorar la fiabilidad de un medio de prueba".[144] Así, por ejemplo, la prueba de que el único testigo presencial del homicidio sufre de una afección severa de su capacidad de visión o tiene un motivo personal para desear la condena del acusado, resultaría completamente admisible.

La pertinencia de esta prueba es tan evidente que, en el CPP chileno, la posibilidad de ofrecerla no sólo rige para la etapa de preparación del juicio oral, sino también –y, a mi juicio, preferentemente– durante el desarrollo de la audiencia de juicio oral. Así, el art. 336 CPP dispone que "si con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer estos puntos, aunque ellas no hubieren sido ofrecidas oportunamente y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad".

El requisito legal de que *no hubiere sido posible prever su necesidad* debe, a mi juicio, ser interpretado por el tribunal del juicio oral con la suficiente flexibilidad como para admitir en forma amplia la prueba sobre credibilidad de la prueba como parte integrante de un *modelo de seguridad* del contrainterrogatorio,[145] esto

[144] ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., p. 280. ROXIN razona en esta misma línea al afirmar que los "hechos que necesitan ser probados" incluyen los *hechos directamente importantes*, entre los cuales se contarían "todas las circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad o la excluyen"; los *indicios*, esto es, los "hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante"; y los *hechos que ayudan a la prueba*, esto es, los que "permiten extraer una conclusión de la calidad de un medio de prueba". ROXIN (C.), cit, pp. 186-187.

[145] La noción *modelo de seguridad* la tomamos de BERGMAN, y alude a la posibilidad del interviniente de refutar una respuesta desfavorable dada por el testigo o perito durante el contrainterrogatorio. Siguiendo este modelo, BERGMAN considera como "preguntas muy seguras" aquellas cuya respuesta desfavorable se puede refutar utilizando la declaración previa del testigo o un testigo más verosímil. BERGMAN (P.), cit., p. 147.

es, como la posibilidad de incorporar prueba para demostrar la falsedad de una respuesta dada por el testigo o perito en la misma audiencia. En principio, debe entenderse que, estando el testigo obligado a decir la verdad, es su propia declaración la primera fuente de hechos que cuestionan su propia credibilidad y no puede considerarse como previsible el hecho de que vaya a faltar a la verdad sobre tales hechos durante el contrainterrogatorio. Entenderlo de otra manera, impondría a las partes la necesidad de ofrecer toda la prueba sobre credibilidad en la audiencia de preparación, lo que recargaría hasta extremos imprevisibles esa audiencia con el control de la admisibilidad de evidencia que puede devenir luego mayoritariamente innecesaria.[146]

1.2. El hecho debe ser controvertido

Se puede discutir si deben ser probados todos los hechos relevantes o sólo los *controvertidos*. En general, la doctrina sostiene que a diferencia del proceso civil, en el proceso penal, por aplicación del principio de investigación oficial, deben ser probados todos los hechos que resultan importantes para la decisión judicial.[147] Para ponerlo en otros términos: mientras en el proceso civil se exigiría que la prueba recayera sobre hechos pertinentes y controvertidos, para el proceso penal sería suficiente que el hecho fuera pertinente.

Esta afirmación, sin embargo, no parece válida en toda su amplitud bajo el CPP chileno, en cuanto éste permite a las par-

[146] Pensemos, por ejemplo, en la testigo ofrecida por la parte acusadora que tiene una relación de íntima amistad con ésta y usa anteojos. La contraparte puede perfectamente confiar en que los hechos constitutivos de la íntima amistad y de su afección a la vista serán reconocidos por ésta durante el contrainterrogatorio y que, si los niega, el tribunal del juicio oral le permitirá incorporar en ese momento la prueba de que dispone para acreditar esas circunstancias. Si no se entiende así, los intervinientes estarían siempre obligados a preparar y ofrecer prueba sobre cada uno de los hechos a través de los cuales piensan cuestionar la credibilidad (en nuestro caso, por ejemplo, los testigos de la relación de amistad o un informe pericial sobre su enfermedad), lo que resulta evidentemente un despropósito.

[147] ROXIN (C.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 186; ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., p. 280.

tes celebrar, durante la audiencia de preparación del juicio oral, *convenciones probatorias* en virtud de las cuales el juez de garantía puede dar por acreditados ciertos hechos que no podrán ser discutidos en el juicio oral (art. 275 CPP). Sin duda, la extensión con que deba admitir convenciones probatorias el juez de garantía puede ser objeto de mucho debate, en el entendido de que ellas no pueden aceptarse con la misma amplitud con que se admite la conformidad en el procedimiento abreviado ni puede por tanto excusarse al Estado del desarrollo de una *mínima actividad probatoria* durante el juicio.[148] A nivel de generalizaciones, sin embargo, puede afirmarse que, bajo el CPP chileno, el carácter *controvertido* del hecho es también, en principio, una condición para que pueda ser objeto de prueba, conforme a lo previsto por el art. 275 CPP. Se entiende que es controvertido todo hecho relevante para la decisión que no haya sido materia expresa de una convención probatoria y que el silencio sobre un hecho no puede considerarse en caso alguno como admisión.

1.3. El hecho notorio

Finalmente, debe observarse que en el proceso penal no necesitan ser probados los *hechos notorios*, aun cuando se trate de hechos pertinentes para formar la convicción del tribunal. Por hecho notorio entendemos, para estos efectos, aquellos "cuya certeza positiva o negativa es de general conocimiento dentro de un ámbito espacio-temporal determinado".[149] Como explica VEGAS TORRES, la excepción se justifica porque en relación con estos hechos no es necesario el control sobre la forma concreta en que el juzgador ha llegado a tener conocimiento de tales hechos, control que, de imponerse, podría resultar incluso en un

[148] El concepto de *mínima actividad probatoria* está tomado de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español. Véase RAMOS MENDEZ (F.), cit., p. 357; VEGAS TORRES (J.), cit., pp. 164-173. Vid. infra IX.C.2.4.3.

[149] VEGAS TORRES (J.), cit., p. 58. En torno al concepto de hecho notorio véase también MUÑOZ SABATE (L.), cit., pp. 37-46. COUTURE, en la misma línea de ideas, define los hechos notorios como "aquellos que entran naturalmente en el conocimiento, en la cultura o en la información normal de los individuos, con relación a un lugar o a un círculo determinado, en el momento en que ocurre la decisión". COUTURE (E.) cit., p. 235.

elemento perturbador. Así sucedería, por ejemplo, si el juez se viera obligado a ignorar un hecho de conocimiento general por no haberse rendido prueba suficiente de tal hecho.[150]

Bajo el CPP chileno, la declaración de que un hecho se ha dado por probado con base en su carácter notorio vendrá normalmente incorporada en la sentencia, conforme a lo dispuesto por el art. 342 inc. 1° letra c) CPP. No obstante, el CPP chileno ordena también la exclusión, por el juez de garantía, en la audiencia de preparación del juicio oral, de las pruebas con las que se pretenda acreditar hechos públicos y notorios (art. 276 inc. 1° CPP). Al respecto, debe tenerse presente que la posibilidad de exclusión alcanza no sólo a la prueba con la que se pretenda acreditar la existencia del hecho notorio, sino también a aquella con la que se pretenda probar la afirmación contraria al hecho notorio.[151] A pesar de esto, no es completamente inadmisible la prueba con la que se pretende contradecir la existencia del hecho notorio, si se presentan circunstancias nuevas y no conocidas que demuestran la aceptación equivocada de la notoriedad.[152]

2. LA ACTIVIDAD PROBATORIA

La actividad probatoria corresponde al conjunto de actos destinados a obtener la *incorporación* de los elementos de prueba al proceso, que se desarrolla en cuatro momentos denominados *proposición, admisión, rendición y valoración.*[153]

[150] VEGAS TORRES (J.), cit., p. 58.

[151] ROXIN (C.), cit., p. 187.

[152] ROXIN (C.), cit., p 188.

[153] Seguimos aquí a PELLEGRINI, aunque con algunos cambios menores de nomenclatura. Ella denomina a los cuatro momentos: *proposición, admisión, producción* y *apreciación* (PELLEGRINI (A.), cit., p. 308). La mayor parte de la doctrina considera, en cambio, que la actividad probatoria tiene tres momentos, aunque con diferencias de forma y de fondo. Así VELEZ MARICONDE, citando a MANZINI, MESSINA y FENECH, distingue los momentos de *producción, recepción* y *valuación* (VELEZ MARICONDE, cit., t. I, p. 291); CAFFERATA NORES denomina a estos momentos *proposición, recepción* y *valoración* (CAFFERATA NORES, JOSE, cit., p. 41); GIMENO SENDRA, en cambio, considera que los tres momentos serían los de proposición, admisión y ejecución (GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 387).

2.1. PROPOSICIÓN

La fase de *proposición* de la prueba se desarrolla, por regla general, durante la etapa intermedia del procedimiento penal y su estudio detallado se realizó ya en otra parte de esta obra.[154]

No obstante lo anterior, conviene recordar que esta fase se cumple, para la parte acusadora, con la obligación que tiene el fiscal de incorporar en su escrito de acusación "el señalamiento de los medios de prueba de que el ministerio público pensare valerse en el juicio" (art. 259 inc. 1° letra f) CPP). Si entre los medios de prueba señalados se encontrare la prueba de testigos, la proposición debe incluir la presentación de una lista en que ellos aparezcan individualizados con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo que existiere motivo para temer que la indicación pública del domicilio pudiere implicar peligro para el testigo u otra persona (art. 307 inc. 2° CPP) y el señalamiento de los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones (art. 259 inc. 2° CPP). Si entre los medios de prueba señalados se encontrare la prueba pericial, en el mismo escrito deben individualizarse de igual modo al perito o peritos cuya comparecencia se solicitare, indicando sus títulos o calidades (art. 259 inc. 2° CPP). Cuando interviene el querellante, la fase de *proposición* se cumple, a su respecto, mediante la carga de incorporar, en su escrito de adhesión a la acusación del ministerio público o acusación particular, en su caso, el ofrecimiento de la prueba que estime necesaria para sustentar su acusación, en los mismos términos en que debe hacerlo el fiscal (art. 261 letra c) CPP). Finalmente, la fase de *proposición* la cumple, el acusado, señalando los medios de prueba de que se valdrá en el juicio oral en los mismos términos en que debe hacerlo el fiscal, en cualquiera de los dos momentos en que la ley lo autoriza, esto es, por escrito, hasta la víspera del juicio oral (art. 263 letra c) CPP) o, verbalmente, durante la audiencia de preparación del juicio oral, inmediatamente a continuación de que el juez de garantía termina el resumen de las presentaciones de los intervinientes (art. 268 CPP). Excepcionalmente, cuando al término de esta audiencia el juez de garantía comprobare que el acusa-

[154] Vid. supra VIII.

do no ofreció prueba oportunamente por causas que no le son imputables, puede suspender la audiencia hasta por un plazo de diez días con el objeto de permitirle ejercer esta facultad (art. 280 CPP).

La fase de proposición es sumamente importante, porque a través de ella se garantiza adecuadamente el derecho de defensa, en cuanto éste comprende el derecho a conocer el contenido de la imputación y los antecedentes que la fundan. Este derecho se ve reafirmado por la obligación que tiene el fiscal, al momento de presentar la acusación, de dejar a disposición del acusado, en el juzgado de garantía, todos los antecedentes acumulados durante la investigación con el fin de permitir que éstos sean examinados en forma previa al juicio (art. 260 CPP). Por otra parte, la existencia de una fase de proposición excluye la posibilidad de emplear durante el juicio prueba sorpresiva, asegurando reglas mínimas de equidad y juego limpio en el desarrollo del debate. Lo anterior significa que ninguna de las partes puede, por regla general, rendir durante el juicio oral prueba que no haya ofrecido durante la fase de proposición. Sólo excepcionalmente puede el tribunal de juicio oral aceptar la recepción de prueba no ofrecida oportunamente, cuando la parte que lo solicitare justificare no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y cuando, con ocasión de la rendición de la prueba, surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad y siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad (art. 336 CPP).[155]

2.2. ADMISIÓN

La fase de *admisión* se desarrolla principalmente ante el juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral, y el estudio detallado de las normas que la regulan corresponde a un capítulo anterior de esta obra.[156]

Esta fase se inicia con el debate en torno a la admisibilidad de la prueba ofrecida, que se realiza en ejercicio del dere-

[155] Vid. supra IX.C.1.1.2.
[156] Vid. supra VIII.

cho que el CPP reconoce a cada parte para "formular las solicitudes, observaciones y planteamientos que estimare relevantes con relación a las pruebas ofrecidas por los demás" para los fines de su admisión o exclusión (art. 272 CPP). La declaración de admisibilidad de las pruebas ofrecidas se realiza por el juez de garantía mediante su inclusión en el auto de apertura entre las "pruebas que deberán rendirse en el juicio oral" (arts. 276 inc. final y 277 inc. 1° letra e) CPP). La declaración de inadmisibilidad de la prueba ofrecida se realiza, en cambio, mediante una resolución fundada dictada en la misma audiencia mediante la cual ordena su exclusión, resolución que no forma parte del auto de apertura (arts. 276 CPP y 277 CPP). En todo caso, la exclusión de prueba se traducirá en su no inclusión en el auto de apertura, omisión que puede ser impugnada por el ministerio público por la vía del recurso de apelación (art. 277 inc. 2° CPP).

El hecho de que la fase de admisión de la prueba esté entregada principalmente al juez de garantía, y que la exclusión de prueba no se incorpore entre las menciones del auto de apertura tiene por objeto asegurar que ni la prueba excluida ni el hecho de la exclusión lleguen a conocimiento del tribunal de juicio oral. Esto no significa, sin embargo, que el tribunal del juicio oral carezca absolutamente de facultades para controlar la admisibilidad de la prueba al momento de su rendición. Por el contrario, las facultades que el CPP concede al juez presidente de la sala para dirigir el debate y ordenar la rendición de las pruebas (art. 292 CPP), así como la facultad del tribunal para resolver inmediatamente los incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia de juicio oral (art. 290 CPP), suponen en muchos casos el control de admisibilidad de la prueba en el instante previo a su rendición. Este es el tipo de control que ejerce el tribunal de juicio oral, por ejemplo, cuando impide en el instante la rendición de prueba no ofrecida oportunamente en aplicación de lo dispuesto por el art. 336 CPP o prohíbe la lectura de registros o documentos que uno de los intervinientes pretende hacer en violación de lo dispuesto por el art. 334 CPP.

2.3. Rendición

En principio, la fase de *rendición o recepción* de la prueba se desarrolla íntegramente durante el juicio oral.[157] Aunque su estudio está reservado para otro capítulo de esta obra,[158] parece conveniente explicar brevemente cuál es la regla general y cuáles las excepciones que rigen en esta materia.

2.3.1. *Regla general: la prueba debe ser rendida en la audiencia del juicio oral*

La regla general en materia de rendición de la prueba está contemplada en el art. 296 CPP, conforme al cual "la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley".

Consecuente con ello, el art. 334 CPP inc. 1° declara que "Salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332, no se podrá incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el ministerio público". Por su parte, el art. 340 inc. 2° CPP prescribe que "El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral".

El juez presidente de la sala tiene, en nuestro sistema, la facultad de ordenar la rendición de las pruebas durante el juicio oral (art. 292 CPP), pero los incidentes que en relación con este tema se promuevan deben ser resueltos por el tribunal (art. 290 CPP). El orden en que se rinde la prueba, sin embargo, es libremente determinado por cada parte, aunque la ley dispone que corresponde recibir primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de to-

[157] Aunque algunos autores consideran la recepción como una fase diferenciada de la rendición (vid. supra nota 154), se trata, en mi opinión, de una misma fase vista en el primer caso desde la óptica del interviniente y en el segundo caso desde la óptica del tribunal.

[158] Vid. infra X.

das las acciones que hubieren sido deducidas en su contra (art. 328 CPP).

2.3.2. *Excepción: la prueba anticipada*[159]

La única excepción a la regla general en materia de rendición de prueba la constituye la recepción anticipada de la prueba testimonial y pericial. La recepción anticipada de la prueba puede ser decretada por el juez de garantía durante la etapa de investigación o durante la audiencia de preparación del juicio oral según hemos visto anteriormente.

Durante la etapa de investigación, la recepción anticipada sólo procede a solicitud del fiscal cuando el testigo, después de declarar ante él, manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciere temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental o algún otro obstáculo semejante (art. 191 incs. 1° y 2° CPP). En todo caso, la solicitud sólo puede ser planteada por el fiscal después de formalizada la investigación (art. 230 inc. 2° CPP). Si el testigo se encuentra en Chile, la recepción anticipada de la prueba se realiza ante el juez de garantía, y si se encuentra en el extranjero, ante un cónsul chileno o el tribunal del lugar en que se hallare (arts. 191 y 192 CPP). En ambos casos la ley exige que se cite a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes podrán asistir con todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral (arts. 191 inc. final y 192 inc. 2° CPP).

Durante la audiencia de preparación del juicio oral el derecho de pedir que se reciba anticipadamente la prueba lo tienen todos los intervinientes y alcanza no sólo a la prueba testimonial, sino también a la pericial, pero debe siempre estar fundada en el temor de que el testigo o perito se encuentre en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones ya mencionadas (art. 280 CPP). La prueba recibida de esta manera se incorpora al juicio oral mediante la lectura de los registros en que conste, y constituye así una excepción a la prohi-

[159] Vid. tomo I, VII.B.7.4.4.

bición general de dar lectura en el juicio a declaraciones anteriores de testigos o peritos (art. 331 letra a) CPP). Sin embargo, para que la prueba recibida anticipadamente pueda ser incorporada de esta manera, es necesario que el temor que fundamentó su recepción anticipada se haya concretado al momento de la audiencia, esto es, que a esa fecha el testigo o perito hubiere efectivamente fallecido, caído en incapacidad física o mental, estuviere ausente a larga distancia o no pudiere declarar por cualquier otro obstáculo semejante. Si esta circunstancia no se cumple al momento del juicio oral, la excepción que permite su incorporación mediante lectura sencillamente no opera y el testigo o perito debe comparecer y declarar en el juicio, sin que tenga valor alguno el registro en que conste su declaración previa (art. 331 letra a) CPP).

2.4. VALORACIÓN

La cuarta y última fase de la actividad probatoria es la fase de *valoración*, que podríamos definir como el análisis crítico que hace el tribunal de las pruebas rendidas durante el juicio oral, con el objeto de decidir si se han verificado o no las afirmaciones en las cuales se basan la acusación y la defensa, y adoptar la decisión de absolución o condena.[160]

Cabe destacar, a este respecto, que aun cuando el juez debe valorar también la prueba presentada por la defensa, es la fuerza persuasiva de la prueba de cargo la que determina la decisión de absolución o condena. Como veremos más adelante, el derecho a la presunción de inocencia impone la carga de la prueba sobre el Estado, de manera que el juicio oral no puede ser concebido como una competencia entre dos versiones para determinar cuál es la mejor, sino fundamentalmente como un test impuesto a la prueba de la acusación para decidir si ésta satisface o no el estándar de convicción impuesto por la ley para condenar.[161]

El CPP es explícito en cuanto a establecer que la valoración debe recaer exclusivamente sobre la prueba rendida durante el

[160] Vid. infra IX.C.3.
[161] Vid. infra IX.C.3.

juicio oral. Así, el art. 296 señala que "La prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley". Por su parte, el art. 340 inc. 2° CPP prescribe que "El tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral".

La valoración de la prueba es una fase de la actividad probatoria que el juzgador lleva a cabo siguiendo ciertas pautas de actuación que vienen definidas por el sistema probatorio dentro del cual se desarrollan. Aunque han existido múltiples intentos de sistematizar estos sistemas probatorios, me parece, con VELEZ MARICONDE, que ellos son fundamentalmente tres: el sistema *de prueba legal o tasada*; el sistema *de íntima convicción* y el sistema *de libre convicción o sana crítica racional*.[162] Los elementos decisivos para constatar la vigencia de uno u otro sistema serán: primero, la existencia o no de reglas probatorias que regulen el valor que el juzgador habrá de asignar a los medios de prueba y, segundo, la existencia o no de una exigencia impuesta al legislador de fundamentar la decisión de absolución o condena haciendo explícita la forma a través de la cual ha logrado su convencimiento.

2.4.1. *Sistema de prueba legal o tasada*

El sistema de prueba legal o tasada es un sistema probatorio surgido, en el siglo XIII, que sustituye el sistema probatorio anterior que estaba basado principalmente en la contienda de ordalías, a través del cual se procuraba alcanzar la absoluta certeza en materia criminal sobre la base de pruebas mágicas o simbólicas que permitían conocer el juicio divino. El sistema de prueba legal pretendió alcanzar la misma certeza sobre la base de pruebas racionales y el juicio de seres humanos, y para ello buscó eliminar la discrecionalidad del juez mediante reglas probatorias tan objetivas que de ellas se derivaran lógicamente las decisiones de absolución o condena.[163] Como explica MAIER: "El

[162] VELEZ MARICONDE (A.), cit., t. I., p. 294.

[163] LANGBEIN (J.), "Tortura y plea bargaining", en MAIER (J.) y BOVINO (A.), (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 5.

juzgador no fundaba su fallo en su convicción, apelando al valor de verdad que la prueba transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una u otra manera".[164]

El sistema de prueba legal constituye una de las características más marcadas del sistema inquisitivo imperante por más de cinco siglos, y corresponde al intento legislativo por limitar, en el momento de la decisión, los enormes poderes conferidos al juez durante el desarrollo del procedimiento inquisitivo. Para la efectividad de esta limitación era imprescindible que existiera la posibilidad de que el tribunal jerárquicamente superior controlara la efectiva aplicación de las reglas de valoración probatoria, de lo cual se seguía, naturalmente, la posibilidad de revisión de la sentencia a través del recurso de apelación.

El sistema de prueba legal o tasada puede ser definido, así, como aquel sistema que regula legalmente el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, imponiéndole la obligación de fundamentar su sentencia sobre la base de un razonamiento lógico fundado en el estricto respeto a dichas reglas.

Las limitaciones legislativas impuestas por el sistema de prueba legal incluían la exigencia de que determinados hechos se probaran utilizando ciertos medios de prueba y no otros (límites a la admisibilidad de los medios de prueba) o la tasación anticipada del valor que el juez debería asignarles a dichos medios de prueba una vez producidos (límites a la valoración de los medios de prueba). Ejemplos de la primera situación encontramos todavía en el art. 457 del CdPP 1906, que enumera taxativamente los medios de prueba "por los cuales se acreditan los hechos en un juicio criminal"; ejemplos de la segunda situación pueden ser observados en el art. 477 CdPP de 1906, que declara que "todo instrumento público constituye prueba completa de haber sido otorgado, de su fecha y de que las partes han hecho las declaraciones en él consignadas".

A pesar de la intencionalidad protectora de muchas de sus reglas probatorias, el sistema de prueba legal nunca llegó a consti-

[164] MAIER (J.), cit., 2ª ed., 1996, pp. 298-299. Cfr. WALTER, quien llega a la misma conclusión, advirtiendo, eso sí, que la regla formal era que el juez del proceso canónico decidiese en principio según su convicción acerca de la comprobación de los hechos. WALTER (G.), cit., p. 41.

tuirse en una protección real del imputado frente al juez. Como expresa VELEZ MARICONDE, "es una obra artificial del proceso inquisitivo, ideada para proteger tardíamente al imputado; una especie de arrepentimiento del legislador, que primero consagra un secreto absoluto de la instrucción y le niega al imputado el derecho a su defensa, y después pretende encontrar una garantía en la tarifa de las pruebas; un freno irracional a la conciencia del juzgador que sólo puede eludirlo cuando la prueba reunida es compleja; una estimación abstracta de medios probatorios que deben ser avaluados concretamente; la pretensión de reducir a una operación aritmética lo que sólo puede ser un juicio lógico".[165]

Por otra parte, como ha hecho ver FERRAJOLI, cada vez que se pretende imponer al juez una deducción lógica a partir de una premisa legalmente presumida como verdadera, se trabaja sobre un sistema absurdo, ya que la experiencia demuestra que "es falsa cualquier generalización sobre la fiabilidad de un tipo de prueba o conjunto de pruebas".[166] Esto provoca, en definitiva, que las pruebas legales pueden perfectamente entenderse en una línea de continuidad con las antiguas pruebas mágicas de las contiendas de ordalía en cuanto ambas son "en realidad *pruebas formales* en el sentido de que excluyen la investigación y la libre valoración del juez, sustituyéndolas por un juicio infalible y superior, divino en el primer caso y legal en el segundo".[167] El sistema de prueba legal infringe, así, el principio de estricta legalidad, según el cual "la prueba debe ser una consecuencia del hecho taxativamente previsto por la ley como delito y no de otro hecho por ella previsto como probatorio".[168]

2.4.2. *Sistema de la íntima convicción*

El sistema de la íntima convicción surge en Francia en el período revolucionario y parece tener su origen preciso en un decreto del año 1791, que creó el tribunal de jurados, al cual se asocia una instrucción dictada ese mismo año que debía leerse a los jurados

[165] VELEZ MARICONDE (A.), cit., p. 296.
[166] FERRAJOLI (L.), cit., p. 135.
[167] FERRAJOLI (L.), cit., p. 136.
[168] FERRAJOLI (L.), cit., p. 138.

antes de que se retiraran a deliberar. La instrucción tenía en sí misma un valor descriptivo del sistema probatorio que surgía con la revolución francesa, en cuanto ordenaba señalar al jurado:

> "La ley no pide cuenta de los medios por los cuales (los jurados) se han formado una convicción; no les prescribe reglas a las cuales deban atribuir en particular la plenitud y la suficiencia de una prueba; ella les exige que se interroguen a sí mismos en silencio y en recogimiento y que busquen determinar, en la sinceridad de su conciencia, qué impresión han causado en su razonamiento las pruebas aportadas contra el acusado y los medios de defensa. La ley no les dice: 'tendréis por verdad todo hecho atestiguado por tal número de testigos, o no consideraréis suficientemente establecida ninguna prueba que no haya sido formada por tantos testigos o por tantos indicios; la ley les hace una sola pregunta, que compendia toda la medida de su deber: ¿tenéis una convicción íntima?".[169]

Bajo esta concepción, resulta evidente que es absolutamente innecesaria, si no completamente imposible, la fundamentación de la sentencia.

El *sistema de la íntima convicción puede entonces ser definido* como aquel caracterizado por la inexistencia de toda norma legal tendiente a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, y que no impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado.[170]

---

[169] "La loi ne demande pas compte des moyens par lesquels (les jurés) se sont formés una conviction; elle ne leur prescit point des regles auxquelles ils doivent attacher particulierement la plénitude et la suffisance d'une preuve; elle leur demande de s'interroger eux-mêmes dans le silence et le recueillement et de chercer, dans la sincerité de leur conscience, quelle impression ont fait sur leur raison les preuves apportés contre l'accusé et les moyens de la défense. La loi ne leur dit point: 'vous tiendrez pour vrai tout fait attesté par tel nombre de témoins, ou vous ne régardez pas comme suffisamment établié toute preuve qui ne sera pas formée de tant de témoins ou de tant d'indices'; elle ne leur fait que cette seule question, qui renferme toute la mesure de leur devoir: 'avez vous une intime conviction?'" (original en francés y traducción tomada de WALTER (G.), cit., pp. 75-76).

[170] Este sistema ha sido a veces identificado con un "modo de razonar que no se apoya necesariamente en la prueba que el proceso exhibe al juez, ni en medios de información que pueden ser fiscalizados por las partes", señalándose que

Se trata del sistema probatorio característico de los sistemas de jurados, al cual se considera inherente, ya que su "ignorancia técnica hace imposible que se le exija la motivación de su veredicto".[171]

2.4.3. *Sistema de libre convicción o sana crítica racional*

Partiendo de la crítica al sistema de íntima convicción, fue surgiendo paulatinamente un sistema que puede perfectamente situarse en un punto intermedio entre los anteriores, conocido como *sistema de libre convicción* o *sana crítica racional.* Es el sistema que rige en Alemania al amparo de las restricciones que se entiende que imponen a la libre valoración de la prueba las leyes del pensamiento y de la experiencia.[172] Como consecuencia de estas reglas, el Tribunal Supremo Federal en materia penal ha sostenido que no queda margen a la discrecionalidad judicial cuando una circunstancia está verificada por el conocimiento científico.[173] Bajo la tradición española, este sistema se encuentra asociado a las limitaciones impuestas por las denominadas *reglas de la sana crítica,* entendidas como "reglas del correcto entendimiento humano" integradas por los *principios de la lógica,* que serían permanentes e invariables y las *máximas de experiencia,* que serían contingentes y variables con relación al tiempo y el lugar.[174]

se trataría de un método en que "el magistrado adquiere el convencimiento de la verdad con la prueba de autos, fuera de la prueba de autos y aun contra la prueba de autos". Así, COUTURE, quien lo denomina en todo caso como sistema de *libre convicción.* COUTURE (E.) cit., p. 273. En Chile lo sigue aparentemente CAROCCA (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* cit., p. 229. Esta idea no parece aceptable, porque un sistema probatorio que permite formarse la convicción por medios ajenos al proceso ni siquiera merece ser denominado como un sistema de *valoración de la prueba* y resulta completamente inadmisible desde el punto de vista del derecho a defensa. No es, por tanto, el sentido en el cual se lo entiende en este trabajo. Véase al respecto VELEZ MARICONDE (A.), cit, v. I, p. 301, Véase también, con especial referencia a la jurisprudencia española, VEGAS TORRES (J.), cit., pp. 157-173.

[171] VELEZ MARICONDE (A.), cit., v. I, p. 298.
[172] Vid. ROXIN (C.), cit., p. 107.
[173] BGHSt 10, 211, citada por ROXIN (C.), cit., p. 107.
[174] COUTURE (E.), cit., p. 270.

El sistema de libre convicción o sana crítica racional puede entonces ser entendido como aquel caracterizado por la inexistencia de reglas legales tendientes a regular el valor probatorio que el juez debe asignar a los medios de prueba, pero que impone al juez la obligación de fundamentar su decisión haciendo explícitas las razones que la han motivado, las que no pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

La fundamentación de la sentencia constituye un elemento central en la diferenciación entre este sistema y el de la íntima convicción. Como explica SAVIGNY: "La nota característica por la cual los tribunales de jurados se diferencian de los tribunales permanentes consiste en que los jurados pueden tranquilizarse sin más ni más con el simple hecho de estar convencidos, mientras que los jueces permanentes tienen que elaborar su sentencia ateniéndose a razones y a reglas. Esa nota característica no queda invalidada por el abandono de las pruebas legales. Del hecho de que las reglas de prueba no sean establecidas por ley de una vez por todas, no se sigue que los jueces estén dispensados en general de la obligación de sentenciar conforme a razones y reglas y de tener que rendir cuenta de ello... La diferencia entre jueces con teoría de las pruebas y jueces sin ella consiste única y exclusivamente en el hecho de que en el segundo caso se deja liberado a la discreción del juez mismo hallar y aplicar las reglas de prueba que proporcionan las leyes generales del pensamiento, la experiencia y la sicología...".[175]

La razón para preferir este sistema la expresa, entre otros, JARKE, cuando afirma que la verdad no puede estar únicamente en la convicción del sujeto que la juzga, "porque de lo contrario siempre habría verdad donde hubiese una convicción". A su juicio, la única garantía que tiene una persona de que su convencimiento es verdad está en los fundamentos. "No puede residir en la convicción misma, porque de lo contrario sólo habría que comprobar, en uno mismo o en otro, si uno mismo o ese otro está convencido".[176]

El sistema de libre convicción o sana crítica racional es el sistema de valoración de la prueba que ha consagrado explíci-

[175] SAVIGNY, citado por WALTER (G.), cit., p. 82.
[176] JARKE, citado por WALTER (G.), cit., p. 80.

tamente el CPP chileno al señalar, en el art. 297 CPP inc. 1°, que "Los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados", agregando en el inciso 2° que "El tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado, indicando en tal caso las razones que hubiere tenido en cuenta para hacerlo". La exigencia de fundamentación de la sentencia condenatoria, que se encuentra consagrada ya desde el art. 1° CPP, se explicita en el inciso final del art. 297 CPP, conforme al cual "la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dieren por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados. Esta fundamentación deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llegare la sentencia".

Como veremos más adelante, el eje conductor de la consagración de un sistema de libre convicción sujeto a las reglas de la sana crítica racional lo constituye, a mi modo de ver, la posibilidad de control de la sentencia a través del régimen de recursos.[177] La imposición legal al juez de ciertas restricciones en la valoración de la prueba y la obligación de fundar su sentencia carecerían completamente de sentido si no existiera una vía posterior para controlar el respeto a dichas restricciones a través de los recursos. Como expresa WALTER, "es innegable que el principio de libre apreciación así entendido, resulta considerablemente relativizado por la posibilidad de una revisión de esa apreciación".

Lo anterior resulta completamente lógico, porque la libertad de que dispone el juez para valorar la prueba rendida ante él no puede entenderse como una relajación de la carga que tiene el Estado de probar los extremos de la acusación y de satisfacer el estándar de convicción exigido para dictar sentencia de condena. A esto apunta FERRAJOLI cuando afirma que "La fórmula de la 'libre convicción', que por sí misma expresa sólo un trivial principio negativo que debe ser integrado con la indica-

[177] Vid. infra XI.D.2.5.1.1.e.

ción de las condiciones no legales sino epistemológicas de la prueba, en realidad fue acríticamente entendida como un criterio discrecional de valoración sustitutivo de las pruebas legales (...) Y ha terminado por transformarse en un tosco principio potestativo idóneo para legitimar el arbitrio de los jueces. Así, ha ocurrido que el rechazo de las pruebas legales como condiciones *suficientes* de la condena y de la pena se ha convertido de hecho en la negación de la prueba como condición *necesaria* de la 'libre' convicción sobre la verdad de los presupuestos de una y otra; y que el principio de la libre convicción, en vez de actuar como presupuesto indispensable de la garantía de la carga –o, cuando menos, de la necesidad– de la prueba, ha entrado en contradicción con ella, haciendo vana toda su función normativa".[178]

Este tipo de error en la comprensión de las relaciones entre el sistema de valoración y el problema de satisfacción de la carga de la prueba, ha dado origen en España a una abundante jurisprudencia que exige para la desvirtuación de la presunción de inocencia "una *mínima actividad probatoria* producida con las garantías procesales, que de alguna forma pueda entenderse de cargo".[179] Como explica RAMOS MENDEZ: "Hablar de valoración de la prueba supone, por definición, que existan pruebas, que se haya realizado una *mínima actividad probatoria*".[180] En palabras del Tribunal Constitucional español: "El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el art. 741 de la LECrim, supone que los distintos elementos de prueba pueden ser ponderados libremente por el tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia. Pero para que dicha ponderación pueda llevar a desvirtuar la presunción de inocencia, es preciso una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda

[178] FERRAJOLI (L.), cit., p. 139.

[179] ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., p. 273. Sobre el tema, también VEGAS TORRES (J.), cit., pp. 164-172 y, entre nosotros, BOFILL (J.), *La prueba en el proceso penal*, cit., pp. 25-26.

[180] RAMOS MENDEZ (F.), cit., p. 357.

deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado, y es el Tribunal Constitucional quien ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso".[181]

Como se aprecia, entonces, el sistema de libre convicción, al establecer limitaciones a la libre valoración de los jueces y someterla al control de tribunales superiores, pretende limitar la arbitrariedad del juez en la formación de su convicción, que ha sido considerada como uno de los excesos del sistema de íntima convicción. Compartiendo la necesidad de este control en casos extremos, debemos advertir, sin embargo, que la existencia del mismo lleva implícito el riesgo de que las restricciones impuestas sean utilizadas por los tribunales superiores para entrar en una revisión de los hechos, amenazando el principio de inmediación que busca garantizar el juicio oral. Aunque volveremos sobre el tema al analizar los recursos,[182] conviene mencionar, desde ya, que sólo una comprensión restrictiva de las facultades de los tribunales superiores en el control del respeto a las reglas de la sana crítica permitirá conservar la integridad del sistema.

3. LA CARGA DE LA PRUEBA Y EL ESTANDAR DE CONVICCION "MAS ALLA DE TODA DUDA RAZONABLE"

Dijimos anteriormente que el derecho a la presunción de inocencia tiene en Chile rango constitucional por el hecho de estar incorporada en los tratados internacionales ratificados por Chile.[183] Entre estos tratados se encuentran la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en su art. 8.2 establece que "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en su art. 14.2 señala que "Toda persona acusada de un de-

[181] STC 31/1981, 28 julio. En la situación planteada ante la Corte en este caso, se había considerado como base suficiente para la sentencia condenatoria la sola confesión del imputado ante la policía, obtenida sin respeto a sus garantías constitucionales y no ratificada posteriormente ante los jueces instructores que intervinieron en el caso ni durante el juicio oral. Idem, fundamento 4.

[182] Vid. infra XI.D.2.5.1.1.e.

[183] Vid. tomo I, II.C.2.2.4.

lito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

Dijimos también, anteriormente, que el derecho a la presunción de inocencia tiene dos consecuencias: como regla de tratamiento del imputado impone la obligación de proporcionarle trato de inocente, y como regla de enjuiciamiento impone la carga de la prueba al Estado, lo que significa que si éste no logra satisfacer el estándar probatorio impuesto por la ley procesal penal, la consecuencia necesaria del incumplimiento de esa carga es la absolución del acusado.

El estándar probatorio impuesto como carga al Estado por el CPP chileno es el de convicción *más allá de toda duda razonable*. El art. 340 inc. 1° CPP señala textualmente: "Convicción del tribunal. Nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, más allá de toda duda razonable, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley".

El estándar de convicción establecido por el CPP en su art. 340 ha sido tomado directamente del derecho anglosajón. El origen exacto del estándar es impreciso, pero se han encontrados rastros en la jurisprudencia británica y norteamericana desde comienzos del siglo XVIII.[184] En Estados Unidos, sin embargo, sólo en 1970 se le declaró explícitamente como un requerimiento impuesto por la cláusula del debido proceso contenida en las enmiendas V y XIV de la Constitución Federal, con ocasión de la decisión adoptada en el caso *In re Winship*.[185] El estándar se aplica en similares términos en Gran Bretaña, Canadá y Australia.[186]

[184] MULRINE (T.), cit., pp. 200-201. Como precedente más remoto de la exigencia jurisprudencial de convicción más allá de toda duda razonable en los Estados Unidos se suele citar *State v. Wilson*, 1 N.J.L. 502, 506 (1793), en que la instrucción dada por el juez al jurado fue la de seguir la "regla humana" y absolver al acusado si tenían "dudas razonables" acerca de su culpabilidad. COHEN (J.), cit., p. 677.

[185] El *holding* de la sentencia reza textualmente: "Lest there remain any doubt about the constitutional stature of the reasonable-doubt standard, we explicitly hold that the Due Process Clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the

En los Estados Unidos, el estándar de convicción más allá de toda duda razonable *("beyond a reasonable doubt")*, es el estándar que se aplica a los casos criminales, en oposición al estándar probatorio de la "preponderancia de la evidencia", *("preponderance of the evidence")*, que es el que se aplica a los casos civiles. La diferencia entre ambos estándares es que el primero resulta considerablemente más exigente, ya que mientras al demandante en un juicio civil le basta, para obtener una condena, presentar una prueba más convincente que la del demandado, en un juicio criminal la prueba debe alcanzar para despejar en la mente del juzgador toda duda razonable acerca de los términos de la acusación presentada en contra del imputado.[187] En otras palabras, el juicio penal no es una contienda en la que el tribunal se pronuncia sobre cuál de las dos versiones ante él presentadas es "mejor", sino que es un método para determinar con certeza la existencia del delito y la participación del acusado, de modo que si ello no se logra debe absolverse, incluso si no se encuentran probados los enunciados fácticos que demostrarían la inocencia del acusado. Poniendo el énfasis en esta diferencia se ha dicho que "el objetivo de un juicio criminal no es elegir entre las historias de las partes. Antes bien, es determinar si la única explicación plausible del evento en cuestión es o no que el acusado es culpable en los términos en que ha sido acusado".[188] En términos más gráficos, se ha dicho tam-

crime with which he is charged". ["Para que no quede ninguna duda sobre la estatura constitucional del estándar de duda razonable, explícitamente sostenemos que la Cláusula del Debido Proceso protege al acusado contra la condena excepto sobre prueba más allá de una duda razonable de cada hecho necesario para constituir el crimen del cual ha sido acusado" (traducción nuestra)]. *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), p. 364.

[186] MULRINE (T.), cit., pp. 214-218.

[187] CHIESA, aplicando las Reglas de Evidencia de Puerto Rico, explica la diferencia entre ambos estándares en términos probabilísticas, afirmando que *prueba más allá de duda razonable* expresaría una probabilidad superior al 90%, en tanto que *preponderancia de evidencia* expresaría una probabilidad superior al 50%. CHIESA (E.), v. III, p. 378.

[188] "The objective of a criminal trial is not to choose among the stories of the parties. Rather, it is to determine whether or not the only plausible explanation of the event in question is that the defendant is guilty as charged." (Traducción nuestra.) ALLEN, RONALD J., *A Reconceptualization of Civil Trials*, 66 B.U. L. Rev. 401, 436 (1986), citado por CHAMBERS (H. Jr.), cit., p. 658, nota 10.

bién que "los juicios criminales son búsquedas unilaterales de la verdad que responden una pregunta: ¿es el imputado con certeza culpable? Si la respuesta es sí, el imputado es condenado; si la respuesta es probablemente sí, posiblemente sí, posiblemente no o cualquiera otra distinta de un inequívoco sí, el imputado es absuelto".[189]

El fundamento para esta mayor exigencia lo encontramos explícito en *Winship*, que, como llevamos dicho, es el primer caso en que se declaró dicho estándar como una exigencia constitucional en los Estados Unidos. Sostuvo allí la Suprema Corte norteamericana que "el estándar de duda razonable juega un rol vital en el esquema de procedimiento penal norteamericano, porque es el principal instrumento para reducir el riesgo de condenas fundadas en errores de hecho, proporcionando así una sustancia concreta a la presunción de inocencia".[190]

En sus líneas más destacables, dijo la Corte: "El requerimiento de prueba más allá de toda duda razonable desempeña este rol vital en nuestro sistema de justicia criminal por diferentes razones. El acusado durante una persecución penal tiene en juego intereses de inmensa importancia, tanto a causa de la posibilidad de que pueda perder su libertad en virtud de la condena como a causa de la certeza de que será estigmatizado por la condena. Consecuentemente, una sociedad que valora el buen nombre y la libertad de cada individuo no debe condenar a un hombre por la comisión de un crimen cuando haya una duda razonable acerca de su culpabilidad".[191] Y citando un caso previo recordó: "Como

[189] "Criminal trials are one-sided searches for the truth that answer one question: Is the defendant certainly guilty? If the answer is yes, the defendant is convicted; if the answer is probably yes, possibly yes, possibly no or anything other than an unequivocal yes, the defendant is acquitted". (Traducción nuestra.) CHAMBERS (H. Jr.), cit., p. 658.

[190] "The reasonable-doubt standard plays a vital role in the American scheme of criminal procedure. It is a prime instrument for reducing the risk of convictions resting on factual error. The standard provides concrete substance for the presumption of innocence". (Traducción nuestra.) 397 U.S. 358 (1970), p. 363.

[191] "The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for

dijimos en *Speiser v. Randall* (...) 'Siempre hay en el litigio un margen de error en la determinación de los hechos, que ambas partes deben tomar en cuenta. Cuando una parte tiene en juego un interés de valor trascendental –como un imputado penal su libertad– este margen de error se reduce a su respecto a través del procedimiento de poner sobre la otra parte la carga de persuadir al juez de los hechos al momento de la conclusión del juicio, de su culpabilidad más allá de una duda razonable'. A este fin, el estándar de duda razonable es indispensable, porque 'persuade al juzgador de los hechos de la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de certeza de los hechos en cuestión'".[192] La Corte terminó señalando que "Más aun, el uso del estándar de duda razonable es indispensable para merecer el respeto y la confianza de la comunidad en la aplicación de la ley penal. Es crucial que la fuerza moral de la ley penal no se diluya por un estándar de prueba que deje a la gente en la duda de que haya sido condenado un hombre inocente. Es también importante en nuestra sociedad libre que cada individuo al ocuparse de sus asuntos cotidianos tenga la confianza de que el Estado no puede juzgarlo culpable de una ofensa criminal sin convencer a un tribunal competente de su culpabilidad con la mayor certeza".[193]

---

commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt". (Traducción nuestra.) *In re Winship,* 397 U.S. 358, 363.

[192] "As we said in *Speiser* v. *Randall,* supra, at 525-526: 'There is always in litigation a margin of error, representing error in factfinding, which both parties must take into account. Where one party has at stake an interest of transcending value –as a criminal defendant his liberty– this margin of error is reduced as to him by the process of placing on the other party the burden of... persuading the factfinder at the conclusion of the trial of his guilt beyond a reasonable doubt. Due process commands that no man shall lose his liberty unless the Government has borne the burden of ... convincing the factfinder of his guilt'. To this end, the reasonable-doubt standard is indispensable, for it 'impresses on the trier of fact the necessity of reaching a subjective state of certitude of the facts in issue'." (Traducción nuestra.) *In re Winship,* 397 U.S. 358, 364.

[193] "Moreover, use of the reasonable-doubt standard is indispensable to command the respect and confidence of the community in applications of the criminal law. It is critical that the moral force of the criminal law not be diluted by a standard of proof that leaves people in doubt whether innocent men are being condemned. It is also important in our free society that every individual going about his ordinary affairs have confidence that his government cannot adjudge him guilty of a criminal offense without convincing a proper factfinder of his guilt with utmost certainty". (Traducción nuestra.) *In re Winship,* 397 U.S. 358, 364.

Pero ¿qué significa convicción "más allá de toda duda razonable"?

La primera forma de responder esta pregunta es cuestionando su pertinencia, esto es, cuestionando el hecho de que se trate de un estándar que requiera de una definición.[194]

El tema ha adquirido, de hecho, gran relevancia en los Estados Unidos, donde se ha planteado el problema de determinar si constituye o no un deber del juez proporcionar al jurado una definición del estándar en el momento de darle las instrucciones previas al proceso de deliberación. Aunque la Suprema Corte no se ha pronunciado aún sobre el tema, sí lo han hecho varias cortes de apelaciones federales y cortes estatales, pero asumiendo tesis de signo opuesto: alentar al juez bajo la modalidad de deber o recomendación a proporcionar una definición o desalentar al juez a proporcionarla considerándola innecesaria o *derechamente prohibiéndola.*[195]

La razón de la división no se encuentra, por cierto, en una discusión acerca de la posibilidad de definir el estándar, sino en la conveniencia y utilidad de hacerlo. En general, a favor de la idea de proporcionar una definición se destaca que el concepto es un requisito constitucional fundamental, un término legal, y que no es tan común, simple y claro como para ser autoevi-

[194] En esta línea véase la nota: *Reasonable doubt: an argument against definition,* 108 Harv. L. Rev. 1955 (1995).

[195] Según un artículo publicado en el *American Journal of Criminal Law* en 1995, a esa fecha, en el sistema federal cuatro cortes de apelaciones (tercer, octavo, décimo y sexto circuito) habían resuelto que el juez del juicio debía definir el estándar y una quinta (quinto circuito) había animado a los jueces a hacerlo, mientras otras cinco (primer, cuarto, séptimo y noveno circuito y D.C.) habían afirmado que el estándar no necesita ser definido, y una de ellas (cuarto circuito) había incluso prohibido al juez ofrecer al jurado una definición. En el sistema estatal, por su parte, se contaban entre los estados que requerían una definición a California, Indiana, Idaho, Maryland, Missouri, Montana, Massachusetts, Nevada, New Hampshire, North Carolina, Ohio, Pennsylvania, Rhode Island, Texas, Washington. En el Distrito de Columbia y Florida, existían instrucciones modelo para el jurado que incluían definiciones del estándar, lo que constituía un reconocimiento implícito de la necesidad de definir. Por el contrario, los estados que no requerían una definición del estándar a esa fecha incluían a Arizona, Georgia, Illinois, Kansas, Kentucky, Mississippi, Oregon, Vermont y Wyoming. La corte estatal de Oklahoma había incluso declarado que constituía un error que permitía revocar la sentencia el solo hecho de que el juez hubiera dado una definición. COHEN (J.), cit., pp. 682-688.

dente para el jurado. Por el contrario quienes se oponen a ofrecer una definición sostienen que "duda razonable" es un término de uso común generalmente aceptado y que se puede comprender sin necesidad de una definición, haciendo notar que los esfuerzos por explicar el término usualmente no acaban dándole mayor claridad, sino creando una confusión innecesaria que conduce a un inaceptable relajamiento del estándar de prueba requerido para la condena.[196]

Lo cierto, sin embargo, es que los jueces norteamericanos frecuentemente definen el concepto y prueba de ello es que las decisiones jurisprudenciales que escrutan la corrección de la definición son incluso anteriores a su reconocimiento en *Winship* como exigencia implícita en la garantía del debido proceso. La tarea de definir no es menor, toda vez que, como apuntaba ya el juez Wood en 1880, redactando la opinión de la Corte en *Miles v. United States*, "los esfuerzos por explicar el término 'duda razonable' usualmente no consiguen hacerlo en nada más claro a la mente de los jurados".[197] Más de cien años después el juez O'Connor, hablando por la mayoría en *Victor v. Nebraska*, habría de reiterar la misma idea señalando que "Aunque este estándar es un antiguo y honorable aspecto de nuestro sistema de justicia criminal, resiste una explicación fácil".[198]

Los tribunales norteamericanos, sin embargo, han seguido haciendo "torturados esfuerzos"[199] por definir el estándar de duda razonable. Aunque las definiciones ensayadas dejan en evidencia las dificultades que implica pretender una definición, lo cierto es que ellas han seguido fundamentalmente dos criterios: el de la vacilación para actuar *("hesitate to act")* y el de la certeza moral *("moral certitude")*.

---

[196] DIAMOND (H.), cit., pp. 1719-1720.

[197] "Attempts to explain the term 'reasonable doubt' do not usually result in making it any clearer to the minds of the jury." (Traducción nuestra.) *Miles v. U.S.*, 103 U.S. 304, 312 (1880), citado luego en *Holland v. United States* 348 U.S. 121, 141 (1954) y más recientemente en *Victor v. Nebraska*, 114 S.Ct. 1239 (1994).

[198] "Although this standard is an ancient and honored aspect of our criminal justice system, it defies easy explanation." (Traducción nuestra.) 114 S.Ct. 1239 (1994).200. La expresión está tomada de la nota *Reasonable doubt: an argument against definition,* 108 Harv. L. Rev. 1955, p. 1968.

[199] La expresión está tomada de la nota *Reasonable doubt: an argument against definition,* 108 Harv. L. Rev. 1955, p. 1968.

3.1. El criterio de la vacilación para actuar

En 1954, en uno de los casos más memorables sobre la materia, *Holland v. United States*,[200] la Suprema Corte norteamericana aprobó una instrucción dada al jurado que definía "duda razonable" como "la clase de duda sobre la cual ustedes, personas comunes, estarían dispuestos a actuar en los asuntos más serios e importantes de sus propias vidas".[201] No obstante, en el mismo fallo la Corte sugirió que sería sin embargo más adecuado definirla como "la clase de duda que haría a una persona vacilar antes de actuar"[202] en dicha clase de asuntos. Marcando el límite en el extremo contrario, en 1990 la Suprema Corte consideró, en *Cage v. Louisiana*,[203] que violaba en cambio la cláusula del debido proceso una instrucción que definía la duda razonable como una "duda real y sustancial" *("an actual substantial doubt")* que "daría lugar a una grave incertidumbre" *("would give rise to a grave uncertainty")*, ya que esas expresiones sugerían, a su juicio, un mayor grado de duda del que era en realidad necesario para absolver.[204]

La sugerencia de la Suprema Corte en *Holland...* ha servido de base para la elaboración de una instrucción estándar usada generalmente por diversos estados. Así, por ejemplo, las instrucciones del 5° y 6° circuito rezan: "Prueba más allá de una duda razonable significa prueba que es tan convincente que ustedes no vacilarían en confiar y actuar sobre ella al tomar las decisiones más importantes de sus propias vidas".[205]

---

[200] 348 U.S. 121 (1954).

[201] "the kind of doubt ... which you folks in the more serious and important affairs of your own lives might be willing to act upon." (Traducción nuestra.) 348 U.S. 121 (1954), p. 140, citado por COHEN (J.), cit., p. 679.

[202] "We think this section of the charge should have been in terms of the kind of doubt that would make a person hesitate to act rather than the kind on which he would be willing to act." (Traducción nuestra.) 348 U.S. 121 (1954), p. 140, citado por COHEN (J.), cit., p. 679.

[203] 498 U.S. 39, 40 (1990).

[204] COHEN (J.), cit., p. 680.

[205] "Proof beyond a reasonable doubt means proof which is so convincing that you would not hesitate to rely and act on it in making the most important decisions in your own lives." (Traducción nuestra.) 5TH CIR. CRIM. JURY INSTR. 1.06 (1990); 6TH CIR. CRIM. JURY INSTR. 1.03, citado por COHEN (J.), cit., p. 696, nota 148.

Como se aprecia, el estándar de convicción aparece aquí definido en términos negativos, esto es, a través de la conceptualización del tipo de duda que permite afirmar que el estándar ha sido insatisfecho.

En esta misma línea se sitúan las definiciones contenidas en el *Modern Federal Jury Instructions* de *Sand, Siffert, Loughlin and Reiss* y en el *Federal Jury Practice and Instructions* de *Devitt and Blackmar*. El modelo de instrucción de *Sand, Siffert, Loughlin and Reiss* señala textualmente que "(Duda razonable) es una duda basada en la razón y el sentido común. Es una duda que una persona razonable tiene después de pesar cuidadosamente toda la evidencia. Es una duda que llevaría a una persona razonable a vacilar de actuar en una materia de importancia en su vida personal... Una duda razonable no es un capricho o antojo; no es especulación o sospecha. No es una excusa para evitar el cumplimiento de un deber desagradable. Y no es simpatía".[206] Por su parte, el modelo de instrucción de *Devitt & Blackmar* reza: "No se requiere que el Estado pruebe la culpabilidad más allá de toda duda posible. El test es una duda razonable. Una duda razonable es una duda basada en la razón y el sentido común –la clase de duda que haría a una persona razonable vacilar de actuar. Prueba más allá de una duda razonable debe, por lo tanto, ser prueba de un carácter tan convincente que una persona razonable no vacilaría en confiar y actuar sobre ella en los más importantes de sus asuntos".[207]

Las definiciones anteriores han sido, sin embargo, objeto de críticas por considerarse que trivializan el veredicto criminal al

[206] "[Reasonable doubt] is a doubt based upon reason and common sense. It is a doubt that a reasonable person has after carefully weighing all of the evidence. It is a doubt which would cause a reasonable person to hesitate to act in a matter of importance in his or her personal life... A reasonable doubt is not a caprice or whim; it is not a speculation or suspicion. It is not an excuse to avoid the performance of an unpleasant duty. And it is not sympathy." (Traducción nuestra.) 1 L. Sand, J. Siffert, W. Loughlin & S. Reiss, Modern Federal Jury Instructions § 4.01 (1989), citado por DIAMOND (H.). cit., p. 1726, nota 87.

[207] "It is not required that the government prove guilt beyond all possible doubt. The test is one of reasonable doubt. A reasonable doubt is a doubt based on reason and common sense – the kind of doubt that would make a reasonable person hesitate to act. Proof beyond a reasonable doubt must, therefore, be proof of such a convincing character that a reasonable person would not hesitate to rely and act upon it in the most important of his own affairs." (Traducción nuestra.) Citado por COHEN (J.), cit., p. 686, nota 63.

convertirlo en análogo de las decisiones que los jurados toman en su vida privada.[208]

3.2. El criterio de la certeza moral

Un segundo criterio que ha surgido en la jurisprudencia norteamericana por oposición al anterior es el que define el estándar de convicción en términos positivos, esto es, identificando el estándar con la idea de certeza.

La certeza puede ser definida siguiendo a MITTERMAIER, como "el estado del entendimiento que tiene los hechos por verdaderos (...) luego de rechazar victoriosamente todos los motivos contrarios",[209] o más sencillamente, siguiendo a CLARIA OLMEDO, como "la firme creencia de estar en posesión de la verdad".[210] En los Estados Unidos, la idea de certeza aplicada como estándar probatorio se asocia a la idea de *certeza moral*, por oposición a la de *certeza absoluta*. La diferencia entre certeza absoluta y certeza moral ha sido explicada por SHAPIRO en los siguientes términos: "Hay dos esferas de conocimiento humano: en una es posible obtener la absoluta certeza de la demostración matemática... En la otra, que es la esfera empírica de eventos, certeza absoluta de esta clase no es posible... El nivel más alto de certeza en esta esfera en la que no es posible certeza absoluta es lo que tradicionalmente ha sido llamado certeza moral".[211] Siguiendo esta distinción, CHAMBERS afirma: "Dado que requerir certeza absoluta antes de la condena no es viable en nuestro sistema de justicia criminal, el sistema requiere en su lugar certeza moral o prueba más allá de una duda razonable antes de la conde-

[208] Note: *reasonable doubt:* an argument against definition, 108 Harv. L. Rev. 1955 (1995), pp. 1968-1969.

[209] MITTERMAIER, citado por CAFFERATA NORES, cit., p. 8.

[210] CLARIA OLMEDO, citado por CAFFERATA NORES, cit., p. 8.

[211] "There are two realms of human knowledge. In one it is possible to obtain the absolute certainty of mathematical demonstration... In the other, which is the empirical realm of events, absolute certainty of this kind is not possible... The highest level of certainty in this realm in which no absolute certainty is possible is what traditionally has been called moral certainty." (Traducción nuestra.) SHAPIRO (B.), "To A Moral Certainty": Theories of Knowledge and Anglo-American Juries 1600-1850, 38 Hastings L.J. 153, 192-93 (1986), citado por CHAMBERS (H. Jr.), cit., p. 660, nota 16.

na. La certeza moral o práctica es el nivel más alto de certeza que un individuo puede tener en ausencia de certeza absoluta, y ha sido equiparada con prueba más allá de una duda razonable".[212]

La vinculación así intentada entre el estándar de la duda razonable y la idea de "certeza" parece adecuada si se tiene en cuenta que en *Winship* esta última es utilizada como un concepto descriptivo del estado mental que implica el estándar al señalar que éste "persuade al juzgador de los hechos de la necesidad de alcanzar un estado subjetivo de *certeza* de los hechos en cuestión",[213] y que se ha considerado, incluso, que la referencia a la idea de "certeza moral" puede servir para contrarrestar el efecto nocivo de aquellas partes de una instrucción que tendieran a reducir de una manera inaceptable la carga de la prueba que tiene el Estado.[214] En este sentido, el concepto más adecuado se acerca a la instrucción propuesta por el *Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28-29 (1988)*, que, criticando las definiciones basadas en la idea de "hesitate to act", propone definir prueba más allá de una duda razonable como "prueba que los deja a ustedes firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado y no los conduce a pensar que haya una 'posibilidad real' de que sea inocente".[215]

El "modelo de convicción de verdad", como lo denomina WALTER, "exige del juez que esté personalmente convencido de la verdad de un hecho. Tiene que tener en cuenta, empero, que el conocimiento absoluto de la verdad está vedado al espíritu del hombre. Por eso no debe permitir que lo desconcierten o turben dudas que no son más que el fruto, precisamente, de esta limitación del conocimiento humano. Esas dudas (abstractas,

[212] "As requiring absolute certainty before conviction is not viable in our criminal justice system, the system instead requires moral certainty or proof beyond a reasonable doubt before conviction. Moral or practical certainty the highest level of certainty an individual can have in the absence of absolute certainty and has been equated with proof beyond a reasonable doubt." (Traducción nuestra.) CHAMBERS (H. Jr.). cit., pp. 662-663.

[213] Vid supra nota 193.

[214] Cfr. *Commonwealth v. Webster*, 59 Mass. (5 Cush.) 295, 320 (1850). y *Monk v. Zelez*, 901 F.2d 885, 890 (10th Cir. 1990).

[215] "Proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt and does not lead you to think that there is a 'real possibility' that he is innocent." Federal Judicial Center, Pattern Criminal Jury Instructions 28-29 (1988). Citado por DIAMOND (H.), p. 1726, nota 87.

teóricas, etc.) no deben ser atendidas. Si no abriga esas dudas, sino que por el contrario tiene la certidumbre personal de que existe determinado hecho, entonces tendrá que constatarlo, porque de ese modo estará convencido de la verdad de aquel hecho.[216] Como afirma CHIESA: "la prueba más allá de toda duda razonable no significa certeza absoluta ni certeza matemática; es suficiente la convicción o certeza moral en un ánimo no prejuiciado".[217]

Aunque el problema pudiera parecer algo ajeno a nuestro sistema teniendo en cuenta que en Chile nos encontramos ante jueces profesionales que no requieren, como los jurados, recibir instrucciones sobre puntos de derecho, lo cierto es que la determinación del alcance del concepto "duda razonable" no puede menos que ser problemático para los propios jueces, teniendo en cuenta que se trata de un término tomado de sistemas procesales extranjeros ajenos a nuestra tradición. En este sentido, la identificación del estándar con la idea de "certeza" parece desde todo punto de vista conveniente, no sólo porque resulta difícil avanzar mucho más en la definición de duda razonable, sino porque que este concepto sí tiene en Chile una larga tradición y reconduce a los jueces, por lo tanto, a la utilización de parámetros a los que se encuentran habituados.[218]

4. LA PRUEBA ILICITA

4.1. GENERALIDADES

El primer problema que plantea el tema de la prueba ilícita es el de su denominación, ya que suele ser designado de maneras muy diversas.

---

[216] WALTER (G.), cit., p. 151.

[217] CHIESA (E.), cit., v. III, p. 378.

[218] El art. 456 bis del CdPP de 1906 establece que "Nadie puede ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgue haya adquirido, por los medios de prueba legal, la convicción de que realmente se ha cometido un hecho punible y que en él ha correspondido al procesado una participación culpable y penada por la ley". Al amparo de esta norma, la doctrina nacional ha definido el estándar de convicción vigente bajo el antiguo Código como de "certeza legal condenatoria y moral absolutoria". Vid., por todos, MORALES ROBLES (E.), cit., pp. 262-263.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos de Norteamérica, el tema es estudiado en relación con su consecuencia, la *regla de exclusión ("exclusionary rule").* Se trata de una regla que no se aplica solamente a los casos en que existe violación de una garantía constitucional, por lo que, para ser preciso, lo que solemos entender por prueba ilícita surge allí cuando la razón de la exclusión es la violación de una garantía constitucional, caso en el cual es denominada *prueba inconstitucional, ilegal o impropiamente obtenida ("illegally, improperly or unconstitutionally obtained evidence").*[219]

En Alemania, el fenómeno se conoce bajo la denominación de *prohibiciones probatorias* o *prohibiciones de prueba ("Beweisverbote").*[220] Este concepto agrupa "todas las normas jurídicas que contienen una limitación de la práctica de la prueba en el procedimiento penal"[221] y se dividen en dos grupos: las *prohibiciones de producción de la prueba,* que impiden su práctica, y las *prohibiciones de valoración de la prueba,* que impiden el aprovechamiento de sus resultados.[222]

La doctrina española utiliza diversas denominaciones. Así, por ejemplo, mientras ORTELLS –siguiendo la terminología del art. 11.1 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)– se refiere a *pruebas con violación de derechos y libertades fundamentales,*[223] MORENO

[219] Según explica CHIESA, la regla de exclusión de evidencia se refiere a una norma cuyo efecto es excluir evidencia pertinente por falta de confiabilidad de la evidencia –escaso valor probatorio– o por consideraciones de interés público. Ejemplo clásico de lo primero sería la exclusion de la prueba de referencia *(hearsay);* ejemplo de lo segundo sería, entre otras, la evidencia obtenida en violación de la protección que la Cuarta Enmienda de la Constitución Federal de los Estados Unidos proporciona en contra de detenciones, registros e incautaciones irrazonables. CHIESA (E.), cit., v. I, p. 184, nota 7.

[220] El término fue acuñado por BELING a comienzos del siglo XX en su obra *Die beweisverbote als grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess* ("Las prohibiciones probatorias como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal"). MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 15, nota al pie N° 1. GOMEZ COLOMER, por su parte, advierte que la denominación "prueba prohibida", utilizada también, habitualmente, para referirse al mismo problema, constituye una traducción incorrecta del alemán, pues la doctrina emplea la palabra "prohibiciones" siempre en plural, debido a que existen varios supuestos de prohibición y no uno solo. GOMEZ COLOMER (J.), cit., p. 133, nota 26.

[221] ROXIN (C.), cit., p. 190.

[222] Vid., por todos, GOMEZ COLOMER (J.), cit., pp. 133-138.

[223] ORTELLS (M.), *Derecho jurisdiccional* (con MONTERO AROCA, GOMEZ COLOMER y MONTON REDONDO), cit., t. III, p. 271.

CATENA la denomina indistintamente *prueba prohibida* o *prueba ilícita.*[224]

A veces, la diversa nomenclatura obedece a la consideración de diferentes categorías conceptuales, lo que tiene su origen en los esfuerzos doctrinarios por clasificar de diversas formas la prueba ilícita, atendiendo a criterios que buscan ajustar la nomenclatura a la regulación normativa local del problema. Este esfuerzo por clasificar la prueba ilícita, asignando a cada categoría resultante un nuevo nombre, ha promovido una infinidad de denominaciones que han contribuido notablemente a la confusión reinante en la materia.

Así, por ejemplo, atendiendo al momento en que se produce la ilicitud, MONTERO AROCA usa el concepto de *prueba ilícita o prohibida* para referirse a la obtención ilícita de la fuente de prueba, y *prueba ilegal* para referirse al medio de prueba que se realiza contraviniendo las normas que lo regulan.[225] Atendiendo a la jerarquía normativa de la norma infringida, GIMENO SENDRA reserva el concepto de *prueba ilícita* para referirse a la que "infringe cualquier ley", y denomina, en cambio, *prueba prohibida,* a la que "surge con violación de las normas constitucionales tuteladoras de los derechos fundamentales".[226] Atendiendo, en cambio, a la causal de la ilicitud, MIRANDA ESTRAMPES elabora una clasificación tripartita, denominando a las categorías resultantes *pruebas expresamente prohibidas por ley, pruebas irregulares o defectuosas* y *pruebas obtenidas o practicadas con violación de derechos fundamentales.*[227] Finalmente, atendiendo a las consecuencias que se asignan a la ilicitud, la prueba ilícita ha sido también clasificada en *prueba de producción prohibida,* cuando la consecuencia de la ilicitud consiste en la prohibición de admitir el elemento de prueba en el proceso, y *prueba de valoración prohibida,* cuando

[224] MORENO CATENA (V.), *El proceso penal,* v. III, pp. 2285-2286.

[225] MONTERO AROCA (J.), *La prueba en el proceso civil,* Edit. Civitas, Madrid, 1996, pp. 82 y ss., citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 29, nota 38. En la misma línea, MIRANDA ESTRAMPES distingue entre una *ilicitud extraprocesal* y una *ilicitud intraprocesal* (MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 26-29) y CAFFERATA NORES entre *obtención ilegal* e *incorporación irregular.* CAFFERATA NORES (J.), cit., pp. 18-24.

[226] GIMENO SENDRA (V.), *Derecho procesal penal* (con MORENO CATENA y CORTES DOMINGUEZ), cit., p. 384.

[227] MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 29-49.

la consecuencia de la ilicitud es una prohibición de valoración de la prueba al momento de la dictación de la sentencia.

Como si lo anterior fuera poco, en Latinoamérica se han creado nuevas categorías, reutilizando varias de las denominaciones involucradas. Así, por ejemplo, PELLEGRINI GRINOVER distingue entre *prueba ilegal*, prueba *ilegítimamente producida* y *prueba ilícitamente obtenida*. En su concepto, "se dice que la prueba es *ilegal* toda vez que su obtención configure violación de normas legales o de principios generales del ordenamiento de naturaleza procesal o material. Cuando la prohibición fue colocada por una ley procesal, la prueba será ilegítima (o ilegítimamente producida); cuando, por el contrario, la prohibición fue de naturaleza material, la prueba será ilícitamente obtenida".[228]

La elaboración de estos criterios de clasificación se basa exclusivamente en objetivos pedagógicos, sino que obedece a los marcos normativos que los diferentes sistemas establecen para la prueba ilícita y, fundamentalmente, a las consecuencias que se les asignan desde el punto de vista de su eficacia. Así, por ejemplo, la clasificación que atiende al momento en que se produce la ilicitud y a la jerarquía normativa de la norma infringida tiene especial relevancia en España, porque la doctrina debe lidiar allí con lo dispuesto por el art. 11.1. LOPJ, que reza textualmente: "No surtirán efecto las pruebas *obtenidas,* directa o indirectamente, violentando *los derechos o libertades fundamentales*" (la cursiva es nuestra). Se entiende, entonces, que desde la perspectiva del derecho español se requiera analizar los problemas de obtención como algo distinto de los problemas de incorporación, y las infracciones constitucionales como un problema distinto de las infracciones legales, con el objeto de establecer los alcances del art. 11.1. LOPJ y determinar las consecuencia jurídicas que la ley asigna a las hipótesis de ilicitud no cubiertas por dicha norma. Por otra parte, la distinción que atiende a las consecuencias de la ilicitud tiene mucho sentido en Alemania, donde las normas jurídicas distinguen explícitamente las consecuencias jurídicas de la ilicitud en cada caso, permitiendo trazar claramente una categoría de pruebas de producción prohibida y otra de pruebas de valoración prohibida, lo que ha dado origen a un intenso desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba.

[228] PELLEGRINI (A.), *Pruebas ilícitas*, cit., p. 307.

La única conclusión que se puede extraer de un panorama como el anteriormente descrito es que resulta necesario reconducir el tema a sus elementos esenciales. Sólo en la medida en que seamos capaces de focalizar el concepto de *prueba ilícita* en su denominador común, seremos capaces de distinguir los temas que realmente corresponde analizar dentro de este capítulo, de aquellos que le han sido añadidos sin otra razón que la de ajustar las denominaciones empleadas a las realidades normativas de cada sistema.

4.2. Concepto

El denominador común para la noción de prueba ilícita en todos los sistemas, que debe ser utilizado como punto de partida en la pretensión de elaborar un concepto, es la violación de garantías fundamentales ocurrida durante la etapa de instrucción con ocasión de la actividad de investigación llevada a cabo por los órganos de persecución penal.

En efecto, como hemos dicho al analizar los límites formales a la actividad de investigación,[229] ésta se desarrolla en una etapa que suele ser denominada "preprocesal" o "extraprocesal", porque es anterior al proceso penal propiamente tal. Se trata, fundamentalmente, de una actividad que tiene por objeto *obtener* los elementos probatorios (o fuentes de prueba) que serán más tarde incorporados al proceso como medios de prueba. Esta actividad está regida por el principio de investigación oficial y no forma parte de la actividad probatoria, pero se encuentra íntimamente vinculada a ella, ya que constituye su antecedente necesario.[230]

Al derecho procesal penal no le es indiferente la forma en que se obtienen los elementos de prueba, ya que es la actividad del Estado dirigida a esta finalidad la que crea mayores riesgos para el respeto de los derechos fundamentales, según se expresa habitualmente cuando se señala la existencia de una tensión existente entre estos derechos y las necesidades de la persecución penal. En un Estado democrático, el sistema procesal penal está interesado en averiguar la verdad, pero no de hacerlo

[229] Vid. supra IX.B.1.
[230] CAFFERATA NORES, *La prueba en el proceso penal,* cit., p. 41.

"a cualquier precio".[231] Lo anterior impone un límite ético a la actividad de persecución penal, que permite conceptualizar como "ilícita" la prueba obtenida mediante actos de investigación que importen la afectación de garantías fundamentales.

Previo a toda consideración en cuanto a la forma en que los distintos sistemas procesales enfrentan el problema de la prueba ilícita, parece necesario entonces definir la prueba ilícita simplemente como *aquella obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.* Definir la prueba ilícita de este modo reconduce la materia a su común denominador en los diferentes sistemas procesales y permite dejar fuera de su ámbito de preocupaciones problemas anexos que complican su análisis hasta límites intolerables.[232]

4.3. Consecuencias jurídicas de la ilicitud

El carácter ilícito de una prueba depende, como veremos más adelante, de los diferentes alcances que los sistemas jurídicos asignen a sus derechos fundamentales y de la forma en que se entiende que la actividad de investigación colisiona con ellos.

Si embargo, decidir que una prueba es ilícita no nos dice nada sobre las consecuencias jurídicas que dicha ilicitud acarrea. Una vez establecido que la prueba ha sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, la pregunta que surge inmediatamente es: ¿cuál es la consecuencia asociada a la obtención de prueba en tales circunstancias?

---

[231] Vid. infra nota 256. También tomo I, I.1.2.

[232] Descarto así, para efectos de mi análisis, los problemas planteados por la denominada *prueba irregular o ilegal,* en que existe la violación de una norma legal que no importa infracción de garantías constitucionales. (En la misma línea está CAROCCA (A.), *Una primera aproximación...,* cit., pp. 307-308.) Descarto también la infracción de garantías fundamentales que se produce con ocasión de la *rendición* o producción de la prueba durante el juicio oral. (En la misma línea está PELLEGRINI, quien afirma que "El problema de las pruebas ilícitas, así determinado, está circunscrito a la ilegalidad propia de un acto anterior o no coincidente con el de la producción en juicio". PELLEGRINI (A.), cit., p. 308. Véase, también, DIAZ CABIALE (J.) y MARTIN MORALES (R.), *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida,* Civitas, Madrid, 2001, p. 22.) Lo que propongo, entonces, es un concepto que cabe dentro de lo que MIRANDA ESTRAMPES denomina *concepciones restrictivas* de la prueba ilícita. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 20-22.

La respuesta a este problema sólo puede ser dada en dos etapas:

La primera, consiste en responder si la ilicitud de la prueba debe tener algún efecto desde el punto de vista probatorio, o debe conformarse con hacer efectivas las responsabilidades civiles, penales y administrativas del autor de la ilicitud.

La segunda, que supone la aceptación de un efecto probatorio, consiste en dilucidar si dicho efecto ha de ser la inadmisibilidad de la prueba o una prohibición de su valoración.

Nos referiremos, a continuación, a estos problemas.

4.3.1. *Eficacia o ineficacia probatoria de la prueba ilícita*

4.3.1.1. Posiciones que postulan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita

Hasta hace poco, la posición doctrinaria predominante en Iberoamérica había defendido la admisión, validez y eficacia procesal de las pruebas obtenidas ilícitamente.[233] Se trata, obviamente, de una posición ajustada a los fundamentos esenciales del sistema inquisitivo, en que la búsqueda de la verdad material aparece como un objetivo central del procedimiento.[234]

En el fondo, los partidarios de esta posición veían en la fuerza de convicción del elemento de prueba y su utilidad para el descubrimiento de la verdad, una razón suficiente para su admisión y valoración, con independencia de la forma en que hubiere sido obtenido. MUÑOZ SABATE, quien es, probablemente, el que de manera más gráfica ha explicado el punto de vista de los partidarios de esta tesis, argumentaba al respecto señalando que "El carácter expoliativo de las innumerables obras de arte egipcio guardadas en los museos de Londres y París no altera para nada las conclusiones históricas que de ellas obtuvieran un Schliemann, un Champollion o un Howard Carter".[235] En otras palabras, si el elemento probatorio ayuda en el objetivo de reconstrucción histórica, pareciera no existir ninguna razón para

[233] MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 51.
[234] Vid. tomo I, I.2.
[235] MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 78.

desconocerle admisibilidad o valor probatorio que tuviere una justificación desde el punto de vista de los objetivos del proceso.[236] Así, por ejemplo, un partidario de esta tesis defendería la admisibilidad y valoración del arma homicida encontrada en un domicilio particular, aun cuando la entrada y registro de ese lugar se hubiere efectuado sin respetar la exigencia de emisión previa de una orden judicial de entrada y registro.

Los partidarios de esta tesis no alcanzan a comprender en qué medida la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida podría resultar de utilidad desde el punto de vista jurídico. Como explicaba gráficamente Cardozo, citado por el juez Burger en voto disidente de este último, en *Bivens v. Six unknown named agents:* "El criminal va a seguir libre porque la policía ha cometido un error... Una habitación es registrada contra la ley, y el cuerpo de un hombre muerto es encontrado... La privacidad del hogar ha sido infringida, y el asesino sale libre".[237] Y más explícitamente, la Corte Suprema norteamericana en *Irvine v. California*: "El rechazo de la evidencia no hace nada por sancionar al oficial que actuó mal, mientras que puede, y probablemente provocará, liberar al imputado que actuó mal. Priva a la sociedad de sus remedios contra un quebrantador de la ley porque ha sido perseguido por otro. Protege a alguien contra el cual es descubierta evidencia incriminatoria, pero no hace nada por proteger a las personas inocentes que son las víctimas de los ilegales pero infructíferos registros".[238]

---

[236] Lo anterior significa desconocer completamente que el respeto a los derechos fundamentales esté considerado dentro de los objetivos del proceso. En palabras de MUÑOZ SABATE: "Ciertamente la Justicia debe velar por la honestidad de los medios, pero ello no significa que no pueda aprovecharse del resultado producido por ciertos medios ilícitos que ella no ha buscado de propósito. Querer exigir algo más es querer hacer política, convirtiendo al juicio de admisibilidad, como dice CORDERO, en una escolta avanzada a favor de determinados intereses ajenos al proceso". MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 78.

[237] "The criminal is to go free because the constable has blundered... A room is searched against the law, and the body of a murdered man is found... The privacy of the home has been infringed, and the murderer goes free." (Traducción nuestra.) *Bivens v. Six unknown named agents*, 403 U.S. 388, 413. La cita de CARDOZO está tomada de *People v. Defore*, 242 N. Y. 13, 21, 23-24, 150 N. E. 585, 587, 588 (1926).

[238] "Rejection of the evidence does nothing to punish the wrong-doing official, while it may, and likely will, release the wrong-doing defendant. It deprives society of its remedy against one lawbreaker because he has been pursued by ano-

Los partidarios de esta tesis no necesariamente desprecian los valores comprometidos en el respeto de las garantías constitucionales afectadas por la ilicitud, pero argumentan que en la ponderación de los valores en juego debería prevalecer la necesidad de que la sentencia definitiva responda a la verdad material, porque éste sería un interés de carácter público y, por lo tanto, preponderante ante la lesión de un derecho individual que tendría, por el contrario, un carácter privado.[239] Conjuntamente con lo anterior, argumentan que el respeto de las normas cuya infracción constituye la prueba en ilícita, puede ser obtenido sin sacrificar el valor de la verdad material, asignándole consecuencias jurídicas que no afecten su admisibilidad y valor probatorio. Entre estas consecuencias, generalmente se mencionan como disponibles las acciones de indemnización de perjuicios que puede interponer el afectado, y las sanciones penales y administrativas que se pueden imponer al funcionario que comete la ilicitud.

4.3.1.2. Posiciones que impugnan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita

La posición contraria a la posibilidad de reconocer eficacia probatoria a la prueba ilícita ha sido discutida en Estados Unidos, como se ha visto, a propósito de la *regla de exclusión ("exclusionary rule")*, que constituye propiamente una barrera puesta a la incorporación de la prueba ilícita en la fase de *admisión*. La regla de exclusión es una creación jurisprudencial, vigente en el sistema federal norteamericano a partir del caso *Boyd v. United States*.[240] En *Weeks v. United States*, la regla de exclusión aparece

ther. It protects one against whom incriminating evidence is discovered, but does nothing to protect innocent persons who are the victims of illegal but fruitless searches." (Traducción nuestra.) *Irvine v. California*, 347 U.S. 128, 136 (1954).

[239] Así resume esta posición, desde una visión crítica, la Sentencia de la Sala 2a. del Tribunal Supremo español de 29 de marzo de 1990 (R.Ar.2647). Citada por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 52.

[240] 116 U.S. 616 (1886). La discusión central de esta decisión, sin embargo, no versa sobre el problema de la eficacia probatoria de la prueba ilícita. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos, tras constatar que el requerimien-

declarada como de aplicación obligatoria en la jurisdicción federal.[241] Muy posteriormente es incorporada también a los sistemas estatales, a partir del caso *Mapp v. Ohio* del año 1961.[242]

En los Estados Unidos, donde la ineficacia de la prueba ilícita es sinónimo de inadmisibilidad a través de la regla de exclusión, se han dado tres fundamentos para la aplicación de dicha regla. Siguiendo a CHIESA, quien se refiere al tema en relación con la Enmienda Cuarta de la Constitución Federal de los Estados Unidos (protección contra detenciones, registros e incautaciones irrazonables), ellos son los siguientes:

"1°) Disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas";

"2°) Evitar que los tribunales se conviertan en cómplices de la violación de derechos fundamentales recibiendo la evidencia obtenida ilegalmente";

"3°) Impedir que el Estado se beneficie de sus propios actos ilícitos, con la consecuente erosión de la confianza ciudadana en las instituciones estatales".[243]

---

to de producción de una factura, la orden en virtud de la cual había sido emitida y la ley que autorizaba la dictación de la orden eran insconstitucionales y nulas, declaró sencillamente que, en consecuencia, la inspección por el fiscal de la factura producida en obediencia del requerimiento y su admisión como evidencia por el tribunal, eran procedimientos erróneos e inconstitucionales. 116 U.S. 616, 639.

[241] 232 U.S. 383 (1914). En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos sostuvo que, en la jurisdicción federal, la utilización de evidencia obtenida a través de un registro o incautación ilegal (illegal search and seizure) estaba prohibida por aplicación de la Cuarta Enmienda, que establece: "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized". [El derecho de las personas a la seguridad de sus personas, hogares, papeles y efectos, contra registro e incautaciones irrazonables, no será violado, y no se emitirá ninguna orden, sino sobre causa probable, apoyada por juramento o afirmación, y describiendo particularmente el lugar que será registrado y las personas o cosas que serán arrestadas o incautadas" (traducción nuestra)]. La regla de exclusión no venía impuesta explícitamente por la Constitución ni surgía de ningún acto legislativo, por lo que se trata, propiamente, de una creación judicial.

[242] 367 U.S. 643 (1961).

[243] CHIESA (E.), cit., v. I, p. 184.

De estos tres fundamentos, el que aparece como principal en la jurisprudencia norteamericana es, sin lugar a dudas, el del efecto disuasivo de la regla de exclusión *("deterrence")*, lo que evidencia una preocupación por la conducta de los agentes encargados de la persecución penal que excede, con mucho, el ámbito del caso concreto en el cual se plantea el problema.

Los partidarios de la regla de exclusión reclaman su aplicación sosteniendo que las alternativas propuestas para lograr el respeto a los derechos fundamentales (sanciones penales, civiles, administrativas) no son igualmente disuasivas, porque no se aplican efectivamente en la práctica. Las razones abarcan desde la ingenuidad que constituye pretender que los propios organismos responsables de la ilicitud o los interesados en su admisibilidad (la policía y el ministerio público) instruyan las investigaciones administrativas y penales que les competen para la aplicación de estas sanciones, hasta la escasa relación de causa-efecto que existe habitualmente entre la violación de un derecho fundamental y la existencia de perjuicios indemnizables. El juez Murphy, de la Corte Suprema de los Estados Unidos, al redactar el voto disidente en el caso *Wolf v. Colorado*, resumió esta idea en dos frases: "No hay sino una alternativa, la regla de exclusión. Que no haya ninguna sanción en absoluto".[244]

[244] "There is but one alternative to the rule of exclusion. That is no sanction at all." *Wolf v. Colorado*, 338 US. 25, 41 (1949). El argumento del juez Murphy prosigue del siguiente modo: "Little need be said concerning the possibilities of criminal prosecution. Self-scrutiny is a lofty ideal, but its exaltation reaches new heights if we expect a District Attorney to prosecute himself or his associates for well-meaning violations of the search and seizure clause during a raid the District Attorney or his associates have ordered. But there is an appealing ring in another alternative. A trespass action for damages is a venerable means of securing reparation for unauthorized invasion of the home. Why not put the old writ to a new use? When the Court cites cases permitting the action, the remedy seems complete. (...) But what an illusory remedy this is, if by 'remedy' we mean a positive deterrent to police and prosecutors tempted to violate the Fourth Amendment. The appealing ring softens when we recall that in a trespass action the measure of damages is simply the extent of the injury to physical property. If the officer searches with care, he can avoid all but nominal damages; a penny, or a dollar". ["Necesita decirse algo acerca de las posibilidades de la persecución criminal. El autocontrol es un noble ideal, pero su exaltación alcanza nuevas alturas si esperamos que un fiscal se persiga a sí mismo o a sus asociados por significativas violaciones de la cláusula contra registros e incautaciones ilegales durante una redada que el fiscal o sus asociados han orde-

4.3.1.3. Morigeración de la posición que postula la ineficacia de la prueba ilícita: teoría de la ponderación de los intereses en conflicto

Situándose entre la posición que postula la absoluta eficacia y la que postula la absoluta ineficacia de la prueba ilícita ha surgido una posición que a menudo es calificada como "intermedia".[245] En rigor, sin embargo, se trata de una posición que, aceptando la ineficacia de la prueba ilícita en principio, persigue morigerar su aplicación evitando que ella cubra casos en que el sacrificio de la verdad parece desproporcionado en relación con la entidad de la infracción al derecho fundamental comprometido.

Como explica PELLEGRINI, la tendencia dominante a aceptar la ineficacia de la prueba ilícita ha sido atenuada por otra tendencia "que apunta a corregir posibles distorsiones a que podría llevar la rigidez de la exclusión en casos de gravedad excepcional".[246] Esta tendencia ha tenido gran desarrollo en Alemania, al amparo del principio de proporcionalidad *(Verhaltnismassigkeitsprinzip)*.[247] El principio de proporcionalidad impediría aquí el sacrificio del interés en la averiguación de la verdad cuando los elementos probatorios hayan sido obtenidos con sacrificio de bienes de menor entidad.

---

nado. Pero existe una atractiva llamada a otra alternativa. Una acción por daños causados por la entrada ilegal es un venerable medio de asegurar reparación por invasiones no autorizadas del hogar. ¿Por qué no darle un nuevo uso al antiguo mandato? Cuando la Corte cita casos permitiendo la acción, el remedio parece completo. (...) Pero qué ilusorio remedio es éste, si por 'remedio' entendemos un positivo disuasivo para los policías y fiscales tentados a violar la Cuarta Enmienda. La atractiva llamada se suaviza cuando uno recuerda que en una acción por daños causados por la entrada ilegal la medida de los perjuicios es simplemente la extensión del daño a la propiedad física. Si el oficial registra con cuidado, puede evitar todos, salvo daños nominales, un centavo o un dólar" (el voto disidente continúa explicando en detalle otras dificultades para que una acción por daños prospere en casos concretos. Traducción nuestra)]. *Wolf v. Colorado*, 338 US. 25, 42-43.

[245] Ver v. gr., LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.), cit., p. 282. MIDON (M.), cit., pp. 113 y ss.

[246] PELLEGRINI (A.), cit., p. 308.

[247] PELLEGRINI (A.), cit., p. 308.

Esta posición ha sido denominada "teoría de la ponderación de los intereses en conflicto".[248]

El Tribunal Supremo Federal (BGH) ha desarrollado esta línea en Alemania al pronunciarse sobre las relaciones entre las prohibiciones de producción de prueba y las prohibiciones de valoración de la prueba,[249] esto es, al responder si pueden ser *valorados* los elementos probatorios obtenidos con incumplimiento de sus requisitos de producción, esto es, si a las prohibiciones de producción corresponden siempre prohibiciones de valoración.[250] Con la intención de dar una respuesta general a este problema, el Tribunal Supremo Federal desarrolló la "teoría del entorno jurídico" *("Rechtskreistheorie")*,[251] también traducida como "teoría del círculo jurídico",[252] "teoría de la esfera de los derechos"[253] o "teoría del ámbito de los derechos".[254] Conforme a esta teoría, en el caso de que se infrinjan prohibiciones de producción de la prueba, la posibilidad de revisar y valorar los elementos probatorios obtenidos depende de si "la lesión afecta en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente o si ella es sólo de una importancia secundaria o no tiene importancia alguna para él. En este análisis se debe considerar, ante todo, el motivo de justificación de la disposición y la cuestión acerca de en el interés de quién ha sido creada".[255]

Entre nosotros BOFILL ha hecho ver que esta tendencia surge del fracaso en el intento por establecer principios de validez general en materia de exclusión de pruebas y se traduce, en definitiva, en "la descripción de casos o grupos de ellos en los que sea posible distinguir la vigencia de un principio o criterio determinado, llevando a una ponderación de intereses en cada si-

[248] Vid., por todos, LOPEZ BARJA DE QUIROGA, (J.), cit., p. 282.

[249] Para una explicación de las diferencias entre ambas nociones véase ROXIN (C.), cit. pp. 188 a 207; GOMEZ COLOMER (J.), cit., pp. 133 a 138; o HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 27-41.

[250] ROXIN (C.), cit., p. 191.

[251] GOMEZ COLOMER (J.), cit., p. 136.

[252] BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba...*, cit., p. 5.

[253] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 31.

[254] ROXIN (C.), según traducción de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio B.J. Maier, cit., p. 192.

[255] BGHSt [GrS] 11,215. Citado por ROXIN (C.), p. 192. Véase también BOFILL, *La prueba en el proceso penal*, p. 28, y HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 30.

tuación particular".[256] Como explica HERNANDEZ BASUALTO, la doctrina del Tribunal Supremo alemán supone "una amplia ponderación en la cual debe apreciarse tanto el peso de la infracción de procedimiento, su importancia para la esfera jurídicamente protegida del afectado y la consideración de que la verdad no debe ser investigada a cualquier precio..., pero en la cual, además y entre otros, debe considerarse especialmente un criterio ya empleado con anterioridad, cual es el de los *intereses de una efectiva persecución penal*".[257] Como resulta evidente, la teoría impone así la necesidad de resolver los problemas que se presenten mediante respuestas particulares que son confiadas entonces al desarrollo de la jurisprudencia.

En España, la teoría de la ponderación de los intereses en conflicto ha sido defendida por PASTOR BORGOÑON, quien sostiene que "el interés público en la averiguación de la verdad y el derecho a la tutela judicial, en el que se incardina el derecho de las partes a la prueba, son bienes jurídicos que se protegen en nuestro ordenamiento como derechos fundamentales. En consecuencia, las fuentes de prueba obtenidas con violación de bienes jurídicos de menor entidad deben ser admitidas al proceso, sin perjuicio de las sanciones de orden civil, administrativo o incluso penal, que puedan proceder contra la persona responsable".[258] Ha tenido también reconocimiento jurisprudencial en sentencias del Tribunal Constitucional español, que, basadas en el criterio de proporcionalidad, han exigido una ponderación entre la sanción jurídica y la entidad real del defecto.[259]

La consideración de criterios que morigeran la rígida aplicación de la regla de exclusión, más que una teoría intermedia es, en mi opinión, una exigencia que surge naturalmente en el mismo momento en que se reconoce la posibilidad de excluir prueba con base en la infracción de garantías fundamentales.

---

[256] BOFILL (J.), *La prueba en el proceso penal*, cit., p. 28.

[257] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 32.

[258] PASTOR BORGOÑON, *Eficacia en el proceso de las pruebas ilícitamente obtenidas*, R. Just. 86, 2, pp. 337 y ss. Citada por LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *Instituciones...*, cit., p. 282.

[259] STC Nº 180 de 12/11/1987 y 263 de 22/12/1988. Citadas por HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 93.

Dado que, en esta materia, las declaraciones de garantías contenidas en la Constitución o en los tratados se mueven generalmente a nivel de *principios*, resulta absolutamente imposible decidir, en un caso concreto, que una infracción de este tipo se ha producido o no, sin establecer al mismo tiempo un criterio jurisprudencial válido para casos similares, que establece los alcances y los límites de la garantía fundamental en juego y genera *reglas* que los agentes de persecución penal debieran en el futuro observar. Esto es así tanto en Alemania como en España o Estados Unidos y será así también en Chile, con independencia del mayor o menor valor que deba reconocerse a la decisión, en cada sistema, conforme al valor general o particular del precedente.

4.3.2. *Ineficacia de la prueba ilícita, ¿problema de admisibilidad o problema de valoración?*

Las posiciones que afirman la ineficacia probatoria de la prueba ilícita tienen dos vertientes: la que considera que la barrera contra la prueba ilícita ha de establecerse al nivel de *admisión*, y la que considera que ella debe establecerse al nivel de *valoración*.

La diferencia dista mucho de ser banal. Establecer una barrera al nivel de la *admisibilidad de la prueba* conlleva impedir que el órgano jurisdiccional encargado de adoptar la decisión de absolución o condena conozca de manera alguna el elemento de prueba obtenido mediante la actividad ilícita. Esto significa, por ejemplo, que durante el debate contradictorio el tribunal del juicio oral no tomará conocimiento de que el arma homicida obtenida como producto de una entrada y registro ilegal fue siquiera encontrada en el domicilio del acusado. El arma, sencillamente, no existirá como elemento probatorio. Por el contrario, establecer una barrera al nivel de *valoración de la prueba*, implica aceptar que el tribunal conocerá de la existencia y circunstancias de obtención del elemento probatorio, pero sujeto a la prohibición de reconocerle valor al momento de formar su convicción. En el ejemplo, el tribunal, teniendo ante sí el arma homicida y conociendo la ilicitud de su obtención, debiera en la sentencia negarle valor como elemento probatorio, esto es, suprimirlo mentalmente como elemento válido para formar su convicción.

En mi opinión, la inadmisibilidad de la prueba es la única posición que tiene un verdadero efecto probatorio, porque resulta imposible pretender que el tribunal, después de conocido el elemento de prueba, no vea afectada su convicción por el solo hecho de haberse informado de la existencia de ese elemento. Como expresa DAMASKA: "no parece probable que la mente humana sea capaz de una manera de procesar información tan estrechamente compartimentalizada".[260] Por esta razón, cuando la prueba ilícita se ataca a nivel de valoración, lo único que realmente sucede es que los sentenciadores disfrazan, en la fundamentación de la sentencia, el impacto que en su ánimo ha causado la prueba ilícita, acudiendo a la mención de elementos probatorios válidos para justificar una convicción que, en la realidad de los hechos, han formado en sus mentes considerando *también* la prueba ilícitamente obtenida. Y esto lo hacen, incluso, actuando de absoluta buena fe, en la convicción de que son capaces de prescindir mentalmente de dichos elementos probatorios.

Como admite el propio MUÑOZ SABATE: "Bajo nuestra concepción fenoménica de la prueba es indudable que el único modo de hacer valables (sic) la tesis de quienes se oponen a la prueba ilícita sea centrando su control en la fase de admisión, pues de otro modo, una vez adquirida la prueba por el juzgador, no podrán nunca descartarse los efectos de una convicción psicológica por encima de toda inferencia lógica, y una vez más se verá obligado el juzgador, a fin de no violentar su conciencia, a revestir con argumentos tomados de otras fuentes una persuasión lograda a través de la prueba aparentemente rechazada".[261]

El énfasis con que se reconoce la importancia de controlar la ineficacia probatoria en fase de admisión ha llevado a parte de la doctrina a identificar todo el problema de la prueba ilícita como un problema de admisión de prueba.[262] Lo anterior, sin

[260] DAMASKA (M.), *Evidence law adrift*, cit., p. 48.

[261] MUÑOZ SABATE (L.), cit., p. 77.

[262] Así, por ejemplo, CAROCCA, para quien "el tema de la ilicitud de la prueba surge... en relación a la admisión de los concretos medios de prueba que pueden proponer las partes, ya que, aunque en general el medio probatorio sea procedente, en el caso concreto pueden aparecer ciertas prohibiciones para su admisión, que tienen que ver con los denominados *límites a la prueba*" (en cursiva en el original). Para CAROCCA: "Este es la ubicación (sic) de esta cuestión en el con-

embargo, es un error, ya que implica convertir en sinónimos los conceptos de *prueba ilícita* y *regla de exclusión*, en circunstancias que se trata de dos problemas distintos. La *regla de exclusión* debe ser entendida como una regla de admisibilidad de prueba que permite impedir, en fase de admisión, que sea incorporada al juicio la *prueba ilícita*, pero que opera también en virtud de otras causas diversas de la ilicitud probatoria.[263] Por su parte, el fenómeno de la prueba ilícita no sólo puede ser enfocado como un problema de *admisibilidad* de la prueba, sino también como un problema de *valoración* o, en términos más generales, de *inutilizabilidad* o *ineficacia* de la prueba obtenida ilícitamente. Es en este sentido más general que lo consideramos en esta obra.

4.4. El fundamento de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita

El tema de la prueba ilícita ha surgido en el derecho procesal penal chileno sólo con la entrada en vigencia del CPP del año 2000. Se trata de la imposición legislativa de una problemática que era, hasta esa fecha, completamente extraña a nuestra tradición inquisitiva y que carecía, casi absolutamente, de consideración doctrinaria y jurisprudencial.[264]

Esta circunstancia torna el problema de la prueba ilícita particularmente complejo, porque, dentro de una cultura fuertemente inquisitiva como la nuestra, la prescindencia de elementos

texto de una moderna consideración de los problemas en torno a la prueba". CAROCCA (A.), *Una primera aproximación...*, cit., p. 306.

[263] Así, por ejemplo, se aplica en Chile a la prueba *impertinente*, conforme a lo previsto por el art. 276 CPP. Algo similar ocurre en Estados Unidos con la prueba inadmisible por falta de confiabilidad. Vid. supra nota 220.

[264] De hecho, con anterioridad al proceso de reforma solo se encuentran referencias al tema en BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba en el proceso penal*, Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988; *Garantías constitucionales y proceso penal*, Gaceta Jurídica N° 146, 1992, y *La prueba en el proceso penal*, RDJ, tomo XCI, N° 1, año 1994. A la inexistencia de antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales relativos al tema en el derecho procesal penal chileno previo a la reforma, me he referido anteriormente en LOPEZ MASLE (J), *El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, SELA 1998, Buenos Aires, 1999, pp. 203-222.

probatorios pertinentes y útiles para el esclarecimiento de la verdad en función de su ilicitud parece un hecho incomprensible, en cuanto obstaculiza la única finalidad que se reconocía al proceso penal en dicho sistema, esto es, la reconstrucción histórica de la verdad.

Por lo anterior, resulta imprescindible detenernos un momento en los fundamentos que se han dado para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, ya que sólo después de haber comprendido y aceptado éstos es posible abocarse al estudio de las normas que así lo ordenan. La comprensión y aceptación de estos fundamentos permitirá, al mismo tiempo, resolver muchos de los problemas interpretativos que la prueba ilícita plantea.

A mi modo de ver, son tres los principales fundamentos para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita: primero, la necesidad de evitar que las decisiones judiciales en materia penal se vean influenciadas por la presentación de prueba que no satisface exigencias mínimas de credibilidad (criterio de confiabilidad de la evidencia); segundo, la necesidad de asegurar que las decisiones judiciales en materia penal no se basan en medios ilícitos (criterio de la integridad judicial), y tercero, la necesidad de disuadir a los agentes de la persecución penal pública de violar garantías fundamentales en el curso de investigaciones criminales (criterio de la prevención o disuasión).

A continuación, analizaremos estos fundamentos en el mismo orden.

4.4.1. *Criterio de la confiabilidad de la evidencia*

El primer fundamento invocado para reclamar la ineficacia de la prueba ilícita aparece asociado a consideraciones de verdad material. Este criterio es el que predomina en la primera fase de justificación norteamericana de las reglas de exclusión de confesiones involuntarias, las que se entendían concebidas como un sistema de salvaguardas contra confesiones falsas.[265] Como se observa, el fundamento de la exclusión no consiste aquí en un

[265] ISRAEL (J.), KAMISAR (Y.) y LaFAVE (W.), cit., p. 267. En el mismo sentido, DAMASKA (M.), *Evidence law adrift*, cit., p. 13.

reparo a los medios empleados para la obtención de la evidencia, sino a la dificultad de confiar en la prueba obtenida de ese modo. Desde esta perspectiva, por ejemplo, la razón invocada para excluir una confesión obtenida bajo tortura sería la desconfianza en torno al hecho de que la confesión obtenida por ese medio sea verdadera y no una simple concesión para que la tortura cese; del mismo modo, podría entenderse que la justificación para excluir la prueba obtenida en un registro sin orden judicial sería la desconfianza de que la prueba obtenida de ese modo haya sido realmente encontrada en el lugar o en las condiciones en que la policía lo reporta posteriormente y no, por ejemplo, "plantada" por los propios agentes de la persecución penal.

Como observa HAIRABEDIAN, se trata de casos en que "la ilicitud puede afectar la aptitud de la evidencia para reflejar la verdad y puede permitir o provenir de una manipulación del elemento de prueba".[266]

Aunque es evidente que en muchos casos la infracción de garantías fundamentales en la obtención de la evidencia afecta su credibilidad, considerar que éste es el único fundamento de la prueba ilícita resulta sumamente reduccionista, porque se trata de un criterio que permanece ligado a consideraciones de verdad material, las que podrían perfectamente resolverse por vía de valoración de la prueba sin necesidad de que operara una declaración formal de la ineficacia de la prueba ilícitamente obtenida. Se trata, además, de un fundamento que tolera todos los atentados a las garantías fundamentales que no pongan en cuestión la credibilidad de la prueba obtenida y permite siempre la legitimación del acto ilícito a través de la corroboración posterior de la verdad del hecho acreditado. Aunque hoy por hoy se encuentra absolutamente abandonado, no debe perderse de vista, porque aparece muchas veces inspirando erróneamente decisiones sobre prueba ilícita que buscan reducir el instituto a su mínima expresión.

[266] HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 41.

4.4.2. *Criterio de la integridad judicial*

El fundamento de la integridad judicial, por el contrario, propone la ineficacia de la prueba ilícita por razones absolutamente ajenas a la búsqueda de la verdad material. Esto significa que, independientemente de lo confiable que pueda resultar el elemento probatorio ilícitamente obtenido, lo que justifica la regla de exclusión es la convicción de que en la persecución penal no pueden admitirse métodos que "ofenden el sentido comunitario de juego limpio y decencia".[267] En nuestro ejemplo, no es la desconfianza en la confesión obtenida bajo tortura, sino la reprobación que nos produce la tortura en sí misma como método de investigación la que justifica la aplicación de la regla.

Como se observa, la razón que justifica la ineficacia de la prueba, bajo este criterio, es la necesidad de que, en la persecución de un fin estatal, el Estado emplee medios lícitos, preservándose así la integridad judicial.

El criterio se identifica con una fase más avanzada de justificación de la exclusión de confesiones involuntarias en la jurisprudencia norteamericana, que funda la regla de exclusión en una preocupación por la mala conducta y los métodos policiales ("police misconduct" o "police methods" rationale).[268] El cri-

[267] La frase fue acuñada por el juez Frankfurter en *Rochin v. California,* al señalar que las confesiones involuntarias eran inadmisibles bajo la Cláusula del Debido Proceso, aunque las afirmaciones contenidas en ellas puedan ser establecidas independientemente como verdaderas, porque ellas "offend the community's sense of fair play and decency" (traducción nuestra). *Rochin v. California,* 342 U.S. 165 (1952), citado por ISRAEL (J.), KAMISAR (Y.) y LaFAVE (W.), cit., p. 268.

[268] El cambio desde el criterio de poca confiabilidad de la evidencia al criterio de los "métodos policiales" (police methods) o "mala conducta policial" (police misconduct), se desarrolla en la jurisprudencia norteamericana a partir de *Ashcraft v. Tennessee,* 322 U.S. 143 (1944) y alcanza su mayor expresión en *Rogers v. Richmond,* 365 U.S. 534 (1961). En este último caso el juez Frankfurter sostuvo, en voto disidente: "(Convictions based on involuntary confessions must fall) not so much because such confessions are unlikely to be true but because the methods used to extract them offend an underlying principle in the enforcement of our criminal law; that ours is an accusatorial and not an inquisitorial system (...)The attention of the trial judge should have been focused (on whether the) police behavior was such as to overbear petitioner's will to resist and bring about confessions not freely self determined –a question to be answered with complete disregard of whether or not a petitioner in fact spoke the truth". ["(Las condenas basadas en confesiones involuntarias deben caer) no tanto porque sea improbable que tales confesiones sean verdaderas sino porque los métodos usados para

terio de la integridad judicial aparece explícito en el voto disidente del juez Brandeis en *Olmstead v. United States* cuando afirma que "La decencia, la seguridad y la libertad, por igual, demandan que los oficiales de gobierno estén sometidos a las mismas reglas de conducta que constituyen mandatos para los ciudadanos. En un gobierno de leyes, la existencia misma del gobierno estaría en peligro si éste fallara en observar la ley escrupulosamente. Nuestro gobierno es el potente y omnipresente profesor. Para bien o para mal, él enseña a toda la gente a través de su ejemplo. El crimen es contagioso. Si el gobierno se convierte en un infractor de la ley, engendra desprecio por la ley; invita a cada hombre a ser la ley de sí mismo; invita a la anarquía. Declarar que en la administración del derecho criminal el fin justifica los medios –declarar que el gobierno puede cometer delitos en orden a asegurar la condena de un criminal particular– traería una terrible retribución. Contra esta perniciosa doctrina esta Corte debería dar la cara resueltamente".[269] Esta idea fue aceptada más tarde en *McNabb v. United States*, caso en el cual se sostuvo que "una condena que descanse en evidencia conseguida a través de semejante flagrante desprecio por el procedimiento que el Congreso ha ordenado no puede permitirse que se mantenga sin convertir a los propios tribunales en

extraerlas ofenden un principio subyacente en la aplicación de nuestro derecho penal; que el nuestro es un sistema acusatorio y no inquisitivo (...) La atención del juez debe centrarse (en si la) conducta de la policía fue tal como para imponerse a la voluntad del peticionario de resistir y entregar una confesión que no fue libremente autodeterminada –una pregunta que debe ser respondida con absoluta indiferencia sobre si el peticionario dijo o no la verdad" (traducción nuestra)]. Citado por ISRAEL (J.), KAMISAR (Y.) y LaFAVE (W.), cit., p. 269.

[269] "Decency, security, and liberty alike demand that government officials shall be subjected to the same rules of conduct that are commands to the citizen. In a government of laws, existence of the government will be imperiled if it fails to observe the law scrupulously. Our government is the potent, the omnipresent teacher. For good or for ill, it teaches the whole people by its example. Crime is contagious. If the government becomes a lawbreaker, it breeds contempt for law; it invites every man to become a law unto himself; it invites anarchy. To declare that in the administration of the criminal law the end justifies the means –to declare that the government may commit crimes in order to secure the conviction of a private criminal– would bring terrible retribution. Against that pernicious doctrine this court should resolutely set its face" (traducción nuestra). *Olmstead v. United States*. 277 U.S. 438, 485.

cómplices de deliberada desobediencia de la ley".[270] El criterio fue aparentemente denominado como de "integridad judicial" a partir de *Elkins v. United States*, en el cual el voto de mayoría aludió a esta consideración como el "imperativo de la integridad judicial".[271]

El mismo criterio ha sido explicitado por el Tribunal Supremo Federal Alemán, al señalar que en materia penal "no es un principio de la StPO (Ordenanza Procesal Penal Alemana) que la verdad deba ser averiguada a cualquier precio".[272] Como explica ROXIN: "El esclarecimiento de los hechos punibles no sujeto a límite alguno entrañaría el peligro de destruir muchos valores colectivos e individuales. Por ello, la averiguación de la verdad no es un valor absoluto en el procedimiento penal; antes bien, el propio proceso penal está impregnado por las jerarquías éticas y jurídicas de nuestro Estado".[273]

El criterio de integridad judicial tiene en su base la idea de correlación entre fines y medios, esto es, la idea de que un fin lícito como es la sanción de los delitos no puede ser perseguido por cualquier medio. Como ha dicho, entre nosotros, BOFILL, "el Estado no puede olvidar que sus propias acciones están limitadas por el principio del Estado de Derecho, puesto que constituiría un contrasentido sin solución defender ciertos y determinados valores sociales con medios que suponen, precisamente, un desconocimiento de estos valores. Dicho de otro modo: el Estado de Derecho se abandonaría a sí mismo si para combatir a sus oponentes violara los límites que le impone el principio del Estado de Derecho".[274]

---

[270] "A conviction resting on evidence secured through such a flagrant disregard of the procedure which Congress has commanded cannot be allowed to stand without making the courts themselves accomplices in willful disobedience of law" (traducción nuestra). 318 U.S. 332, 345.

[271] En este caso la Corte recordó los precedentes de los votos disidentes del caso *Olmstead* denominando a la consideración "the imperative of judicial integrity" (traducción nuestra). *Elkins v. United States*, 364 U.S. 206, 222.

[272] BGHSt 14, 358, 365. Citada por ROXIN (C.), cit., p. 191.

[273] ROXIN, cit., p. 191.

[274] BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba*, cit., p. 235. Señala también BOFILL que: "Los jueces, en cuanto órgano del Estado, son los primeros obligados a obedecer y realizar el mandato constitucional. Representaría una doble moral inaceptable el hecho de acoger como válida una prueba tal, ilícitamente obtenida, con el fin de sancionar a un sujeto por una conducta indebida". Idem, p. 236.

4.4.3. *Criterio de la prevención*

Muy ligado al anterior en cuanto se funda también en consideraciones de política pública (policy), ajenas a la búsqueda de la verdad, se ha dicho que constituiría un fundamento independiente para sostener la ineficacia de la prueba ilícita el interés de disuadir o desalentar a los agentes estatales encargados de la persecución penal de violar los derechos fundamentales de las personas, criterio que aparece como principal en la jurisprudencia norteamericana más reciente y que se conoce como *"deterrence"*.[275]

El criterio puede ser muy bien explicado como un mensaje dirigido a la policía y, también, a los demás agentes de la persecución penal, en orden a disuadirlos de violar las garantías fundamentales privando de eficacia el resultado de las actuaciones que lo hagan. El mensaje puede perfectamente ser verbalizado: "No lo haga, no se arriesgue, porque en ese caso no sirve".[276]

Se ha afirmado que este fundamento sería *utilitarista*, afirmación que me parece correcta en cuanto justifica la exclusión de prueba sobre la base de un interés público que excede el marco del caso concreto en el cual se resuelve la exclusión de la prueba y favorece un mayor goce general de las libertades individuales, pero incorrecto en cuanto pretenda asociárselo a puro pragmatismo ajeno a consideraciones de orden ético.[277] No puede desconocerse, sin embargo, que el énfasis puesto por la jurisprudencia norteamericana en este fundamento ha tenido principalmente por objeto restringir la aplicación de la regla de exclusión sosteniendo que la ilicitud no sería suficiente para

[275] CHIESA (E.), cit., t. I, p. 185.

[276] Esta forma de verbalizar el mensaje es atribuida por HAIRABEDIAN a CAFFERATA NORES. HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia de la prueba ilícita...*, cit., p. 47.

[277] Así, HERNANDEZ BASUALTO, quien tras calificar este fundamento de *utilitarista* lo entiende como contrapuesto a un fundamento *ético*, que sería el criterio de preservación de la integridad judicial. (HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 14, 28 y 63-64). Entendiendo el utilitarismo como una corriente de la ética, no alcanzo a ver en qué sentido el fundamento de preservación de la integridad judicial pueda ser más "ético" que el fundamento de la *deterrence*. Lo que el fundamento de la *deterrence* plantea es que, excluyendo la prueba en ese caso particular, se logrará obtener un mayor goce de las libertades individuales y una persecución penal más íntegra en un sinnúmero de otros casos. Esto es puro utilitarismo, pero también pura ética.

excluir prueba si no puede justificarse adicionalmente que dicha exclusión pueda cumplir algún rol disuasivo en la conducta de la policía.

Como explica CHIESA, el criterio de la *"deterrence"* supone que la exclusión de evidencia opera cuando el balance de intereses entre la búsqueda de la verdad y el valor disuasivo de la regla de exclusión es favorable a esta última, de manera que cuando ello no sucede, se establecen excepciones a la aplicación de la regla.[278] En este sentido, la consideración del criterio de prevención como un fundamento autónomo y distinto del criterio de preservación de la integridad judicial morigera la aplicación de la regla de exclusión y permite admitir prueba ilícita en casos que bajo este último criterio serían inaceptables.

En cualquier caso, lo que tienen en común el criterio de la preservación de la integridad judicial y el criterio de prevención es que ellos operan con independencia de consideraciones de verdad material y, de hecho, propugnan el sacrificio de esa verdad en pos de valores que se sitúan en un rango superior. Se trata de criterios que de ningún modo son excluyentes, sino que pueden perfectamente entenderse conjuntamente como fundantes de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, criterio que, nos parece, debiera inspirar la aplicación del instituto en Chile.

En definitiva, sólo asumiendo que el proceso penal cumple otros objetivos de igual o mayor rango –esto es, la protección de los derechos fundamentales del imputado y de la sociedad toda ante el poder de persecución penal del Estado– es posible comprender la ineficacia de evidencia pertinente y útil en el caso concreto. En todas las situaciones en que se obtiene prueba ilícitamente se produce, sin duda, una tensión entre las necesidades de la persecución penal en ese caso y la necesidad de asegurar el respeto de las libertades individuales en todos los casos. El sacrificio del primer valor en pos del segundo supone una jerarquía de valores que sólo tiene cabida en el estado de derecho propio de un régimen democrático.

[278] CHIESA (E.), v. I. p. 189.

4.5. Hipótesis legales de prueba ilícita

La norma legal que incorpora la consideración de la prueba ilícita como parte esencial del control de garantías dentro del sistema procesal penal chileno se encuentra contenida en el inciso 3º del art. 276 CPP, en que, tras enunciarse la regla de exclusión que se aplica a la prueba sobreabundante e impertinente, se señala:

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

A partir del tenor literal de esta norma, se ha sostenido que la prueba ilícita en Chile comprendería dos hipótesis alternativas. Sería prueba ilícita, primero, la que *proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas* y, segundo, la que *hubiere sido obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.*[279]

Analizaremos la efectividad de esta afirmación al analizar por separado ambas hipótesis, en orden inverso.

4.5.1. *Hipótesis principal: prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales*

Hemos dicho ya que la inobservancia de garantías fundamentales cometida con ocasión del acto de investigación en virtud del cual se ha obtenido la prueba constituye el denominador común a todas las definiciones de prueba ilícita existentes en los diferentes sistemas, por lo que su inclusión como hipótesis resulta consustancial a la consagración del instituto.

Como se puede apreciar, el establecimiento de la prueba ilícita, en este caso, resulta de la impugnación de un acto de investigación como constitutivo, en forma directa, de una infracción constitucional. Por garantías fundamentales debemos entender, para estos efectos, todas aquellas que se encuentran contenidas en la Constitución Política de la República o en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.[280]

[279] Así lo entiende HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 43.
[280] Así también, CAROCCA (A.), *Una primera aproximación...*, cit., p. 308.

Pretender determinar el alcance que debe darse a las garantías fundamentales en relación con los actos de investigación que podrían llegar a afectarlas es, sin lugar a dudas, una tarea jurisprudencial que nuestro CPP ha puesto fundamentalmente sobre los hombros del juez de garantía, por la vía de decisiones sobre exclusión de prueba (art. 276 CPP) de las cortes de apelaciones, conociendo de las apelaciones interpuestas por el ministerio público contra esas decisiones (art. 277 inc. final CPP), y de la Corte Suprema, por la vía del recurso de nulidad (art. 376 inc. 1° CPP).

4.5.2. *Hipótesis secundaria: prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas*

El hecho de que la ley haya considerado necesario reconocer como segunda hipótesis de prueba ilícita su origen en actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas sólo puede entenderse de una de dos maneras: la primera, es que frente a la ilicitud probatoria originada en violación de garantías fundamentales existirían casos en que la violación afecta normas de rango legal que no alcanzan a constituir violación de derechos fundamentales. En este último caso, estaríamos ante lo que la doctrina española suele denominar *prueba irregular* o *ilegal*.[281] Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria es una forma en que el CPP extiende la regla de exclusión de prueba a la *prueba irregular*, resolviendo así un problema arduamente discutido por la doctrina española.[282] La segunda manera es entender que frente a la ilicitud probatoria derivada directamente de la infracción de de-

[281] Vid., por todos, MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 47.

[282] Véase MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 67-84. Nótese que la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español citada por este autor ha trazado una distinción entre *prueba ilícita*, fundada en vulneración constitucional al amparo del art. 11.1 LOPJ, y *prueba irregular*, fundada en el incumplimiento de exigencias procesales o legales previstas en la LECr y resuelto a través del régimen de nulidad, con consecuencias distintas para cada caso. Así, mientras en el evento de prueba ilícita el resultado debiera tenerse como inexistente y el vicio contaminar todas las diligencias probatorias derivadas, en el caso de prueba irregular la nulidad no afectaría la validez de las pruebas derivadas de él. Este tipo de dudas es la que, a mi modo de ver, resuelve el art. 276 CPP al prodigar a ambas hipótesis un tratamiento unitario.

rechos fundamentales existe una segunda categoría en que hay una norma legal que concreta o precisa la garantía fundamental involucrada, de tal manera que para declarar la ilicitud probatoria no es necesario acudir a la determinación de los alcances de la garantía constitucional involucrada, porque tal violación se encuentra "objetivada" por una disposición de carácter legal.[283] Si se entendiera el problema de este modo, habría que concluir que la hipótesis secundaria en el CPP chileno es una forma de reconocer la existencia de una declaración "anticipada" de la ilicitud probatoria, en el sentido de que es anterior a la audiencia de preparación del juicio oral, que impone al juez la exclusión automática de la prueba obtenida de ese modo y lo libera de la necesidad de entrar a considerar recién en ese momento si existe o no violación de garantías fundamentales.

Como se observa, si entendemos el problema del primer modo, la hipótesis de nulidad como base de la regla de exclusión queda fuera del concepto de prueba ilícita en el sentido restringido en que lo utilizamos en esta obra; si entendemos el problema del segundo modo, la hipótesis de nulidad, en cambio, no sólo queda incorporada dentro del marco del concepto de prueba ilícita que utilizamos en este trabajo sino que aporta, además, a su sistemática, la idea de que es posible acudir a las reglas sobre nulidad probatoria para determinar la ineficacia probatoria anticipadamente, esto es, en forma previa a la aplicación de la regla de exclusión.

Más allá de sus repercusiones sistemáticas, sin embargo, nos parece que ambas modalidades son completamente válidas des-

[283] En el mismo sentido y aplicando la idea de *prohibición probatoria*, MIRANDA ESTRAMPES afirma que éstas "pueden dimanar de la propia consagración constitucional de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales, de tal forma que, aun no existiendo una disposición legal expresa de carácter prohibitivo, quedaría vedada toda actuación o práctica de prueba que violase tales derechos fundamentales", caso en el cual afirma que nos encontraríamos "ante lo que podríamos denominar prohibiciones probatorias implícitas o tácitas, no especificadas expresamente como tales en la ley". MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 31. La distinción recuerda, también, la que existe en Alemania para distinguir entre prohibiciones de valoración dependientes, que "suponen la infracción de una prohibición de producción de prueba, establecida con rango legal", y las prohibiciones de valoración independientes, "que no suponen una tal infracción previa, sino que derivan directamente de un principio general, habitualmente consagrado en la Constitución". HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 29.

de un punto de vista normativo, esto es, que la incorporación de esta hipótesis secundaria en el art. 276 CPP cumple ambas funciones.[284] En efecto, si consideramos, en primer lugar, el problema de la prueba irregular o ilegal, parece evidente que no basta con reconocer su existencia como alternativa a la de la prueba inconstitucional o *ilícita,* sino que es necesario resolver qué sucede cuando los agentes de la persecución penal incurren en tal tipo de ilegalidad. La lógica de la admisibilidad probatoria se traicionaría a sí misma si, fundada en el alcance constitucional del concepto de *prueba ilícita,* decidiera que está obligada a reconocer admisibilidad y eficacia a la prueba irregular o ilegal.[285] La respuesta más razonable para este problema parece ser, entonces, la que ofrece el art. 276 CPP: que estas situaciones deben resolverse por la vía de la nulidad procesal y, de esta manera, ser declaradas ineficaces, lo que conllevará los mismos efectos de ineficacia probatoria que la declaración de ilicitud con base en inobservancia de garantías fundamentales.[286] En segundo lugar, si consideramos el caso de las garantías fundamentales objetivadas por una disposición legal, la respuesta más razonable sigue siendo la que ofrece el art. 276 CPP: que se permita al juez de garantía pronunciarse a través del incidente de nulidad en torno a la ineficacia probatoria del elemento obtenido a través del acto cuestionado, permitiendo así resolver de manera consistente el problema de la eficacia de la prueba ilícita durante la etapa de investigación. Se trata, además, de una conclusión que es absolutamente coherente con la función reconocida a las formas procesales como mecanismos legales para el resguardo de garantías.[287]

[284] En este sentido me parece falso el dilema planteado por HERNANDEZ BASUALTO, quien considera que es necesario resolver si las dos hipótesis del art. 276 CPP están o no en una relación de género a especie, donde la inobservancia de garantías fundamentales sería el género y la declaración de nulidad de la actuación, la especie. HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 43-44.

[285] Según MIRANDA ESTRAMPES, parte de la doctrina española piensa, con base en el tenor literal del art. 11.1 LOPJ, que se refiere exclusivamente a la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales, que la prueba irregular sería plenamente admisible y eficaz. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 67.

[286] Así lo entienden PELLEGRINI (A.), cit., p. 307. En la doctrina española están en la misma línea VEGAS TORRES (J.), cit., p. 125, y FERNANDEZ ENTRALGO (J.), *Las reglas...,* cit., p. 124, citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 71.

[287] Al respecto véase BINDER (A.), *El incumplimiento de las formas procesales,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 55-117.

Debe advertirse, sin embargo, que la extensión que alcanzan estas aplicaciones en el procedimiento penal chileno están condicionadas al alcance que se le reconoce en el mismo a la nulidad procesal, problema sobre el cual volveremos más adelante.[288]

4.6. Oportunidad para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile

En Chile, la ineficacia de la prueba ilícita aparece legalmente reconocida en el art. 276 CPP como un problema que afecta la admisibilidad de la prueba ofrecida, que debe ser por lo tanto declarada en la audiencia de preparación del juicio oral y cuya denegación puede ser luego revisada por la vía del recurso de nulidad.[289] Adicionalmente, sin embargo, se ha postulado que sería posible también que el tribunal de juicio oral declarara la ineficacia de la prueba durante la audiencia del juicio oral, fundado en que la ilicitud no fue declarada oportunamente por el juez de garantía. Surge también el problema de determinar si es posible cuestionar la eficacia probatoria de la prueba ilícita durante la etapa de investigación. A estas cuatro oportunidades para plantear el problema de la ilicitud probatoria me referiré en las líneas siguientes.

4.6.1. *La ilicitud de la prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral*

La regla que hace operativa en materia procesal penal la inadmisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida, es la denominada *regla de exclusión de prueba* y se encuentra consagrada en Chile en el art. 276 inc. 3º CPP, que ordena al juez de garantía excluir, durante la audiencia de preparación del juicio oral, "las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con

[288] Vid. infra IX.C.4.6.4.1.

[289] Como hemos visto, la resolución que ordena la exclusión de prueba puede, en cambio, ser apelada, pero sólo por el ministerio público. Vid. supra VIII.2.5.6.

inobservancia de garantías fundamentales". La audiencia de preparación del juicio oral resulta ser, así, por excelencia, la oportunidad legal para controlar la licitud de la prueba.

El hecho de que la ley haya asignado al juez de garantía –y no al tribunal de juicio oral– la función principal en la exclusión de prueba ilícita, evidencia que el sistema procesal penal chileno manifiesta una preferencia por establecer el control de la prueba ilícita a nivel de admisibilidad, a objeto de evitar que el tribunal de juicio oral llegue siquiera a tomar conocimiento del elemento probatorio ilícitamente obtenido. Para asegurar la efectividad de la exclusión, el CPP no ha incluido la decisión sobre exclusión de prueba entre las menciones que deben incorporarse al auto de apertura y ha precisado que las pruebas que se fijan en dicha resolución no son las que las partes han ofrecido, sino las que han sido *admitidas* por el juez de garantía, esto es, "las que deberán rendirse en el juicio oral" (art. 277 letra e) CPP). Discutiendo modificaciones al texto original de esta norma, en las actas del Senado se dejó constancia que su propósito "obedece a que esta audiencia debe fijar el contenido del juicio oral, y precisamente se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos".[290] Al acordarse el establecimiento de un recurso de apelación contra la resolución que ordena la exclusión de prueba ilícita, se precisó también en el Senado que: "De esta forma se evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos que no podrá después valorar".[291] Resulta evidente, entonces, que la función de control de la prueba ilícita está puesta en nuestro sistema sobre los hombros del juez de garantía y durante la audiencia de preparación del juicio oral, lo que supone un control impuesto en la fase de admisibilidad por un órgano distinto del que intervendrá en la fase de valoración y, resulta indudablemente eficiente para impedir cualquier tipo de valoración, formal o informal, por parte del tribunal que adoptará la decisión de absolución o condena.

[290] PFEFFER (E.), cit., p. 285.
[291] PFEFFER (E.), cit., p. 285.

La solución chilena parece desde todo punto de vista preferible a la de aquellos países que han puesto el control de licitud de la prueba en manos del propio tribunal que juzgará sobre los hechos, lo que ha sido considerado siempre como un elemento distorsionador de la eficacia del control. Al fijar el control de admisibilidad en un órgano distinto y liberar así al tribunal del juicio oral de la insoportable carga de discriminar entre los elementos de prueba que debe considerar y dejar de considerar para formar su convicción, el sistema chileno reproduce la separación entre admisibilidad y valoración que existe en los tribunales bifurcados, en que el juez del derecho controla la admisibilidad de la evidencia que llega a oídos de los jueces de los hechos (jurado), otorgando la que ha sido considerada como la más eficiente garantía de control para la efectiva ineficacia de la prueba ilícita.[292]

4.6.2. *La ilicitud de la prueba como fundamento del recurso de nulidad*

Ahora bien, puede perfectamente suceder que el juez de garantía falle en el control de admisibilidad de la prueba, admitiendo que sea rendida en el juicio oral prueba ilícitamente obtenida. Esta situación puede dar lugar a la nulidad del juicio y la sentencia a través del recurso de nulidad contemplado en los artículos 372 y siguientes CPP.

Así lo declara explícitamente el inciso final del artículo 277 CPP, que, al limitar la aplicación del recurso de apelación del auto de apertura al caso en que la resolución excluya prueba y no al caso en que se niegue lugar a la exclusión, agrega en la parte final, a modo de compensación: "Lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales".

Evidentemente, la rendición durante el juicio oral de prueba obtenida ilícitamente debe ser impugnada invocando la causal de la letra a) del art. 373 CPP, que declara procedente la

[292] DAMASKA (M.), cit., p. 47.

declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia "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".

Aun cuando la responsabilidad deba imputarse al juez de garantía que admitió la prueba y no al tribunal del juicio oral que la recibe y valora, lo cierto es que, para los efectos del art. 373 letra a) CPP, la *recepción de prueba ilícita* por el tribunal de juicio oral es, indudablemente, una infracción sustancial de derechos o garantías cometida *durante la tramitación del juicio,* así como la *valoración de prueba ilícita es una infracción cometida en el pronunciamiento de la sentencia.*[293]

Los derechos fundamentales afectados pueden ser cualesquiera de los contenidos en el catálogo de la Constitución o de los tratados internacionales sobre derechos humanos, aunque, por las características del problema de la ilicitud probatoria, resulta previsible esperar que entre ellos adquieran especial relevancia los que dicen relación con el derecho de defensa, especialmente principio de no autoincriminación (art. 19 N° 3° CPR; art. 8° CADH; art. 14 PIDCP), el derecho a privacidad (art. 19 N^{os} 4° y 5° CPR; art. 11 CADH; 17 PIDCP) y el derecho a la libertad personal y seguridad individual (art. 19 N° 7° CPR; art. 7° CADH; arts. 7°, 9° y 10 PIDCP).

El conocimiento del recurso corresponde siempre, en este caso, a la Corte Suprema (art. 376 CPP), lo que manifiesta la intención de entregar a ésta la última palabra en materia de ba-

[293] En este sentido, es erróneo el criterio insinuado por nuestra Corte Suprema en algunos fallos recientes, conforme al cual la exigencia legal del art. 373 letra a) CPP de que la infracción se hubiere cometido "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia" y el art. 161 CPP impedirían que las infracciones constitucionales cometidas durante la etapa de investigación pudieran servir posteriormente de fundamento a un recurso de nulidad. Ese criterio no advierte que muchas infracciones que pueden servir de base al recurso de nulidad no son impugnables a través del incidente de nulidad y deja sin aplicación el inciso final del art. 277 CPP, que prevé explícitamente el recurso de nulidad para el control de la decisión adoptada en esta materia. Vid. sentencia de la Corte Suprema de 30 de junio de 2003 en recurso de nulidad rol N° 1.831-03, RPP N° 12, agosto de 2003, pp. 30 y ss. y sentencia de la Corte Suprema de 27 de noviembre de 2003 en recurso de nulidad rol N° 4.502-03, RPP N° 17, enero de 2004, pp. 33 y ss.

lance entre el interés de la persecución penal del Estado y la protección de los derechos fundamentales, a través de la elaboración de una jurisprudencia consistente en esta materia. De esta intención quedó explícita constancia en las actas legislativas.[294]

En la resolución de un recurso de nulidad interpuesto por la causal del art. 373 letra a) CPP con base en la admisión indebida de prueba ilícitamente obtenida, adquirirá especial relevancia la determinación de si la prueba así incorporada constituye o no una infracción de la sentencia recurrida que haya influido en su parte dispositiva.[295] En este sentido, se puede afirmar que nuestro sistema procesal penal confluye con la doctrina norteamericana del "error inofensivo" (*harmless error*), conforme al cual el error en la admisión de la prueba de cargo en violación de la regla de exclusión no acarrea necesariamente la revocación de la convicción aunque implique violación de derechos constitucionales, si el tribunal superior queda convencido más allá de duda razonable de que, de no haberse cometido el error, el resultado hubiere sido el mismo.[296]

Frente a la aplicación natural de la regla de exclusión en la audiencia de preparación del juicio oral, posteriormente controlada por la vía de los recursos de apelación y de nulidad, se ha planteado el problema de resolver qué sucede con la prueba ilícita antes y después de ese momento crucial. En ausencia de normas legales que regulen el tratamiento que debe darse a la prueba ilícita antes y después de esa oportunidad procesal, parece obvio plantearse dos preguntas: La primera: ¿tiene el tribunal del juicio oral alguna facultad para resolver la ilicitud de prueba que no ha sido declarada como tal por el juez de garantía en la audiencia de preparación?; la segunda: ¿puede declararse la ilicitud de la prueba con anterioridad a la audiencia de preparación del juicio oral? Son esas preguntas las que trataré de responder en los apartados siguientes.

---

[294] PFEFFER (E.), p. 370.

[295] Sobre la exigencia de que la infracción influya en lo dispositivo de la sentencia cuando el recurso de nulidad se interpone por la causal del art. 373 letra a) CPP, vid. infra XI.D.2.5.1.

[296] CHIESA (E.), v. I., p. 192, citando en nota a pie de página N° 33 los casos *Chambers v. Maroney*, 399 U.S. 42 (1970), *Whiteley v. Warden*, 401 U.S. 560 (1971) y especialmente *Chapman v. California*, 386 U.S. 18 (1967).

4.6.3. *La ilicitud de la prueba durante la audiencia de juicio oral*

En el lapso que lleva vigente en Chile la reforma procesal penal, se ha planteado con alguna frecuencia la pregunta de si puede o no el tribunal de juicio oral, durante la audiencia del juicio, declarar la ilicitud de prueba que no ha sido previamente declarada como tal por el juez de garantía durante la audiencia de preparación.

Responder esta pregunta exige, a mi modo de ver, distinguir entre las facultades que tiene el tribunal de juicio oral para resolver el problema de la prueba ilícita en *fase de admisión* o en *fase de valoración* y aun, en el primer caso, distinguir el fundamento fáctico de la inadmisibilidad invocada.

4.6.3.1. Facultades del tribunal de juicio oral para negarse a admitir la prueba ilícita (fase de admisión)

La primera situación que se presenta en relación con este tema es la posibilidad de que alguno de los intervinientes plantee una discusión en torno a la admisibilidad de la prueba que, pudiendo hacerlo, no planteó oportunamente ante el juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral o que, habiéndolo hecho, fue rechazada por dicho tribunal. En tal caso, me parece evidente que no puede permitirse que se plantee nuevamente el problema ante el tribunal de juicio oral o que ante él se renueve la discusión. La ley ha previsto una oportunidad procesal específica para la formulación de una solicitud de exclusión de prueba, que es la audiencia de preparación del juicio oral (art. 276 CPP) y ha regulado incluso el régimen de recursos al que están sometidas las decisiones que adopte el juez de garantía en esta materia. Si la parte interesada no ha planteado formalmente la solicitud en dicho momento o si, habiéndolo hecho, ha sufrido el revés de una decisión desfavorable, debe entenderse que su derecho ha precluido, y que no puede por tanto ejercerlo ante el tribunal del juicio oral. La ley ha previsto explícitamente una solución para ese caso, que es la posibilidad de impugnar el juicio oral al que se incorpore la prueba ilícita y la sentencia definitiva que en él se dicte por la vía del recurso de nulidad (art. 277 inc. final CPP). Se trata, como pue-

de apreciarse, de una respuesta consistente con la preferencia legislativa por solucionar los problemas de la prueba ilícita ante un órgano jurisdiccional distinto del que adoptará la decisión sobre absolución o condena, ya que si se permitiera la discusión en torno a la admisibilidad de la prueba en la audiencia del juicio oral, el efecto inevitable de tal discusión sería poner en conocimiento del tribunal del juicio la existencia de la prueba cuya ilicitud se pretende, de manera tal que la eventual exclusión operaría de manera más bien nominal. El tribunal no haría más que declarar inadmisible la rendición de una prueba cuya existencia y alcances conocería y cuya influencia efectiva en la formación de su convicción sería imposible determinar.[297]

Lo anterior no significa que el Tribunal de Juicio Oral carezca absolutamente de facultades para controlar la admisibilidad de la prueba durante el desarrollo del juicio. Por el contrario, durante la audiencia del juicio oral es muy probable que se promuevan incidentes sobre la admisibilidad de la prueba, que surgen de la aplicación de alguna de las normas que regulan el juicio oral y no ha podido, por tanto, plantearse al juez de garantía durante la audiencia de preparación del juicio oral. Pensemos, por ejemplo, que una parte pretendiera que se recibiera en ese momento la declaración de un testigo no incorporado al auto de apertura ni cubierto por la excepción del art. 336 CPP, o que se diera lectura a las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía (art. 334 CPP), o que se pretendiera interrogar a un testigo acerca de la discusión habida entre las partes en torno a una suspensión condicional del procedimiento que fracasó (art. 335 CPP). En todos esos casos, en que lo que se precisa es la aplicación directa de una norma que regula un problema de admisibilidad de la prueba planteada durante el mismo debate, las facultades del tribunal de juicio oral para rechazar la prueba surgen de sus propias facultades para resolver los incidentes que se planteen durante el juicio (art. 290 CPP) e integran las facultades del juez presidente para dirigir el debate, ordenar la rendición de las pruebas, e impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles (art. 292 CPP).

[297] Vid. supra IX.C.4.3.2.

No obstante lo anterior, la posibilidad de que el tribunal de juicio oral controle la admisibilidad de la prueba por esta vía está a mi juicio condicionada por la posibilidad real de que pueda resolver el incidente sin tomar al mismo tiempo conocimiento del contenido de la prueba ofrecida o, para ser más preciso, del elemento probatorio que se pretende incorporar a través de ella. Esto no sucede jamás tratándose de prueba que es considerada inadmisible por problemas de ilicitudes cometidas en su obtención. Así, por ejemplo, la sola insistencia de un fiscal en incorporar un arma que ha sido considerada inadmisible por el juez de garantía pondría al tribunal del juicio oral en conocimiento de su existencia, resultando artificial e inútil una declaración judicial de inadmisibilidad proveniente del mismo tribunal. En estos casos, en que el tribunal del juicio oral no puede controlar la admisibilidad de la prueba sin adquirir simultáneamente conocimiento de la existencia de la prueba inadmisible, la única solución plausible ante la ilegalidad cometida al pretender su incorporación es la nulidad de la audiencia, ya sea que la declare en forma inmediata el tribunal del juicio oral conforme a lo dispuesto por los artículos 159 y ss. CPP, ya sea que surja como consecuencia del recurso de nulidad interpuesto en conformidad a lo previsto por los artículos 372 y siguientes CPP.

4.6.3.2. Facultades del tribunal del juicio oral para negarse a valorar la prueba ilícita (fase de valoración)

No obstante lo anterior, la situación más compleja que plantea el problema de la prueba ilícita en Chile se vincula a la posibilidad de que el tribunal de juicio oral se niegue a valorar, en la sentencia definitiva, la prueba que el juez de garantía declaró admisible en la audiencia de preparación del juicio oral, por estimar que se trata de prueba ilícita y, por lo tanto, ineficaz para formar su convencimiento.

En nuestro medio parece haberse instalado como opinión predominante la idea de que el tribunal de juicio oral puede y debe negarse a valorar todo o parte de la prueba ilícita que ha sido indebidamente admitida por el juez de garantía, como una manera de corregir el error cometido por éste al admitir dicha

prueba en el auto de apertura del juicio oral.[298] Entre nosotros, HERNANDEZ BASUALTO ha llegado a afirmar que "de las diversas posiciones que podrían mantenerse en esta materia hay al menos una que *no parece admisible desde un punto de vista material*, como es la de entender que el tribunal de juicio oral se encuentra absolutamente atado por el auto de apertura en términos tales que no sólo está obligado a recibir la prueba ilícita, sino que también a valorarla y eventualmente a dictar sentencia con fundamento en ella, haciendo total abstracción de una ilicitud que no le corresponde a él declarar".[299] Y luego de entregar sus argumentos para defender la posibilidad de que el tribunal del juicio oral se niegue en la sentencia a valorar esta prueba, concluye que: "cualquier otra interpretación implicaría sostener un supuesto deber de los jueces de fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías fundamentales".[300]

Puesto así en la encrucijada de defender la única posición que "no parece admisible desde un punto de vista material", me animo a entregar mis razones para negarle al tribunal del juicio oral la posibilidad de negarse a valorar la prueba considerada por éste como ilícita. A mi modo de ver, lo que está en juego detrás del problema planteado es la completa estructura de la prueba ilícita en el proceso penal chileno. No se trata tanto de un problema de distribución de competencias entre juez de garantía y tribunal del juicio oral (que sin embargo existe), sino de los efectos que provoca en el sistema la facultad que se atribuye a los jueces del tribunal de juicio oral para resolver los problemas de la prueba ilícita en sede de valoración. Estos efectos son evidentes y comienzan ya a ser perceptibles: desconocida la responsabilidad privativa de los jueces de garantía en el control de la prueba ilícita, se impone como exigencia de una buena praxis profesional la renovación ante el tribunal de juicio oral de todas las solicitudes de declaración de prueba ilícita que hayan fracasado ante el juez de garantía, lo que debilita la función de éste en la materia y constituye un estímulo para que el juez

[298] Véase, por ejemplo, CAROCCA (A.), "La prueba en el nuevo proceso penal", en AA.VV., *El nuevo proceso penal*, Cuadernos de trabajo N° 2, UDP, Santiago, 2000, pp. 192 y ss., y, especialmente, HERNANDEZ BASUALTO (H.), *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, cit., pp. 89-93.

[299] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

[300] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

se incline por negar lugar a la exclusión en la fase de admisión, transfiriendo así la función de controlar la prueba ilícita al tribunal de juicio oral en fase de valoración. El fenómeno sólo acarrea efectos negativos para el sistema: la audiencia de juicio oral debe asumir la carga de recibir, no ya sólo la prueba de los hechos que fundamentan la acusación y la defensa, sino también la prueba sobre la licitud de la prueba, la que en el mejor de los casos convencerá al tribunal de juicio oral que nunca debió haber oído la prueba que llegó a sus oídos y le exigirá entonces el esfuerzo de la supresión mental de la prueba ilícita durante la valoración, con resultados del todo inciertos. Todo el esfuerzo sistemático del ordenamiento procesal penal chileno por asegurar la ineficacia de la prueba ilícita a través de su exclusión en fase de admisión se habrá ido por la borda, y la declaración formal efectuada por el tribunal de juicio oral en la sentencia definitiva, en orden a que no ha valorado la prueba ilícita, no tendrá otro efecto que el de impedir que la parte afectada pueda impugnar la sentencia definitiva a través del recurso de nulidad. Formalmente, no existirá infracción alguna que haya influido en su parte dispositiva, porque los jueces habrán declarado en la sentencia que la prueba ilícita que se rindió ante ellos no fue considerada en absoluto; en la realidad de los hechos, sin embargo, la prueba ilícita indebidamente producida habrá determinado su convicción de una manera que es imposible soslayar.

Pero no son sólo razones de buen funcionamiento del sistema las que me inclinan a negarle al tribunal de juicio oral facultades para declarar la prueba ilícita en fase de valoración. Lo que sucede es que no existe en el CPP chileno ninguna norma de carácter general que autorice al tribunal de juicio oral para suprimir la valoración de la prueba rendida ante él, al momento de dictar sentencia definitiva, bajo el argumento de considerarla ilícita.[301] Se ha sostenido, en contrario, que dicha norma se encon-

[301] Discrepo con HERNANDEZ BASUALTO cuando afirma que el art. 276 cumple en nuestro ordenamiento la función de una *prohibición general de valoración de la prueba.* HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90. Más allá de la discutible validez de las categorías dogmáticas del derecho procesal alemán para resolver el problema que aquí nos ocupa, lo cierto es que el art. 276 CPP no contiene ninguna referencia a la valoración de la prueba, sino exclusivamente a su admisibilidad. Se trata, entonces, en el mejor de los casos, de una *prohibición general de producción de la prueba* y no de una prohibición de valoración.

traría en el art. 297 CPP, titulado "Valoración de la prueba", que en su inciso 2º señala que "el tribunal deberá hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que hubiere desestimado...". A mi modo de ver, sin embargo, esta norma no está referida al fenómeno de la ilicitud probatoria, sino al de la valoración de la prueba, de modo tal que su alusión a la prueba "desestimada" no puede entenderse referida sino a aquella que el tribunal ha considerado insuficientemente persuasiva como fundamento de su convicción. Leída de esta manera, la disposición opera exactamente en el sentido contrario al de permitir la omisión de valoración de la prueba ilícita, porque resulta imposible desestimar prueba sin haberla valorado previamente.

La inexistencia de un fundamento normativo para fundar la supuesta facultad de omitir la valoración de la prueba ha llevado a HERNANDEZ BASUALTO a invocar como sustento de la supuesta facultad las actas del Senado, en las que se dejó constancia que la disposición del actual art. 276 CPP "evita que el tribunal oral tome conocimiento de estas pruebas y se forme un juicio con elementos *que no podrá después valorar*". De ello se deduciría, aparentemente, que el legislador habría considerado que al tribunal de juicio oral correspondería omitir la valoración de la prueba ilícita erróneamente admitida al juicio. La pretensión de fundar la imposibilidad de valoración de la prueba ilícita por el tribunal de juicio oral con base exclusiva en esta constancia de las actas me parece exagerada, en cuanto atribuye a la discusión parlamentaria un nivel de precisión técnica que no le es propio y sólo sirve como argumento en la medida en que se interprete su texto utilizando métodos de interpretación de la ley. A mi modo de ver, por el contrario, lo que las actas manifiestan no es una discusión en torno a la posibilidad de controlar *también* la ilicitud de la prueba en fase de valoración, sino una preferencia legislativa por el control en fase de admisión. Lo anterior parece evidente si se tiene en consideración que en las mismas actas se dejó constancia que: "se trata de evitar que el tribunal oral tome conocimiento de pruebas que no pueden ser utilizadas y pueda formarse un prejuicio, especialmente de las pruebas obtenidas por medios ilícitos".[302] La posición que defien-

[302] PFEFFER (E.), cit., p. 285.

de la posibilidad de que el tribunal de juicio oral omita la valoración de la prueba en la sentencia traiciona precisamente esta preferencia y es por lo mismo que resulta inadecuado considerar que haya sido ésa la intención del legislador.

Por el contrario, en defensa de la posición que niega facultades al tribunal de juicio oral para negarse a valorar la prueba admitida en el auto de apertura bajo pretexto de ilicitud, me parece concluyente el inciso final del art. 277 CPP, que al limitar la posibilidad de apelar de la decisión adoptada por el juez de garantía permitiéndole hacerlo sólo al ministerio público, declara a renglón seguido que "lo dispuesto en este inciso se entenderá sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales". Si relacionamos esta disposición con la del art. 373 letra a) CPP, que declara la procedencia de la declaración de nulidad del juicio oral y la sentencia "cuado 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", me parece que la conclusión obvia es que, declarada erróneamente admisible la prueba ilícita por el juez de garantía, la vía natural para renovar la discusión sobre ese punto es la interposición del correspondiente recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva dictada con fundamento en la prueba ilícita rendida ante el tribunal del juicio oral. La necesaria valoración de la prueba ilícita por parte del tribunal del juicio oral es así un presupuesto indispensable para que el recurso de nulidad sirva a este propósito, conforme a lo previsto por el art. 375 CPP.

Como se aprecia entonces, lo que la posición que defiendo impone a los jueces no es el deber de "fallar conscientemente con fundamento en la vulneración de garantías constitucionales",[303] sino el deber de admitir que, muy a su pesar, han dictado el fallo con fundamento en prueba obtenida con vulneración de garantías constitucionales, que el juez de garantía no declaró inadmisible y que debe, por tanto, ser revisada a través del recurso de nulidad.

[303] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 90.

Lo anterior, por cierto, no impide a los intervinientes cuestionar la prueba ilícita y al tribunal del juicio oral desestimarla sobre la base de su poca o nula credibilidad, si el cuestionamiento de la credibilidad tiene como fundamentos los mismos hechos que constituyen la ilicitud. Pensemos, por ejemplo, en la droga que ha sido incorporada al juicio después de haber sido obtenida ilegalmente, y que el defensor sostiene que fue "plantada" por la policía. El hecho de que la solicitud de exclusión de prueba no haya prosperado no significa que el defensor no pueda cuestionar la credibilidad del elemento probatorio planteando dudas en cuanto a su verdadero origen. Sólo significa que lo que perseguirá durante el juicio no es que la sentencia definitiva suprima mentalmente la valoración de esa prueba, sino que la valore en su justa dimensión, incluso desestimándola completamente por inverosímil, si es lo que en definitiva corresponde. Esta consideración tiene, sin embargo, una limitación: sólo en la medida en que el problema que suscita la discusión sobre licitud plantee también un problema de credibilidad de la evidencia obtenida –lo que no sucede en todos los casos– será posible sostener que se trata de un aspecto pertinente y admisible en los términos del art. 292 CPP, sobre el cual podrá incluso rendirse prueba al tenor de lo previsto por el inciso 2° del art. 336 CPP. En los demás casos la discusión será sencillamente improcedente, como lo reafirma, a mi juicio, la consagración explícita de la excepción contemplada en el inc. 2° del art. 334 CPP.[304]

4.6.4. *La ilicitud de la prueba durante la etapa de investigación*

Resuelto así el problema planteado por la prueba ilícita durante la etapa del juicio oral, sólo queda por resolver qué sucede con la prueba ilícita durante la etapa de investigación.

Convengamos, desde ya, en que no existe en el CPP ninguna norma que autorice la aplicación de la *regla de exclusión* de la prueba del art. 276 CPP en forma previa a la audiencia de preparación del juicio oral. Lo anterior, más que un vacío legal, es

[304] En contra, HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 91, quien no considera el art. 334 inc. 2° CPP como una norma excepcional, sino como ejemplo de la amplia admisión del debate sobre prueba ilícita durante el juicio oral.

una circunstancia completamente lógica si se tiene en consideración que la regla de exclusión de prueba (fase de admisibilidad de la actividad probatoria) sólo puede aplicarse a la prueba que ha sido ofrecida por los intervinientes (fase de proposición de la actividad probatoria), lo que sólo sucede formalmente con la acusación. Como hemos dicho al comenzar este capítulo,[305] toda la actividad que se realiza durante la etapa de investigación es ajena a la actividad probatoria y sólo tiene por finalidad mediata obtener los elementos de prueba que han de ser incorporados más tarde al juicio, por lo que no cabe hablar de su admisión o valoración durante la etapa de investigación.

No obstante lo anterior, hemos señalado también que, más allá de esta finalidad mediata, los actos de investigación tienen también una finalidad inmediata, que es la de obtener elementos probatorios que han de servir de base para justificar ante el juez de garantía la adopción de medidas cautelares y medidas intrusivas. Es aquí donde surge la duda: si el elemento probatorio ilícitamente obtenido no podrá ser posteriormente incorporado en forma válida para fundamentar la decisión de absolución o condena, ¿es aceptable que sea utilizado para fundamentar una resolución provisional durante la etapa de investigación? ¿Podrían los intervinientes invocar la ilicitud cometida en la obtención de la prueba para impedir que el juez *justifique* sus decisiones sobre medidas cautelares y medidas intrusivas con base en estos elementos probatorios?

A mi modo de ver, un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar. Aceptar lo contrario significaría romper la unidad del sistema generando en la práctica dos investigaciones paralelas: una, en la que prácticamente todo estaría permitido, con el solo objeto de justificar medidas cautelares y medidas de carácter intrusivo, y otra, en la que se exigiría el respeto a los derechos fundamentales con el objeto de asegurar la validez de la prueba para el juicio oral. Lo anterior resulta insostenible, por-

[305] Vid. supra IX.A.2.2.3.

que tanto las medidas cautelares como las medidas intrusivas son medidas instrumentales que sólo se justifican en cuanto satisfacen necesidades de la persecución penal, de manera tal que no es posible reconocerles un valor autónomo de la persecución penal a la cual sirven.[306] Dicho en otras palabras, si los elementos probatorios reunidos durante la etapa de investigación no son eficaces para justificar una decisión de condena, mal podrían ser eficaces para justificar una medida cautelar que busca precisamente asegurar la efectiva aplicación de esa condena o una medida intrusiva que busca precisamente obtener antecedentes adicionales para fundamentar la misma decisión. Por otra parte, tanto las medidas cautelares como las medidas intrusivas constituyen formas de afectación de derechos fundamentales que sólo se encuentran legalmente justificadas cuando se satisfacen los estándares que la ley impone para su dictación. Sería absurdo sostener que el juez de garantía puede legítimamente satisfacer los estándares legales y justificar una afectación de derechos fundamentales con base en elementos probatorios obtenidos, a su vez, mediante la afectación de derechos fundamentales.[307]

La pregunta que hay que responder, sin embargo, es ¿cómo se evita, formalmente, que los elementos probatorios obtenidos ilícitamente durante la etapa de investigación sean considerados para justificar resoluciones dictadas durante esa etapa?

A mi modo de ver existen dos vías para esto: la primera es la declaración de nulidad del acto ilícito y la segunda es la que llamaremos *inutilizabilidad* de la prueba ilícitamente obtenida.

4.6.4.1. Primera vía: la nulidad procesal

Cuando la garantía constitucional afectada por un acto ilícito está concretada o precisada en una disposición de rango legal,

[306] En relación con las medidas cautelares véase, al respecto, el art. 122 CPP.

[307] En el caso de las medidas intrusivas la situación parece particularmente evidente, porque –como veremos– por lo general se acepta que la prueba obtenida en forma derivada de la prueba ilícita originaria debe también ser excluida por aplicación de la "teoría de los frutos del árbol envenenado", lo que tornaría estéril el producto de cualquier orden o autorización judicial cuyos requisitos formales se dieran por satisfechos con base en un elemento probatorio ilícitamente obtenido. Vid. infra IX.C.4.6.4.2.

la forma natural de resolver el problema es a través del régimen de la nulidad. Como hemos visto,[308] la posibilidad de declarar la nulidad del acto de investigación en virtud del cual se obtuvo la prueba ilícita constituye una declaración formal de ineficacia muy anterior a la aplicación de la regla de exclusión, que habilita al juez de garantía para desconocerle todo valor al acto durante la etapa de investigación. Si el régimen legal de nulidad fuera lo suficientemente amplio, podría llegar a constituir por sí mismo una solución suficiente que vendría a cerrar el círculo: la regla de exclusión operaría durante la audiencia de preparación del juicio oral, una vez que la prueba ilícita hubiera sido ofrecida, pero en forma anticipada las partes habrían dispuesto de una forma de obtener su declaración de ineficacia a través del incidente de nulidad, la que operaría como antecedente de la regla de exclusión posterior.

Aunque no me atrevo a sostener que éste haya sido el diseño consciente del régimen de prueba ilícita en el proyecto original, la verdad es que la solución legislativa se habría acercado bastante a la expuesta si se hubiera conservado la redacción original del art. 159 CPP, ya que éste permitía en términos amplios la declaración de nulidad de "las actuaciones o diligencias defectuosas del procedimiento", lo que permitía entender incluidas, por cierto, las practicadas por el ministerio público y la policía, que son por excelencia las actuaciones o diligencias que permiten la obtención de pruebas y cuyo carácter defectuoso da origen a la prueba ilícita. Bajo esa hipótesis, incluso, se habría podido sostener que el diseño sólo facultaba para declarar la ineficacia de la prueba ilícita durante la etapa de investigación en la medida en que pudiera considerarse constitutiva también de una infracción legal, quedando reservada la hipótesis de ilicitud probatoria fundada directamente en infracción de garantías constitucionales para la operación de la regla de exclusión durante la audiencia de preparación.

Sin embargo, el texto original de la norma fue modificado por el Senado, quien precisó que la nulidad sólo podía declararse con relación a las "actuaciones o diligencias *judiciales*", según expresa actualmente el art. 159 CPP. Para efectuar esta

[308] Vid. supra IX.C.4.5.2.

modificación, los legisladores argumentaron que "como fluye del propio concepto de nulidad, recogido en la segunda parte del artículo al aludir a la *inobservancia de las formas procesales,* ella sólo se aplica a las actuaciones judiciales, y no a las diligencias realizadas por el ministerio público, para las cuales la ley no contempla mayores formalidades...".[309] A mi modo de ver, la intervención del Senado en este punto fue completamente errónea. Para afirmar que la ley no contempla mayores formalidades para las actuaciones del ministerio público no sólo se necesita desconocer todo el contenido normativo del párrafo 3º del Título I del Libro II del Código de Procedimiento Civil, que regula minuciosamente las formalidades de concesión y ejecución a que están sometidas las medidas intrusivas, sino que desconocer también, completamente, la función que estas formalidades cumplen en la protección de garantías fundamentales. Como ha dicho BINDER: "un principio *está garantizado sólo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado. Para garantizar* el cumplimiento de ese principio se establecen requisitos para los actos procesales o se regulan secuencias entre actos. Esos requisitos legales o esas secuencias necesarias previstas en la ley son las *formas procesales.* Cuando no se cumple una *forma* (se incumple un requisito legal o se rompe una secuencia necesaria) la actividad procesal se vuelve inválida o defectuosa. En esta técnica normativa específica... *las formas son la garantía...* ".[310]

El CPP, en cuanto regula minuciosamente los requisitos formales para la concesión y ejecución de medidas intrusivas tales como la incautación de objetos, documentos e instrumentos (arts. 187 y 217 CPP); los exámenes corporales (art. 197 CPP); la diligencia de entrada y registro (arts. 204 a 216 CPP); la retención e incautación de correspondencia (art. 218 CPP); y la interceptación de comunicaciones telefónicas (arts. 222 a 225 CPP), entre otras, contempla, por cierto, exigencias formales que se aplican precisamente a los actos de investigación del ministerio público y la policía con el objeto de proteger las garantías cons-

[309] PFEFFER (E.), cit., p. 182.

[310] BINDER, *El incumplimiento de las formas procesales...,* cit., p. 56 (con cursivas en el original).

titucionales que dichas medidas afectan, y es la infracción de estas normas la fuente más prolífica de prueba ilícita.[311]

De esta manera, al acordar el Senado restringir la posibilidad de aplicación de la sanción de nulidad procesal a las actuaciones o diligencias *judiciales,* el efecto que se logró fue el de convertir a la nulidad procesal en una sanción del todo inoperante de cara a su aplicación como hipótesis de prueba ilícita. En efecto, si el art. 276 había considerado necesario establecer formalmente una hipótesis de prueba ilícita indirecta, esto es, "prueba que proviniere de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas", la disposición actual del art. 159 supone que la exclusión de dicha prueba sólo se aplica a la que proviniere de actuaciones o diligencias *judiciales* que hubieren sido declaradas nulas. Y como resulta evidente, en un sistema que asigna prácticamente toda la responsabilidad en la obtención de pruebas al ministerio público, con auxilio de la policía, las actuaciones o diligencias judiciales generadoras de prueba son prácticamente inexistentes. Haciendo un serio esfuerzo interpretativo por dotar de alguna extensión a la hipótesis de prueba ilícita indirecta, HERNANDEZ BASUALTO ha considerado que junto a la audiencia de prueba testimonial anticipada (arts. 191 y 280 CPP) y al excepcionalísimo caso en que la audiencia de declaración del imputado como medio de defensa puede llegar a servir de prueba para el juicio oral conforme a lo previsto por los arts. 98 y 331 letra d) CPP, la hipótesis podría tener aplicación en todos los casos en que la prueba se obtiene en virtud de una medida intrusiva previa autorización u orden judicial.[312] Esto último, sin embargo, me parece un error. La autorización u orden judicial dada para la práctica de una medida intrusiva no puede ser considerada como una *actuación o diligencia,* porque es siempre una resolución judicial y, como sabemos, las resoluciones judiciales sólo pueden impugnarse a través de recursos y no de incidentes de nulidad.[313]

[311] Lo anterior no significa, por cierto, que todas las formalidades procesales deban ser entendidas como tuteladoras de garantías constitucionales. Es la importancia de la formalidad infringida y la entidad de la infracción lo que determinará, en definitiva, si existe o no en el caso concreto una inobservancia de garantía fundamental, lo que debe ser decidido caso a caso.

[312] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 44-48.

[313] Esto último lo tuvo presente incluso el Senado al discutir la disposición del actual art. 160 CPP. Existe constancia en las actas legislativas que se tuvo

¿Significa lo anterior que el juez de garantía está obligado a considerar la prueba ilícita para justificar sus resoluciones durante la etapa de investigación? A pesar de todo, mi opinión es negativa, porque existe una segunda alternativa para hacer valer la ilicitud probatoria que, utilizando la terminología del procedimiento penal italiano, denominaremos en este trabajo como *inutilizabilidad.*

4.6.4.2. Segunda vía: la *inutilizabilidad*

Como hemos dicho anteriormente, un procedimiento penal coherente, que entiende la etapa de investigación como una fase preparatoria del juicio oral, no puede aceptar que elementos probatorios que son ineficaces para fundar la sentencia definitiva puedan resultar eficaces para justificar resoluciones provisionales durante la etapa preliminar.

Por esta razón, aun en los casos de ilicitud probatoria directamente fundada en la infracción de garantías fundamentales, en los cuales resultan inaplicables las normas sobre nulidad procesal, debe entenderse que constituye un deber del juez de garantía, en cumplimiento de la función de protección que la ley le ha asignado, negarse a reconocer valor a los elementos probatorios obtenidos ilícitamente al momento de pronunciarse sobre medidas cautelares e intrusivas. Esto es así porque la *prueba ilícita,* aun antes de ser declarada inadmisible, es derechamente *inutilizable* incluso como fundamento de resoluciones provisionales.[314]

presente que "Las resoluciones no son objeto de nulidad, sino de impugnación. Hay mecanismos de impugnación, como la casación, en que se solicita la nulidad". PFEFFER (E.), cit., p. 183.

[314] El término *inutilizabilidad* lo hemos tomado del art. 191 del Codice di Procedura Penale de 1988, que establece: "Art. 191 (Prove illegittimamente acquisite) - 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L'inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento". ["(Prueba ilegítimamente adquirida) 1. Las pruebas adquiridas en violación de las prohibiciones establecidas por la ley no pueden ser utilizadas. 2. La inutilizabilidad es declarable también de oficio en cada estado y grado del procedimiento" (traducción nuestra. Agradezco la colaboración de Luis Alberto Véliz Schrader, que nos permitió detectar incluso errores de transcripción en la fuente utilizada originalmente)].

Las razones que nos han movido a negar la posibilidad de que el tribunal de juicio oral se niegue a valorar la prueba ilícita en la audiencia del juicio oral no son aplicables al juez de garantía durante la etapa de investigación, porque ante éste no se realiza actividad probatoria ni existe, en la presentación de antecedentes orientados a justificar sus resoluciones, una fase de admisibilidad controlada por un órgano independiente que pueda ser considerada en oposición a una fase de valoración. Puesto en posición de dictar una medida cautelar o una medida intrusiva con base en elementos probatorios obtenidos ilícitamente, el juez de garantía debe, entonces, negarse a reconocerles valor para tal efecto, en el entendido de que dichos elementos no son eficaces para justificar una decisión de condena, ni pueden serlo para justificar una resolución provisional orientada a ese mismo fin.

La opinión favorable a la declaración de la ilicitud probatoria durante la etapa de investigación se encuentra bastante difundida en la doctrina española.[315] En Italia, como hemos dicho, constituye una posibilidad legalmente prevista, al amparo del concepto de *inutilizabilidad* de la prueba ilícita, que abarca en términos amplios tanto la fase de admisión como la fase de valoración de la prueba, al declarar la ley que puede ser denunciada "en cualquier estado y grado del procedimiento".[316] Distinta es la situación en Estados Unidos, donde se ha resuelto que no cabe invocar la regla de exclusión en procedimientos o audiencias preliminares.[317]

En Chile, la posibilidad de considerar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita durante la etapa de investigación ha sido defendida por HERNANDEZ BASUALTO, aunque con un alcance restringido a la justificación de las medidas cautelares personales y

[315] Véase MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., pp. 126-129. Nótese, sin embargo, que la aceptación doctrinaria no va de la mano con la aplicación práctica, ya que, en el sistema español, la decisión sobre la ilicitud en la etapa de instrucción es de competencia del propio juez de instrucción que obtuvo ilícitamente el elemento probatorio. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 128.

[316] Vid supra nota 310.

[317] Concretamente, se ha declarado que la regla de exclusión no se aplica al procedimiento ante un gran jurado, ni tampoco en una vista preliminar o procedimientos de causa probable. Según CHIESA, la justificación de este criterio se encontraría en que el efecto disuasivo que persigue la regla de exclusión se vería suficientemente logrado con su aplicación al acto del juicio. CHIESA (E.), cit., v. I, p. 191.

no a las medidas intrusivas.[318] Comparto esta opinión, pero con un alcance amplio que incluye a las medidas intrusivas, ya que si hemos de reconocer en nuestro sistema la teoría de los frutos del árbol envenenado,[319] me parece incoherente aceptar que nuevas actuaciones o diligencias de prueba puedan ser autorizadas u ordenadas por el juez de garantía con fundamento en el mérito de elementos probatorios obtenidos ilícitamente, ya que los elementos probatorios que eventualmente se obtengan como resultado de esas nuevas actuaciones o diligencias deberán también ser excluidos por aplicación de dicha teoría. Por otra parte, tanto en la decisión de medidas cautelares como de medidas intrusivas se encuentran en juego, con mayor o menor nivel de afectación, garantías fundamentales del imputado y de terceros. Me parece que es igualmente inaceptable, en ambos casos, pretender que el juez que tiene precisamente a su cargo la protección de las garantías durante la etapa de investigación, dilate un pronunciamiento en torno al tema hasta la audiencia de preparación del juicio oral y se permita, entretanto, dictar resoluciones fundadas que afectan garantías fundamentales con base en elementos probatorios que han sido obtenidos en forma ilícita.[320]

4.7. Forma de hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita

La impugnación de la prueba ilícita, cualquiera sea la oportunidad procesal que se estime adecuada al efecto, exige resolver varios problemas.

4.7.1. *Posibilidad de exclusión de prueba ilícita de oficio*

En primer lugar, se ha planteado el problema de determinar si se requiere siempre petición de parte para la exclusión de la prueba ilícita o el tribunal puede excluir prueba de oficio.[321]

---

[318] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 88-89.

[319] Vid. infra IX.C.4.8.2.

[320] En la misma línea, PAZ RUBIO, J.M.ª, "La prueba en el proceso penal", en AA.VV., *La prueba en el proceso penal*, Cuadernos de Derecho Judicial, C.G.P.J., Madrid, 1992, citado por MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 126.

[321] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 72-73.

A mi modo de ver, la respuesta es clara, porque el art. 276 es categórico en cuanto impone en términos imperativos al juez de garantía la aplicación de la regla de exclusión. Así, su inciso 1° señala que "El juez de garantía, luego de examinar las pruebas ofrecidas y escuchar a los intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia, ordenará fundadamente que se excluyan de ser rendidas en el juicio oral aquellas que fueren manifiestamente impertinentes y las que tuvieren por objeto acreditar hechos públicos y notorios". Y en su inciso 3° prescribe que: "Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquellas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales".

Lo anterior resulta de toda lógica si se considera que al juez de garantía corresponde, conforme al art. 14 letra a) COT, la función de "asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la ley procesal penal". Siendo la función de control de la prueba ilícita el arma más poderosa en manos del juez de garantía para asegurar que los actos de investigación no afecten garantías fundamentales durante la etapa de investigación, resultaría un contrasentido entender que esta función básica del juez pudiera quedar condicionada a la iniciativa de las partes.[322]

4.7.2. *Legitimación activa para impugnar la prueba ilícita*

4.7.2.1. ¿Debe ser el imputado el titular de la garantía afectada?

Un primer problema que plantea la legitimación activa para solicitar la declaración de ilicitud de la prueba dice relación con la legitimación activa para invocarla, problema que la jurisprudencia norteamericana suele analizar bajo el concepto de *"standing"*.

El problema se refiere a la posibilidad de que el imputado solicite la declaración de ilicitud de la prueba invocando la afec-

[322] Así, también, HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 72-73.

tación de garantías constitucionales de terceros. El tema, por cierto, se plantea cuando se trata de la infracción de garantías constitucionales que no tienen un carácter judicial, como sucede, verbigracia, con el derecho a la privacidad. Pensemos, por ejemplo, en el caso de un documento incriminatorio que ha sido obtenido como consecuencia de la entrada y registro ilegal practicado en el domicilio de un tercero distinto del imputado.

Como bien señala HERNANDEZ BASUALTO, se trata de un problema que no puede ser resuelto mediante el simple reconocimiento de las facultades del juez para declarar la ilicitud de la prueba de oficio, porque lo que está en juego es la posibilidad de hacerlo a favor de quien no ha sufrido personalmente la afectación de la garantía constitucional que se invoca.[323]

La jurisprudencia norteamericana ha establecido que para invocar la supresión de evidencia, el peticionario requiere tener *"standing"*, esto es, ser el titular del derecho constitucional afectado, sin que sea suficiente que la prueba obtenida le sea perjudicial. El caso principal en esta materia es *Rakas v. Illinois*, en que el problema se planteó a raíz del registro ilegal de un vehículo en el que los imputados iban como pasajeros.[324] En Alemania la situación parece ser similar, teniendo en consideración que la teoría del entorno jurídico exige la constatación de afectación del ámbito de los derechos *del imputado*.[325]

En Chile, el tema ha sido planteado por HERNANDEZ BASUALTO, quien, aun manifestando dudas, se inclina a favor de la exclusión de la prueba ilícita incluso en el caso en que el imputado no es el titular del derecho afectado, por parecerle "la única opción para preservar los presupuestos de legitimación del ejercicio del *ius puniendi*, pues, en efecto, desde dicha perspectiva ciertamente no existe mayor diferencia entre que se hayan vulnerado los derechos a A o de Z".[326] Comparto esa opinión en el entendido de que la admisión de la prueba obtenida en estas circunstancias atentaría contra los dos fundamentos esgrimidos

[323] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 70.

[324] CHIESA (E.), cit., t. I, pp. 202 y ss. Nótese, sin embargo, que en los sistemas estatales la doctrina del *standing* aparece cuestionada por la jurisprudencia. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 139.

[325] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 41.

[326] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 70.

para la justificación de la ilicitud probatoria, ya que tanto desde la perspectiva de la prevención como de la integridad judicial la declaración de la ilicitud de la prueba parece necesaria.

Existen, además, razones que están vinculadas con el rol que se asigna al juez de garantía en la protección de las garantías fundamentales en nuestro sistema, las que no sólo alcanzan a las garantías del imputado, sino también de terceros. La exigencia de autorización judicial previa para las actuaciones que priven al imputado *o a terceros* de los derechos constitucionales, o los restrinjan o perturben, que la Constitución Política de la República establece en el art. 80 A inc. 3° y que el CPP reitera en el art. 9°, carecería de todo sentido si no se admitiera la posibilidad de exclusión en este caso, ya que el ministerio público quedaría compelido a requerir la autorización judicial exclusivamente en el caso en que el derecho afectado fuera del imputado.

Lo anterior no implica, sin embargo, que el titular de la garantía fundamental afectada no pueda renunciar a ella o incluso "sanear" la prueba ilícita mediante un acto posterior.[327] El interés del imputado en la exclusión de la prueba no puede sostenerse, a mi modo de ver, más allá del interés del propio afectado por resistir la afectación de su derecho.

4.7.2.2. ¿Puede el Estado solicitar la exclusión de prueba con base en la inobservancia de garantías fundamentales?

El punto aparece en evidente relación con la posibilidad de que pueda ser materia de exclusión la prueba de descargo. Por las mismas razones que se expondrán al tratar ese tema,[328] me parece que resulta claramente inaceptable que el ministerio público, órgano encargado de la persecución penal, pretenda reclamar la exclusión de prueba ofrecida por la defensa.

La temática de la prueba ilícita y de la inobservancia de las garantías fundamentales está indisolublemente unida a los excesos cometidos por el Estado en el ejercicio del *ius puniendi* y, fundamentalmente, en la actividad de investigación propia de

[327] Así, también, opina HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 84.
[328] Vid. infra IX.C.4.8.3.1.

la persecución penal. Si la defensa ofrece prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales, más allá de las responsabilidades civiles o penales en que puedan incurrir los autores de ella, no se observan razones de interés público que justifiquen la exclusión de la prueba, más aún si se considera que el ministerio público está regido por el criterio de objetividad, que le impone la obligación de considerar 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 (art. 3° LOCMP).

Al Estado le corresponde sacrificar la reconstrucción de la verdad en pos del respeto a las garantías fundamentales cuando la violación de éstas sea presupuesto de una sentencia condenatoria, porque en el conflicto entre el interés estatal en la aplicación de la pena y el interés público existente en el respeto a las garantías fundamentales debe primar este último. Pero cuando se trata de prueba de descargo, parece evidente que el interés en la reconstrucción de la verdad se identifica con el derecho a la prueba y el derecho de defensa y con un interés estatal preferente por impedir la condena de inocentes. La exclusión de prueba exculpatoria no cumple ninguna función de interés público, porque no previene la mala conducta de los agentes estatales en la investigación de los delitos ni preserva la integridad judicial, y no tiene, por tanto, ningún sustento constitucional aceptable.

El CPP chileno lo ha entendido así, indudablemente, al tenor de lo dispuesto por el art. 277 CPP, que declara procedente el recurso de apelación interpuesto en contra del auto de apertura del juicio oral "cuando lo interpusiera el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso 3° del artículo precedente". La idea de que la exclusión de pruebas sólo puede constituir un agravio para el ministerio público evidencia aquí que, legalmente, no está previsto que pueda éste solicitarla.[329]

[329] La misma conclusión extrae de esta norma HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., pp. 64-65.

4.7.3. *Justificación de la ilicitud*

Cualquier pretensión de que se declare la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, supone como presupuesto necesario la declaración de que el acto en virtud del cual fue obtenida la evidencia es ilícito, esto es, fue realizado con inobservancia de garantías fundamentales.

Lo anterior constituye, por cierto, un supuesto de hecho que el tribunal no podría declarar sin tener a la vista antecedentes suficientes que le permitan hacer dicha declaración. En la mayoría de los casos, la ilicitud del acto de investigación habrá dejado sus huellas en los propios registros de la investigación, haciendo innecesario que el tribunal reciba antecedentes adicionales. Ocasionalmente, sin embargo, el tribunal requerirá que se justifique ante él la ilicitud, con el objeto de permitirle un pronunciamiento sobre el punto.

Conforme a lo que se ha afirmado en este trabajo en cuanto a las oportunidades para hacer valer la prueba ilícita, la recepción de los antecedentes que justifican la licitud o ilicitud del acto cuestionado puede tener lugar durante la etapa de investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral, o durante la tramitación del recurso de nulidad (art. 359 CPP). En los primeros dos casos, se trata de incidentes que debieran ser resueltos por el juez de garantía previa fijación de una audiencia especial para recibir los antecedentes, si resulta necesario; en el último caso, se trata propiamente de prueba de la causal que fundamenta el recurso de nulidad, que debe ser recibida por la Corte en la forma prevista para la recepción de la prueba en el juicio oral (art. 359 CPP).

La valoración de los antecedentes por parte del tribunal que ha de resolver sobre la ilicitud debe hacerse, a mi modo de ver, sobre la base de las reglas generales. En un sistema que se funda en la igualdad de las partes, y no existiendo norma alguna sobre el particular, no corresponde elaborar presunciones a favor de la licitud o ilicitud de la prueba, crear criterios extralegales para la resolución del punto, ni exigir el mismo estándar de convicción previsto para la sentencia de condena.[330]

[330] En contra, HERNANDEZ BASUALTO, quien considera que correspondería a la defensa allegar antecedentes "que permitan al menos *poner seriamente en*

4.8. Efectos de la declaración de ineficacia de la prueba ilícita

El último problema que plantea el tema de la prueba ilícita es el de determinar sus alcances.

4.8.1. *Efecto principal: exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido*

La primera afirmación que debe hacerse en esta materia es que la declaración de ineficacia de la prueba ilícita no afecta propiamente al *medio de prueba* mediante el cual se haya pretendido incorporar el elemento probatorio, sino al *elemento probatorio en sí mismo.* Así, por ejemplo, si se ha excluido como prueba ilícita el arma homicida que ha sido recogida como consecuencia de una entrada y registro ilegal, debe entenderse que no sólo está prohibida la producción de esa arma *como objeto* (art. 333 CPP), sino también a través de cualquier otro medio de prueba que se pretenda usar para incorporarlo. En el caso propuesto, sería una burla para la administración de justicia que se admitiera como válida, por ejemplo, la declaración testimonial de los policías en torno a la existencia del arma, que no es sino otra forma de incorporar el elemento probatorio utilizando un medio de prueba distinto.

Por cierto, en casos como éste resultará difícil para el tribunal de juicio oral controlar que las partes no utilicen formas veladas para eludir los efectos de la regla de exclusión. En el caso propuesto, por ejemplo, una inocente pregunta formulada al policía en torno al procedimiento seguido en la escena del crimen podría permitir a éste narrar en términos detallados el descubrimiento del arma, sus características y la forma en que se determinó que se trataba del arma homicida. En casos como éste, los partidarios de reconocer al tribunal de juicio oral facultades para suprimir la valoración de la prueba ilícita, propugnarán probablemente que el problema sea resuelto por esa vía. En mi opinión, como ya he dicho, esta solución no hace sino

duda la corrección de las actuaciones de la investigación" y una vez "alcanzado este umbral" debería ser el Estado quien demuestre, más allá de toda duda razonable, la corrección de sus actos". HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 95.

reducir a una mera declaración de intenciones la explícita preferencia de la ley chilena por la solución de los problemas de ilicitud de la prueba en fase de admisión. Producida ilícitamente la prueba en el juicio oral con infracción de una exclusión previamente decretada, la única respuesta consistente del tribunal de juicio oral ya contaminado por el conocimiento de la existencia del elemento probatorio sería declarar de inmediato y de oficio la nulidad de la audiencia de juicio oral, de conformidad con lo previsto por los arts. 163 y 160 CPP. Si el tribunal de juicio oral no lo hace, queda abierto el camino para la interposición posterior de un recurso de nulidad con base en el art. 373 letra a) CPP.

4.8.2. *Efecto secundario: exclusión de los elementos probatorios derivados (teoría de los frutos del árbol envenenado)*

La aceptación de la regla de exclusión como efecto apropiado para los elementos probatorios ilícitamente obtenidos conlleva el problema de determinar si deben correr la misma suerte los elementos probatorios obtenidos en forma derivada. La pregunta se contesta afirmativamente siguiendo la *teoría de los frutos del árbol envenenado.*[331]

La teoría de los frutos del árbol envenenado (*fruits of the poisonous tree*) tiene su origen en la sentencia dictada por la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso *Silverthorne Lumbre Co. v. United States.*[332] Sentando allí una doctrina que se ha diseminado a prácticamente todos los sistemas procesales penales que han optado por la ineficacia probatoria de la prueba ilícita, sostuvo la Corte que "la esencia de la provisión que prohíbe la adquisición de evidencia de una cierta manera es que no solamente la evidencia así adquirida no será usada ante el tribunal, sino que no será usada en absoluto".[333] La denominación "fruto del árbol envenenado" ("*fruit of the poisonous tree*") fue acuñada,

[331] En esta línea, también, MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 110, y HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 76.

[332] 251 U.S. 385 (1920).

[333] "The essence of a provision forbidding the acquisition of evidence in a certain way is that not merely evidence so acquired shall not be used before the Court but that it shall not be used at all" (traducción nuestra). 251 U.S. 385, 392.

posteriormente, por el juez Frankfurter, aplicando la doctrina de *Silverthorne* a un caso de interceptación de comunicaciones telefónicas en *Nardone v. United States,*[334] y supone que la exclusión de la prueba obtenida ilícitamente produce también la exclusión de toda la prueba de ella derivada, es decir, de toda la prueba respecto de la cual pueda establecerse una conexión causal con la información obtenida a través de la prueba ilícita originaria.[335] Así, por ejemplo, en el caso *Nardone,* la exclusión de evidencia que procedía en virtud de la ilicitud de la interceptación telefónica no se aplicó sólo a las palabras oídas a través del acto ilícito, sino a toda evidencia obtenida posteriormente en virtud de esa información.

Como resulta evidente, la existencia o inexistencia de esta conexión causal es un problema que sólo puede ser resuelto caso a caso.[336]

La aplicación de la teoría de los frutos del árbol envenenado, en cuanto supone una relación causal, excluye la posibilidad de que la exclusión se aplique a los casos en que esa relación causal aparezca rota. Aunque a estas situaciones suele considerárselas como límites a la teoría, la verdad es que no constituyen más que aplicaciones de la misma regla, y son fundamentalmente tres: la doctrina de la fuente independiente, la doctrina del descubrimiento inevitable y la doctrina del vínculo atenuado.[337]

4.8.2.1. Doctrina de la fuente independiente

La doctrina de la fuente independiente surge simultáneamente con la teoría de los frutos del árbol envenenado. En el mismo caso *Silverthorne Lumbre Co. v. United States,* la Suprema Corte de los Estados Unidos, junto con establecer que la esencia de la regla de exclusión era impedir absolutamente el uso de la evidencia obtenida ilícitamente, señaló que "Por supuesto, esto no significa que los hechos así obtenidos se vuelvan sagrados e in-

[334] 308 U.S. 338 (1939).

[335] Así se deduce, claramente, de *Nardone v. United States.* 308 U.S. 338, 341.

[336] Así MIRANDA ESTRAMPES, siguiendo a GIMENO SENDRA. MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 111.

[337] En este punto sigo a CHIESA (E.), cit., v. I., pp. 208-214.

accesibles. Si se obtiene el conocimiento de ellos de una *fuente independiente*, ellos pueden ser probados como cualquier otro, pero el conocimiento obtenido por el propio error del Gobierno no puede ser usado por éste en la manera propuesta".[338]

La teoría de la fuente independiente aparece más tarde precisada en *Wong v. United States*,[339] en el cual se indica: "No necesitamos sostener que toda la evidencia es 'fruto del árbol envenenado' simplemente porque no habría salido a la luz sino por las acciones ilegales de la policía. Antes bien, la pregunta más apropiada en tal caso es 'si, habiéndose establecido la ilegalidad primaria, la evidencia a la cual la actual objeción es formulada ha sido traída por la explotación de esa ilegalidad o, en su lugar, por medios suficientemente distinguibles como para estar curados de la mancha original'".[340]

4.8.2.2. Doctrina del descubrimiento inevitable

La doctrina del descubrimiento inevitable surge en la jurisprudencia norteamericana como una extensión de la doctrina de la fuente independiente, tendiente a abarcar aquellos casos en que, si bien la evidencia derivada se encuentra en relación causal con la información obtenida ilícitamente, el tribunal se siente capaz de predecir, con cierto grado de certeza, que dicha relación causal resulta irrelevante, porque, de no haber existido, la evidencia se habría de todas maneras obtenido a través de actos de investigación lícitos que se encontraban en curso.

---

[338] "Of course this does not mean that the facts thus obtained become sacred and inaccessible. If knowledge of them is gained from an independent source they may be proved like any others, but the knowledge gained by the Government's own wrong cannot be used by it in the way proposed" (traducción nuestra). 251 U.S. 385, 392.

[339] 371 U.S. 471 (1963).

[340] "We need not hold that all evidence [371 U.S. 471, 488] is 'fruit of the poisonous tree' simply because it would not have come to light but for the illegal actions of the police. Rather, the more apt question in such a case is 'whether, granting establishment of the primary illegality, the evidence to which instant objection is made has been come at by exploitation of that illegality or instead by means sufficiently distinguishable to be purged of the primary taint" (traducción nuestra). 371 U.S. 471, 487-488. La parte final de la parte transcrita corresponde a la cita que la propia sentencia hace a MAGUIRE, *Evidence of guilt*, 221 (1959).

El caso más relevante es *Nix v. Williams*,[341] en que la policía obtuvo ilícitamente del imputado la información sobre la ubicación de un cadáver, que la Corte estimó que hubiera sido descubierto de todas maneras, ya que un grupo de doscientas personas estaba ya en la búsqueda del cuerpo, que incluía el lugar donde éste se encontraba. La regla que puede deducirse del caso es que la evidencia inconstitucionalmente obtenida puede ser admitida en juicio si inevitablemente habría sido descubierta en la misma condición por una línea de investigación independiente que estaba ya en desarrollo cuando la violación constitucional ocurrió.[342]

4.8.2.3. Doctrina del vínculo atenuado

Se trata también de una limitación a la teoría de los frutos del árbol envenenado que surge también de la exigencia de relación causal entre la ilicitud originaria y la prueba derivada. Esta doctrina permite admitir prueba derivada de actuaciones ilícitas cuando el vínculo entre la ilegalidad original y la prueba derivada es demasiado tenue.

Aunque, en general, se trata de una doctrina fundada en el criterio de prevención, es decir, justifica la admisibilidad de la evidencia porque la atenuación del vínculo hace perder el efecto disuasivo de la regla de exclusión,[343] parece perfectamente lógica por la mencionada exigencia de causalidad propia de la teoría de los frutos del árbol envenenado.

La doctrina surge en *Nardone v. United States*, en que la Corte, junto con afirmar la posibilidad de probar la existencia de

[341] 467 U.S. 431 (1984).

[342] Así, a lo menos, entienden la regla de la mayoría los jueces Brennan y Marshall quienes, al redactar el voto disidente en el mismo caso, se refieren a ésta señalando: "In particular, the Court concludes that unconstitutionally obtained evidence may be admitted at trial if it inevitably would have been discovered in the same condition by an independent line of investigation that was already being pursued when the constitutional violation occurred". ["En particular, la Corte concluye que evidencia inconstitucionalmente obtenida puede ser admitida en juicio si inevitablemente habría sido descubierta en la misma condición por una línea de investigación independiente que estaba ya siendo perseguida cuando la violación constitucional ocurrió" (traducción nuestra)]. 467 U.S. 431, 459.

[343] CHIESA (E.), citando a LA FAVE & ISRAEL, cit., v. I., p. 209.

una conexión causal entre la información ilícitamente obtenida y la prueba derivada, advirtió que "como consideración de buen criterio, sin embargo, tal conexión puede haber llegado a ser tan atenuada como para disipar la mancha".[344] El concepto fue más tarde utilizado en *Wong Sun v. United States*,[345] en que se pretendía la exclusión de la confesión de un individuo ilegalmente arrestado, quien había admitido el delito varios días después de haber sido dejado en libertad y mientras esperaba el juicio.

El desarrollo de la jurisprudencia norteamericana en materia de precisión de la conexión causal que debe existir para que resulte aplicable la teoría de los frutos del árbol envenenado me parece plenamente aplicable al derecho chileno, y creo que puede servir como punto de partida para el alcance que la jurisprudencia nacional ha de reconocer a la regla de exclusión.[346]

4.8.3. *Excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita*

4.8.3.1. La prueba de descargo

La exclusión de la prueba ilícitamente obtenida con inobservancia de garantías fundamentales reconoce un primer límite cuando el elemento probatorio obtenido ilícitamente por el Estado constituye prueba de descargo para la defensa.

Nos estamos refiriendo aquí a la evidencia obtenida ilícitamente cuyo contenido probatorio, sin embargo, permite establecer la inocencia del imputado o aminorar su responsabilidad penal, problema que la doctrina conoce como "prueba ilícita *in bonam partem*" o "admisibilidad *pro reo* de la prueba ilícita".[347]

---

[344] "As a matter of good sense, however, such connection may have become so attenuated as to dissipate the taint" (traducción nuestra). 308 U.S. 338, 341.

[345] 371 U.S. 471.

[346] Así piensa también HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 77, quien considera que la necesidad de establecer y valorar la calidad de la relación causal entre lo que llama "ilicitud de base" y "el material probatorio cuya ilicitud se discute" debiera conducir a un "panorama *parcialmente* similar al que rige en la jurisprudencia norteamericana" (cursivas en el original, HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 77).

[347] RODRIGUEZ SOL (L.), cit., p. 302.

El problema podría parecer irrelevante y meramente hipotético en la medida en que la legitimación activa para solicitar la declaración de la ilicitud de la prueba se restrinja a la defensa y no al ministerio público,[348] pero no lo es, en la medida en que se permita al tribunal excluir prueba de oficio,[349] ya que en tal hipótesis podría plantearse una posibilidad de exclusión sin solicitud del fiscal. En mi opinión, y por las razones expuestas ya, en parte, anteriormente, no cabe la exclusión de prueba de descargo sobre la base de ilicitudes cometidas en la obtención de la prueba, porque en tal caso no existen razones de interés público que justifiquen la declaración de ilicitud.[350]

Como expresa MIRANDA ESTRAMPES, si se aceptara la ilicitud de la prueba en este caso "el orden jurídico incurriría en una contradicción: el mandato que tiene como fin proteger al ciudadano poniendo un límite al Estado habría sido empleado para perjudicarlo".[351]

4.8.3.2. La excepción de buena fe

Se ha sostenido que provocaría también una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita la circunstancia de que la ilicitud que afecta a la obtención de la evidencia hubiera sido cometida por la policía "de buena fe" en el momento de practicar la actuación.

La creación de esta excepción obedece a los ataques de que ha sido objeto la regla de exclusión en la jurisprudencia de los Estados Unidos.[352] Un buen exponente de esta doctrina es el voto disidente del juez White en *Stone v. Powell,* en el cual manifiesta que la regla de exclusión "debería ser sustancialmente modificada para evitar su aplicación en aquellas muchas circunstancias donde la evidencia en cuestión fue incautada por un oficial actuando en la creencia de buena fe de que su conducta se ajus-

[348] Vid. supra IX.C.4.7.2.2.
[349] Vid. supra IX.C.4.7.1.
[350] Vid. supra IX.C.4.8.3.1.
[351] MIRANDA ESTRAMPES (M.), cit., p. 205.
[352] Seguimos aquí a LaFAVE (W.), ISRAEL (J.) y KING (N.), *Criminal procedure,* cit., pp. 114-118.

taba a la ley existente y teniendo bases razonables para esta creencia".[353]

La doctrina de la buena fe no ha sido adoptada en toda esa extensión por la jurisprudencia norteamericana, pero sí parcialmente en *United States v. Leon*, para permitir el uso de evidencia obtenida por oficiales que actuaban en la "confianza razonable" *(reasonable reliance)* de una orden de entrada y registro dictada por un juez, pero que finalmente se había descubierto carente de fundamentación suficiente para dictarla.[354] Como explica CHIESA, lo crucial en esta doctrina es "que el alcance de la regla de exclusión debe determinarse a base de un balance entre costo social y el propósito disuasivo de la regla".[355]

La consideración de la doctrina de la *buena fe* como limitación a los alcances de la regla de exclusión de la prueba ilícita presupone aceptar como única fundamentación del instituto el criterio de la prevención o disuasión policial, ya que, como queda en evidencia, la doctrina se funda en el escaso efecto disuasivo que en determinadas circunstancias tendría la regla para la policía, pero no ofrece explicaciones al uso ilegítimo que hace el Estado de la prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales.

En este sentido, y teniendo en consideración que en este trabajo propugnamos una fundamentación múltiple para la ineficacia probatoria de la prueba ilícita que incluye el criterio de la integridad judicial, resulta evidente que ella no puede ser aceptada como limitación al alcance de la prueba ilícita en Chile y, por lo tanto, no alcanza a constituir una limitación real en nuestro sistema.[356]

---

[353] "...*should be substantially modified so as to prevent its application in those many circumstances where the evidence at issue was seized by an officer acting in the good-faith belief that his conduct comported with existing law and having reasonable grounds for this belief*" (traducción nuestra). *Stone v. Powell*, 428 U.S. 465, 538.

[354] *United States v. Leon*, 468 U.S. 897.

[355] CHIESA (E.), cit., v. I, p. 198.

[356] De la misma opinión es HERNANDEZ BASUALTO, quien, acertadamente, hace notar que la excepción de la buena fe circunscribe la mirada a la actuación de los agentes policiales sin hacerse cargo de las actuaciones ilegales de los magistrados, lo que no resulta justificable. Cfr. HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 74. Sobre la escasa y nula recepción de la doctrina de la buena fe en Argentina y Europa, véase HAIRABEDIAN (M.), *Eficacia probatoria de la prueba ilícita...*, cit., pp. 84-85.

4.8.3.3. Afectación de garantías fundamentales cometidas por particulares

Una última excepción aparente a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita está relacionada con la pretendida admisibilidad de la prueba ilícita obtenida por particulares, donde no es posible imputar al Estado, en su origen, la vulneración de los derechos fundamentales que han resultado afectados.[357]

Pensemos, por ejemplo, en la grabación subrepticia de una conversación privada efectuada por un particular, sin el consentimiento de los interlocutores de esa conversación, que es luego puesta a disposición del ministerio público como evidencia de la comisión de un delito. Más allá del indiscutible carácter delictivo que dicha grabación tendría en nuestro sistema al tenor de lo dispuesto por el art. 161-A CP, la pregunta que surge es si puede el Estado servirse de la evidencia obtenida como producto de ese delito.

Los partidarios de considerar que la afectación de garantías fundamentales por particulares no puede dar lugar a la declaración de ineficacia probatoria de la prueba así obtenida consideran que la institución constituye una forma de control a la actividad de persecución penal del Estado, que no tiene razón de ser cuando la afectación proviene de particulares. Este es el criterio imperante en la jurisprudencia norteamericana a partir de *Burdeau v. McDowell*,[358] caso en que la Suprema Corte sostuvo que la Cuarta Enmienda en sus "orígenes e historia claramente muestra que estuvo dirigida a constreñir las actividades de la autoridad soberana y no a ser una limitación sobre otros distintos de las agencias gubernamentales".[359] A partir de este prece-

[357] Por cierto, el problema supone la aceptación previa de que no sólo el Estado, sino también los particulares pueden violar garantías fundamentales, algo sobre lo cual parece existir algún grado de consenso en nuestro medio (véase PEÑA, CARLOS, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Colección Estudios Nº 5, Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, Santiago, especialmente partes I y III; y JANA (A.), *Los derechos fundamentales*, en "Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional" (SELA), 2001, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2003.

[358] 256 U.S. 465.

[359] "(Fourth Amendment's) origin and history clearly show that it was intended as a restraint upon the activities of sovereign authority and was not intended to be a limitation upon other than governmental agencies" (traducción nuestra).

dente, la jurisprudencia norteamericana admite la evidencia obtenida ilícitamente por particulares, siempre que éstos no actúen "a instancias del gobierno o en cooperación con éste" y siempre que, tratándose de un registro ilegal, éste se haya completado en la esfera privada sin intervención de los agentes estatales.[360] En Alemania, la situación es muy similar, ya que según la opinión mayoritaria "sólo los órganos estatales son destinatarios de las prohibiciones de prueba".[361]

La respuesta a este problema parece depender una vez más del fundamento que se tenga en consideración para aceptar la ineficacia probatoria de la prueba ilícita.[362] Así, bajo el criterio de prevención, resulta evidente que, no existiendo en la obtención de la prueba ilícita por particulares alguna injerencia de carácter estatal, la exclusión de la prueba obtenida en estos casos no podría de modo alguno cumplir una función disuasiva con respecto a los agentes de la persecución penal y, por tanto, no existirían razones para excluir la prueba ilícitamente obtenida de este modo.[363] Distinta es la solución, sin embargo, si se tiene en mente el fundamento de la integridad judicial. Si el criterio que inspira la declaración de ineficacia de la prueba ilícita es la preservación de la integridad judicial, parece evidente que dicha integridad queda igualmente comprometida si el Estado se vale de medios ilícitos para acusar a una persona, con independencia de si la ilicitud fue cometida por el propio Estado o por los particulares.

256 U.S. 465. Citado por LaFAVE (W.), ISRAEL (J.), y KING (N.), *Criminal procedure*, cit., p. 125.

[360] CHIESA (E.), cit., v. I, pp. 346-347.

[361] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 39.

[362] Cfr. HAIRABEDIAN (M.), *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, en Nueva doctrina penal, 2001/B, Buenos Aires, 2002, pp. 663-674.

[363] En contra, HAIRABEDIAN, quien considera que el fundamento preventivo o disuasorio "es tan aplicable para los dependientes del Estado, sean de las fuerzas de seguridad o de los órganos judiciales como para los particulares", porque "sostener que las exclusiones probatorias sólo están dirigidas a dependientes del Estado, o más limitadamente a la policía, resulta incoherente con el propio argumento de la disuasión o prevención, porque parte de una premisa falsa, cual es que sólo los miembros de las fuerzas de seguridad o investigación pueden incurrir en ilegalidades, o que los particulares nunca lo hacen". HAIRABEDIAN (M.), *La prueba obtenida ilícitamente por particulares*, cit., p. 671.

Como afirma HERNANDEZ BASUALTO, quien razona evidentemente desde una perspectiva de integridad judicial "al admitir como prueba el fruto de la vulneración de una garantía fundamental, aunque realizada por un particular, esto es, al amparar procesalmente la vulneración, es el Estado mismo el que vulnera la garantía fundamental y torna ilegítimo el proceso".[364]

A nuestro juicio, entonces, no cabe reconocer una excepción a la ineficacia probatoria de la prueba ilícita por el hecho de que la afectación de garantías sea imputable a particulares y no al Estado. Resolver lo contrario resultaría, por lo demás, particularmente peligroso en un sistema que, como el nuestro, prevé la intervención del querellante particular desde el mismo instante en que se da inicio a la investigación.

[364] HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 66. En la misma línea parece estar BOFILL si se extrapola lo que afirmà al referirse a los vicios cometidos en los métodos de interrogación policial, cuando señala que "desde una perspectiva ética no es correcto que los órganos judiciales puedan obtener un provecho de la comisión de hechos punibles" BOFILL (J.), *Las prohibiciones de prueba*, cit., p. 235.

X. LA ETAPA DEL JUICIO ORAL*

1. LA CENTRALIDAD DEL JUICIO ORAL EN EL NUEVO PROCESO PENAL

Como vimos en otra parte de este trabajo,[1] garantía fundamental de toda persona a quien se le efectúa una imputación penal es el derecho a un juicio previo, oral y público ante un tribunal imparcial que decidirá acerca de su culpabilidad o inocencia respecto de los cargos formulados en base a la prueba producida durante su desarrollo. El derecho al juicio previo deriva de la calidad de inocente que debe presumirse de cualquier persona a quien se le atribuye la comisión de un delito, presunción que favorece al imputado hasta tanto no se establezca legalmente su responsabilidad penal en una sentencia definitiva ejecutoriada.

Del derecho al juicio previo surgen diversas garantías relativas a la constitución o formación del mismo, esto es, que dicen relación con la producción de las pruebas, el desarrollo de la defensa y a la convicción del tribunal. Entre otras, podemos señalar las siguientes: la formulación de una acusación exactamente determinada como presupuesto de la actuación del tribunal *(nemo iudex sine actore)*, la carga de la prueba, que corresponde al Estado, los principios de oralidad, inmediación, contradicción, publicidad y continuidad del juicio, la existencia de métodos prohibidos de interrogación, los derechos de la defensa, la motivación de la sentencia, etc. Estas garantías definen específicamente

---

* Capítulo preparado por María Inés Horvitz L.

[1] T. I, cap. II, C.2.2.

un modelo cognoscitivo del juicio,[2] en gran parte presididas por el método acusatorio. Este modelo confiere un fundamento y una justificación específica a la legitimidad del Poder Judicial y a la validez de sus pronunciamientos, que no depende tanto del valor político del órgano judicial ni de la justicia intrínseca de sus decisiones, sino de la verdad, inevitablemente aproximativa o relativa, de los conocimientos adquiridos en el marco operativo de tales garantías y que asume como soporte de su fallo.[3]

Como señala TARUFFO, el reconocimiento generalizado de la imposibilidad de obtener verdades absolutas no implica en modo alguno el fin de la ciencia, ni el de la epistemología ni el de la costumbre de pensar que, de alguna manera, las cosas y los hechos del mundo material pueden ser racionalmente conocidos.[4] Sólo que precisa la admisión de la existencia y racionalidad de conocimientos necesariamente relativos, esto es, en el marco de determinados contextos y en diferentes grados o medidas. De allí que el problema no es, en consecuencia, preguntarse si el proceso debe o puede estar dirigido a la determinación de la verdad de los hechos, sino más bien establecer qué puede entenderse por verdad de los hechos en el contexto del proceso y cuándo, y en qué condiciones y mediante qué medios aquélla puede alcanzarse.[5] La cuestión central es definir las *condiciones* de *validez* y de *aceptabilidad* de estos conocimientos, esto es, determinar criterios racionales para verdades necesariamente relativas.

La metodología acusatoria o falsacionista pareciera reunir tales condiciones de validez y aceptabilidad. En efecto, ella supone la vigencia irrestricta de ciertas garantías que aseguran el carácter cognoscitivo del procedimiento y la separación y reparto de papeles entre los sujetos del proceso: las dos partes, acusación y defensa, a quienes competen respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión.[6]

---

[2] T. I, cap. I.2.

[3] FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 537 y ss.

[4] *La prueba de los hechos*, cit., p. 178.

[5] Se trata, en fin, de un problema eminentemente epistemológico, pues atinge a las modalidades y características del conocimiento de un hecho *en un contexto de experiencia específico caracterizado por reglas y exigencias institucionales particulares* (cfr. TARUFFO, cit., p. 168; el destacado es nuestro).

[6] *Derecho y razón*, cit., pp. 605-606.

Esta metodología rige plenamente en el juicio oral y presupone tres condiciones: una separación neta entre las funciones de acusación y fallo, requisito que garantiza la imparcialidad del tribunal que juzga; la carga de la prueba, que compete al acusador; y el derecho de defensa, que en el juicio asume el carácter de contradicción o refutación. Ellas son definidas por FERRAJOLI como garantías *primarias* o *epistemológicas*, porque aseguran el carácter cognoscitivo del proceso penal.[7] De este modo, el carácter monologante, unilateral, de la actividad procesal propia del modelo inquisitivo es sustituido por el juego dialéctico de argumentaciones contrastantes, fundadas en la actividad probatoria de las partes del proceso, y en que el juez tiene la función de juzgar libremente la fiabilidad de la hipótesis acusatoria o de la refutación en base a la prueba rendida en el juicio. Esta metodología permite, en el ámbito del proceso, no sólo la determinación de la verdad (relativa) de los hechos como correspondencia[8] (aproximada) con la realidad sino que satisface, en el ámbito del derecho penal, la indispensable legitimación retrospectiva de la decisión jurisdiccional, esto es, la verificación por el juez del contenido fáctico de las normas jurídico-penales que constituyen el presupuesto para la adjudicación de responsabilidad penal, por mandato del principio de legalidad. La publicidad, la oralidad, la inmediación, la continuidad del juicio, la motivación de la sentencia son garantías que aseguran la vigencia de las garantías primarias: todas ellas no sólo protegen los derechos fundamentales del ciudadano que es imputado de un delito frente a los poderes públicos sino que, además, representan las reglas básicas de *procedimiento* a las que ha de ajustarse la adopción de decisiones en todo sistema democrático. Por ello, no basta con el establecimiento de la verdad en el juicio sino que debe

[7] *Derecho y razón*, cit., pp. 537 y ss., esp. 606. En Chile, se orienta en el mismo sentido, COLOMA C. (R.), "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", en COLOMA (ed.), *La prueba en el nuevo proceso penal*, Ed. Lexis-Nexis, Santiago, 2003, pp. 5 y ss., para quien el juicio oral provee "un mecanismo de selección de enunciados fácticos que apunta tanto a velar por su calidad epistemológica (...) como también por la sujeción a ciertos límites en la indagación" (p. 8).

[8] Sobre la verdad como correspondencia y otras teorías de la verdad, no necesariamente incompatibles con aquélla, cfr. TARUFFO (M.), *La prueba de los hechos*, cit., pp. 167 y ss.

asegurarse que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento *legítimo*, que no se incline a favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de ellas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja. Sólo la verdad obtenida con respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida.[9] De allí las reglas de exclusión o de invalorabilidad de la prueba obtenida ilícitamente durante el procedimiento no obstante su eventual eficacia para el establecimiento de la verdad.[10]

Para asegurar la centralidad del juicio se priva –en general– de todo valor probatorio a las actuaciones realizadas con anterioridad al juicio, situación que no ocurría en el marco del antiguo proceso penal chileno, de corte fuertemente inquisitivo.[11] La centralidad del juicio, en consecuencia, dependerá del grado de rigurosidad con el que se plantee la exigencia de producción íntegra de la prueba durante el desarrollo del juicio y ante los miembros del tribunal. Como sabemos, los diversos sistemas que contemplan el juicio oral como una de sus etapas admiten, con mayor o menor extensión, la posibilidad de incorporar al mismo pruebas producidas en etapas previas a la audiencia principal, por medio de la lectura de las actas en las que consta su materialización.[12] En el caso chileno, como veremos, esta posibilidad es admitida con carácter muy excepcional.[13]

---

[9] VIVES ANTON (T.), *La reforma del proceso penal. II (Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pp. 248-249.

[10] Vid. supra cap. IX, C.4.

[11] No obstante que el artículo 76 del Código de Procedimiento Penal señala que el sumario es una etapa preparatoria del juicio, en la práctica se convirtió en la fase central del procedimiento. Al respecto RIEGO señala que: "(...) muchas cuestiones de gran relevancia se deciden allí (en el sumario) en la mayoría de los procesos; entre otras: gran parte de la prueba se recibe durante su desarrollo; también la convicción acerca de la culpabilidad suele producirse en esa instancia (...)". Concluye que "en consecuencia, el plenario, supuestamente contradictorio y que debiera constituirse en el 'juicio' criminal, ha terminado prácticamente desapareciendo por efecto de su propio diseño" ("El sistema procesal penal chileno frente a las normas internacionales de derechos humanos", en MEDINA/MERA (eds.), *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de derechos humanos*, Escuela de Derecho UDP Nº 6, Serie Publicaciones Especiales, 1996, pp. 241 y ss., esp. p. 254.

[12] Un caso especial es el retroceso experimentado en Italia, desde la reforma de 1989 –de espíritu abiertamente acusatorio–, hacia un sistema inquisitivo a raíz

2. PRINCIPIOS DEL JUICIO ORAL

Como una forma de realzar la importancia de los principios que informan todo el desarrollo del juicio –constitutivos, en general, de garantías para el imputado–, el Código los enuncia expresamente y señala sus implicaciones en el párrafo 2° del Título III del Libro II. Tales principios fueron examinados en otra parte de esta obra, en tanto garantías del juicio.[14] La mayoría de ellas constituyen, en la terminología acuñada por FERRAJOLI, garantías *secundarias* o de *segundo nivel*, también llamadas "garantías de garantías", pues mediante ellas se asegura con relativa certeza el cumplimiento de las garantías *primarias*, constituidas –como hemos visto– por la formulación de la acusación, la carga de la prueba y el contradictorio con la defensa.[15]

A continuación efectuaremos unas breves reflexiones respecto a la regulación concreta de dichos principios en el Código y sus principales consecuencias prácticas.

2.1. ORALIDAD, INMEDIACIÓN Y PUBLICIDAD DEL JUICIO

Estos principios presiden, en el plano de las formas externas más visibles, la transformación del procedimiento inquisitivo experimentada durante el siglo XIX en Europa continental, resumiendo en gran medida el proyecto político del Iluminismo.[16]

---

de sucesivos fallos de la Corte Constitucional de ese país en los que se ha admitido la incorporación por escrito al juicio de evidencia obtenida en otros procesos o en la investigación preparatoria de delitos cometidos por organizaciones criminales. Vid. FABRI (M.), "El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989", en SAFFORD (J.), y otros, *La implementación de la reforma procesal penal*, CDJ/CPU-NCSC, 1996, pp. 79 y ss., pp. 91-92. Respecto a la situación española, vid. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993, pp. 246 y ss.

[13] Vid. infra 3.4.2.8.1.

[14] T. I, cap. II, C.2.3.

[15] FERRAJOLI, cit., p. 606.

[16] MAIER, cit., pp. 652 y ss. La polémica contra el secreto y la reivindicación de la publicidad del proceso penal como única forma de impedir la arbitrariedad constituyen una de las contribuciones más meritorias del pensamiento ilustrado a la reforma en sentido acusatorio del proceso penal moderno. Y aquí

Las garantías consagradas en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, ratificadas y vigentes en Chile e incorporadas al ordenamiento jurídico de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° CPR, y el sistema republicano del Estado chileno obligaban a la configuración de un proceso penal centrado en las ideas de oralidad y publicidad. La oralidad, porque es el único instrumento que permite materializar las exigencias de publicidad, inmediación del tribunal y las pruebas y de contradicción del debate. Y la publicidad, constituida en imperativo de un sistema democrático de gobierno, porque es la única forma de garantizar el control sobre el respeto de las demás garantías procesales.[17] La forma hablada implica necesariamente publicidad. La oralidad y la publicidad constituyen rasgos estructurales y constitutivos del proceso acusatorio, mientras que el secreto y la escritura son elementos caracterizadores del proceso inquisitivo.[18] Por otro lado, el principio de inmediación garantiza que el tribunal adquiera su convicción y dicte sentencia solamente en base a lo acontecido en el juicio, esto es, fundado en sus percepciones personales y directas sobre las pruebas producidas durante el juicio y, en su caso, la declaración del acusado.[19]

No puede existir inmediación del tribunal respecto del debate y las pruebas, ni contradicción en la producción del mate-

convienen citar la frase de Beccaria: "Sean públicos los juicios y públicas las pruebas del delito para que la opinión, que acaso es el sólo cimiento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga: nosotros no somos esclavos, sino defendidos" (*De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968, p. 50).

[17] *Derecho y razón*, cit., p. 616.

[18] La oralidad y la publicidad estuvieron presentes tanto en Grecia como en la Roma republicana, entraron en crisis con el advenimiento del proceso inquisitivo de la Roma imperial y desaparecieron del todo en la experiencia procesal medieval, rígidamente caracterizada por el secreto y la escritura tanto de las acusaciones como de las pruebas (FERRAJOLI, cit., p. 616). Debe destacarse, sin embargo, que este autor señala que, en el proceso mixto introducido por el Código Procesal Penal francés de 1808 y exportado a Italia y otros ordenamientos europeos, se consagra la *media* oralidad y la *media* publicidad, esto es, instrucción escrita o mayormente sustanciada en un proceso escrito y reservado y el juicio oral y público, señalando que incluso el juicio oral se vuelve ficción si se transforma en mera lectura de los autos, reduciéndose a simple puesta en escena del material probatorio recogido en etapas previas (cit., p. 619).

[19] Vid. t. I, cap. II, C.2.3.2.1.

rial probatorio si no existe oralidad. Como vimos anteriormente, este principio cumple básicamente dos funciones: la de evitar la delegación en la recepción de las pruebas y la obligación del tribunal de fundar su convicción en base a lo acontecido en el juicio. Ello se garantiza, entre otros mecanismos, a través de exigir la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en todas las audiencias del juicio, la continuidad del debate y el deber de fundar la sentencia sólo en la prueba rendida en el juicio, principios que estudiaremos separadamente.[20]

2.1.1. *Oralidad*

El inciso 1° del artículo 291 CPP establece que "la audiencia del juicio se desarrollará en forma *oral*, tanto en lo relativo a las alegaciones y argumentaciones de las partes como a las declaraciones del acusado, a la recepción de las pruebas y, en general, a toda intervención de quienes participaren en ella". Asimismo, la oralidad alcanza a las resoluciones judiciales, las que deben ser "dictadas y fundamentadas verbalmente por el tribunal", entendiéndose que se encuentran notificadas desde el momento de su pronunciamiento, norma que guarda relación con la contenida en el artículo 30 CPP. Conforme al mismo precepto legal citado, las resoluciones judiciales deben constar en el registro del juicio. Esta disposición parece superflua a la luz de lo que señala el artículo 41 CPP, cuando establece que el juicio oral debe ser registrado en forma íntegra.

Para garantizar la vigencia de este principio, la ley impone al tribunal el deber de declarar inadmisible toda presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral. Es importante delimitar este supuesto de aquellos casos en que se ofrece la incorporación de prueba documental. De acuerdo con la primera frase del artículo 333 CPP, los documentos deben ser leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. En consecuencia, no cabe "acompañar" dichos documentos al juicio, esto es, presentarlos al tribunal para su posterior lectura privada. El Código es claro y preciso en el sen-

[20] Vid. infra 2.2 y 2.3.

tido de establecer que la incorporación al debate de los mismos es a través de su exhibición y *lectura*, aunque el documento fuere extenso, pues sólo se podrá valorar por el tribunal aquello que fuere leído en la audiencia.

Las excepciones al principio de oralidad están constituidas por supuestos de discapacidad física o ausencia de conocimiento del idioma castellano. El inciso 3° del artículo 291 CPP se refiere a las personas que no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, disponiendo que "intervendrán por escrito o por medio de intérpretes". En el inciso 4° del mismo precepto legal se regula la situación del acusado sordo o que no entiende el idioma castellano; tales personas deben ser asistidas por un intérprete, que les comunique el contenido de los actos del juicio. Estas normas guardan relación con las garantías del debido proceso establecidas en la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que aseguran el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente por un traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal (art. 8.2.a) CADH y art. 14.3 letra f) PIDCP).

2.1.2. *Inmediación*

Existen diversas normas que garantizan la presencia ininterrumpida de los sujetos procesales en el juicio a fin de asegurar que la sentencia se funde en la prueba y en las alegaciones efectuadas en el curso de la audiencia, sin posibilidad alguna de mediación o delegación por parte del tribunal. Con su introducción se quiso suprimir los graves defectos producidos por la separación entre juez instructor y juez juzgador del sistema inquisitivo escrito, que se traducía en el envío de actas de uno a otro tribunal.[21] La inmediación del tribunal con las pruebas constituye un pilar fundamental de la legitimidad del juicio; la prueba "allegada" al juicio, sin que sea percibida personal y directamente por el tribunal, no sólo carece de confiabilidad, sino que no sa-

[21] ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 394.

tisface los mínimos estándares de un modelo garantista de proceso penal de carácter cognoscitivo.[22]

La inmediación, junto a la oralidad, constituyen, por otra parte, la única forma de realizar el principio de contradicción de las argumentaciones y las pruebas presentadas por las partes.

El artículo 284 CPP establece que la audiencia del juicio oral deberá realizarse con la presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal y del fiscal del ministerio público. Cuando el querellante particular haya asumido el rol de acusador público, en los casos a que se refieren los artículos 258 y 270 inciso 3° CPP, será éste quien deberá estar presente ininterrumpidamente durante todo el juicio. Si iniciada la audiencia principal faltare algún integrante del tribunal de juicio oral en lo penal, el tribunal continuará funcionando, siempre que los miembros ausentes pudieren ser reemplazados de inmediato, en virtud de lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 281 CPP.[23] De lo contrario, o existiendo una infracción a la exigencia de presencia ininterrumpida de ambos sujetos procesales, deberá declararse la nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dicte en él. Debe recordarse que esta infracción constituye motivo absoluto de nulidad (art. 374 letras a) y b) CPP).

El Código prevé, además, la imposición de una sanción disciplinaria para el fiscal que no asista o abandone injustificadamente la audiencia del juicio oral o alguna de sus sesiones, si éste se desarrolla en varias de ellas. Ella es sumamente grave y consiste en la suspensión del ejercicio de la profesión hasta por dos meses, la que se impondrá después de escuchar al afectado y recibir la prueba que éste ofreciere, si la estima procedente. Esta norma consagra la idea de debido proceso también para el procedimiento disciplinario, cuyas sanciones tienen un evidente contenido aflictivo para su destinatario. La ley limita el ámbito de las excusas que puede esgrimir el fiscal para justificar su comportamiento: así, dispone que no constituirá excusa suficiente la circunstancia de tener el abogado otras actividades profe-

[22] Sobre este modelo de proceso penal, vid. t. I, cap. I.2. También, BAYTELMAN (A.), "El juicio oral", en CAROCCA y otros, *Nuevo proceso penal*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 243-244.

[23] Vid. t. I, cap. III, C.2.2.2.

sionales que realizar en la misma oportunidad en que se hubiere producido su inasistencia o abandono.

Esta limitación plantea un importante desafío no sólo para la distribución del trabajo dentro de las fiscalías, sino también en la organización y realización de las audiencias. En efecto, como se ha comprobado en una de las pocas investigaciones sobre la implementación de la reforma que se han efectuado hasta la fecha,[24] muchas audiencias –especialmente de procedimiento simplificado– fracasan por falta de concurrencia de un actor principal. Y dicho fenómeno responde, principalmente, a una cierta incapacidad de todos los actores del nuevo sistema para absorber un flujo de causas de cierta exigencia, circunstancia que se traduce en atrasos en la realización de las audiencias programadas en las agendas diarias, duración excesiva de las mismas y, en general, falta de eficiencia en la gestión del flujo de audiencias y en su realización.[25] Estos problemas de "rodaje" deben ser considerados a la hora de evaluar la conducta del respectivo actor.

En cuanto al acusado y su defensor, ambos deben estar presentes durante todas las audiencias del juicio; sin embargo, mientras el acusado puede abandonar temporalmente la sala de audiencia, la ausencia del defensor, siquiera breve, puede determinar la nulidad del juicio.[26] En efecto, el artículo 285 CPP establece que el tribunal puede autorizar la salida de la sala del acusado, cuando éste lo solicite, y en tal caso deberá ordenar su permanencia en una sala próxima. Asimismo, el tribunal podrá

[24] BAYTELMAN (A.) (redactor), *Evaluación de la reforma procesal penal chilena*, CEJ-Facultad de Derecho U. Chile/ CIJ-Escuela de Derecho UDP, Santiago, 2002, pp. 34 y ss.

[25] Como se señala en el informe citado: "Defensores y fiscales dicen tener que esperar en ocasiones lapsos entre media y una hora de retraso respecto de la hora fijada para la audiencia a la que concurrieron. Adicionalmente, suele ocurrir que el fiscal o el defensor tengan más de una audiencia fijada a la misma hora ante distintos jueces, caso en el cual no hay una respuesta organizacional del sistema, sino más bien una solución que pasa por la buena voluntad del juez y la contraparte" (*Evaluación de la reforma procesal penal*, cit., p. 35).

[26] Debe distinguirse entre ausencia durante la realización de las audiencias del juicio, de los recesos ("pausas") que puedan decretarse durante su desarrollo. Evidentemente, el CPP se está refiriendo sólo a las hipótesis de falta de comparecencia o abandono de la sala de audiencia *durante* el desarrollo del juicio, sin que se haya decretado por el tribunal un receso o la suspensión del juicio (al respecto, vid. infra 2.2).

disponer que el acusado abandone la sala de audiencia en razón de sus facultades disciplinarias, esto es, cuando el comportamiento del acusado perturbe el orden del juicio. En estos casos, pesa sobre el tribunal el deber de asegurar la oportuna comparecencia del acusado a través de la adopción de las medidas pertinentes, y ello aunque su defensor técnico se haya encontrado siempre presente. En efecto, su presencia durante todo el debate es el único modo de comprobar que ha tenido la oportunidad de intervenir, de contradecir a los testigos y peritos, de probar sus alegaciones, de controlar la prueba de cargo y, finalmente, señalar al tribunal la manera en que debe valorarla.[27]

Debemos recordar, por otra parte, que el defensor no es sólo representante, ni actúa siempre al lado del imputado; ni tampoco es sólo un asistente técnico del imputado, sino un verdadero sujeto procesal que ejerce facultades autónomas, sin sujeción a la voluntad del imputado.[28] Su deber principal es asistirlo jurídicamente en todas las actuaciones del procedimiento a fin de hacer valer todos los derechos y facultades que correspondan al imputado; y, por ello, es particularmente indispensable que se encuentre presente de modo ininterrumpido en aquella audiencia en la que se decide sobre su culpabilidad o inocencia: el juicio oral. Por ello, el artículo 286 CPP dispone que la presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral será un requisito de validez del mismo, de modo que su ausencia o abandono acarrea la nulidad del mismo. Si el defensor no comparece, se produce el denominado "abandono de la defensa", que obliga al tribunal a la designación de un defensor penal público en los términos señalados en el artículo 106 inciso 2° CPP.[29] Pareciera que la hipótesis más corriente será la del defensor *elegido* por el imputado, quien deberá ser sustituido de inmediato por un defensor penal público, "al que se concederá un período prudente para interiorizarse del caso" (art. 286 inciso 3° CPP), circunstancia que deberá dar lugar, corrientemente, a la suspensión de la audiencia del juicio oral (cfr. artículo 283 inciso 1° CPP). Sin embargo, también es posible que quien no

[27] MAIER, cit., p. 541.
[28] T. I, cap. III, D.3.2.
[29] Cfr. t. I, cap. III, D.3.2.2. y 3.2.5.

comparezca al juicio sea el defensor penal público previamente designado, quien, por consiguiente, deberá ser sustituido por otro defensor penal público. Tal como se plantea para el fiscal, también podrá imponerse al defensor la sanción de hasta dos meses de suspensión del ejercicio de la profesión cuando no compareciere o abandonare injustificadamente la audiencia del juicio oral (art. 287 CPP). Tratándose del defensor penal público, podrán aplicarse, además, las sanciones que prevea el reglamento institucional o las que correspondan por el incumplimiento de los deberes que impone la prestación del servicio de defensa penal pública.[30]

Por último, cabe señalar que la falta de comparecencia al juicio o el abandono del mismo por parte del querellante o su apoderado sin autorización del tribunal trae como consecuencia una sanción de índole procesal: la exclusión, en lo sucesivo, de este interviniente del procedimiento penal a través de la declaración judicial de "abandono de la querella". Dicha institución fue examinada en otra parte de nuestro trabajo.[31]

2.1.3. *Publicidad*

La publicidad[32] como característica del enjuiciamiento criminal es de antigua data, aunque no revestía la importancia política que adquiriría especialmente a partir del siglo XVIII. Así es posible invocar el tribunal del "Helión", en el derecho de los griegos de la época clásica, que recibía tal denominación porque sesionaba en la plaza pública y bajo la luz del sol; y en la Roma republicana la justicia penal se impartía en la plaza del mercado.[33] Sólo con la *cognitio extra ordinem* se redujo el aspecto público del proceso penal a la etapa final, durante la cual se reproducían las pruebas previamente recolectadas.[34]

[30] Cfr. t. I, cap. III, D.4.5.7.

[31] Cfr. t. I, cap. VII, B.3.3.6.

[32] Vid. t. I, cap. II, C.2.3.1.

[33] FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., p. 616, nota 325.

[34] MAIER (J.), cit., p. 274. ANITUA (G.I.), "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en HENDLER (E.) (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 67 y ss. FERRAJOLI señala que la

Como sabemos, el sistema inquisitivo del continente europeo reemplazó la publicidad de las audiencias por el secreto de la investigación. Los filósofos ilustrados identificaron el secreto del enjuiciamiento penal con el Antiguo Régimen y, a su turno, con la arbitrariedad y vulnerabilidad del imputado, promoviendo a partir de entonces la publicidad de los procesos de la antigüedad y del sistema inglés, intocado por la Inquisición, que se constituyó en modelo de proceso penal republicano.[35] La dimensión política profunda de este principio se aprecia en las palabras de MIRABEAU en un discurso ante la Asamblea Nacional: "Dadme al juez que queráis, corrompido, enemigo mismo si queréis. Poco me importa, con tal de que nada pueda hacer sin la presencia del público".[36] No obstante, el Código de Instrucción Criminal de 1808 representa una solución de compromiso entre las ideas reformistas de los Ilustrados, provenientes de su admiración por el sistema del *common law*[37] y las instituciones inquisitivas del Antiguo Régimen: para la etapa de debate se optó por el jurado y los principios del juicio oral, público y contradictorio; mientras que para la instrucción se prefirió el procedimiento escrito y secreto, incluso para el propio imputado. Este modelo mixto fue imponiéndose en todos los procedimientos de la tradición continental,[38] adquiriendo gran preponderancia

publicidad entró en crisis con el ingreso del proceso inquisitivo en la Roma imperial, cuando la sala de audiencias (*secretarium*) comenzó a estar cerrada por una cortina (*velum*) que se levantaba (*levato velo*) cuando se quería dar publicidad al proceso (*Derecho y razón*, cit., p. 616).

[35] ANITUA pone de relieve que la publicidad en los juicios anglosajones existía con mucha anterioridad a su fundamentación política y de utilidad; sin embargo, filósofos ilustrados como BENTHAM le atribuían una dimensión garantista ya en su origen ("El principio de publicidad...", cit., p. 72). Aunque sabemos que para el autor del Panóptico la publicidad tenía más importancia como dispositivo de control que como garantía del imputado (cfr. FOUCAULT (M.), *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (trad. Aurelio Garzón), Siglo XXI, Madrid, 1998, p. 210). Vid. también FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 616-17.

[36] Citado, entre otros, por GIMENEZ (J.), "Incidencia del derecho de información en los juicios de jurado" en *Jueces para la Democracia*, N° 27, noviembre, 1996, p. 28.

[37] Sobre este proceso, y a propósito de la evolución histórica del ministerio público, vid. t. I, cap. III, A.1.1.

[38] En Austria (1873), Alemania (1877), España (1882), Italia (1913), exportándose también a América Latina. Aunque se suele afirmar que el proceso penal

la publicidad del juicio, por su carácter instrumental para la verificación de los demás principios procesales, esto es, como garantía de garantías.[39]

La publicidad satisface tres órdenes de intereses.[40] Primero, el interés del imputado, en tanto asegura un proceso equitativo y la posibilidad cierta de ejercer su derecho de defensa; y al mismo tiempo, porque previene la arbitrariedad del juzgador. En segundo lugar, satisface el interés del Estado en el ámbito de la política criminal, pues la publicidad constituye uno de los instrumentos más idóneos para cumplir los efectos de prevención general atribuidos al derecho penal y la pena,[41] fundamentalmente, transmitir mensajes sociales sobre la efectiva vigencia de los valores que fundan la convivencia.[42] Además, la publicidad

chileno instaurado en 1906 corresponde a este modelo, lo cierto es que responde a un sistema inquisitivo más ortodoxo, pues ni siquiera existe un juicio al modo en que se entiende en Europa continental a partir de 1808.

[39] Para FERRAJOLI, sólo si el proceso se desarrolla en público es posible tener una relativa certeza de que serán satisfechas las garantías primarias. Por eso, la publicidad y la oralidad son también rasgos estructurales y constitutivos del método acusatorio formado por las garantías primarias (*Derecho y razón*, cit., p. 616).

[40] Todos ellos fueron magníficamente planteados por BENTHAM en su *Tratado de las pruebas judiciales*, publicado en 1823. En dicha obra proclamaba que la publicidad "es el alma de la justicia", porque, entre otras virtudes, favorece la "probidad" de los jueces al actuar "como freno en el ejercicio de un poder del que es tan fácil abusar", permite la formación de un espíritu cívico y el desarrollo de una "opinión pública", funda la "confianza del público" y refuerza la independencia de los magistrados acrecentando su responsabilidad social y neutralizando los vínculos jerárquicos y el "espíritu de cuerpo" (citado por FERRAJOLI, cit., p. 617).

[41] Tanto desde la perspectiva de la llamada función de prevención general positiva limitada, sostenida por autores como ROXIN o HASSEMER, como por quienes sostienen dicha función en su forma más radical. Así, JAKOBS postula que el derecho penal y la pena se justifican por su contribución en la estabilización del sistema social mediante la imposición al infractor de la sanción que esa colectividad sienta como justa. La sanción reforzaría contrafácticamente la vigencia de la norma confirmando que ella continúa marcando una pauta de conducta vinculante, ejercitando a los ciudadanos en la fidelidad al derecho. Para lograr tales efectos se requiere cierta publicidad en la imposición de la pena concreta. En palabras de LUIS GARCIA, "el principio de publicidad contribuye decisivamente a la prevención general positiva, en la medida que se presenta como el más apto para transmitir a la sociedad los mensajes institucionales acerca de la vigencia de las valoraciones sociales reconocidas en la ley" (*Juicio oral y medios de prensa*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, p. 21).

[42] BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 103.

profundiza la legitimidad del propio sistema de administración de justicia, en cuanto aumenta la confianza del público en sus funcionarios al ver la forma en que éstos se desempeñan. Y en tercer lugar, pero no por ello menos importante, cumple con el objetivo de permitir el control ciudadano sobre la actuación conforme a la ley de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento penal. La publicidad es la principal herramienta, en una sociedad democrática, para vigilar que los funcionarios no falten a la ley tanto en contra como a favor del imputado y hacer efectiva su responsabilidad política, penal o administrativa.[43] En tanto principio fundamental del juicio oral, la violación del mismo constituye un *motivo absoluto de nulidad;* en consecuencia, el juicio y la sentencia serán siempre anulados "cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio" (art. 374 letra d) CPP).

El principio de publicidad del juicio plantea, sin embargo, ciertas excepciones que son admitidas, en general, por la doctrina[44] y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Estos contemplan restricciones a la publicidad atendiendo a 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 cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia (...)";[45] o, en términos más concisos, cuando "sea necesario para preservar los intereses de la justicia".[46] Como se observa, las restricciones están formuladas en términos amplios y vagos, técnica que, como veremos, no es mejorada por la ley nacional.

---

[43] BOVINO (A.), "Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias", en MAIER (J.) (comp.), *Libertad de prensa y derecho penal,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 113.

[44] Los juicios ya no son desarrollados en la plaza pública, sin restricciones para el ingreso, sino en locales cerrados que posibilitan sólo una asistencia restringida, por el tamaño del local, o cuando está en juego el pudor de alguna persona o las buenas costumbres, el debate o la decisión sobre un menor o un secreto o acto cuya difusión provocaría un perjuicio (MAIER, *Derecho procesal penal, Fundamentos,* cit., p. 662).

[45] Art. 14.1. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[46] Art. 8.5. de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En efecto, el artículo 289 del CPP consagra la publicidad del juicio oral, pero a renglón seguido sienta las limitaciones a la misma enumerando las medidas que el tribunal podrá disponer, a petición de parte y por resolución fundada. Tales medidas son las siguientes:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectuare 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.

El presupuesto para la aplicación de tales medidas es que ellas resulten necesarias para "proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio o para evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley".[47] En general, la ley alude a procesos por delitos sexuales, especialmente cuando la víctima es un menor de edad; a supuestos en que exista peligro concreto para la vida o la salud de algún testigo o perito; cuando se trate de secretos comerciales o relativos a la seguridad del Estado o la defensa nacional; o supuestos de conflicto familiar, entre otros. La solución concreta del caso pasa por la ponderación de los bienes en conflicto, algunos de los cuales tienen rango constitucional. La ley efectúa tal ponderación en el caso del imputado enajenado mental, estableciendo que el juicio oral se realizará "a puerta cerrada" e, incluso, sin la presencia del enajenado mental, "cuando su estado imposibilite la audiencia" (art. 463 letra b) CPP). El interés al juicio público cede, en este caso, frente a la especial condición que afecta al imputado.

El artículo 289 CPP establece, en su inciso final, que los medios de comunicación sólo podrán fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determine, *a*

[47] En esta parte, la regulación del CPP resulta similar a la que se contiene en el nivel constitucional alemán, que impone restricciones en los parágrafos 171 y 172 GVG. En ambos casos, la regulación es bastante más restrictiva que, por ejemplo, la del sistema procesal penal americano. Esta situación ha dado lugar a numerosas críticas por parte de la doctrina alemana, por las intensas limitaciones que ella conlleva para el derecho a la información (cfr. ANITUA, cit., pp. 86 y ss.).

menos que las partes se opongan a ello; si sólo alguno de ellos se opusiere, es el tribunal quien resuelve. Esta norma, junto a la medida contenida en la letra c) recién transcrita limitan de modo relevante el derecho constitucional a la información que corresponde a cualquier ciudadano. No cabe duda que es posible plantear mayores restricciones al principio de publicidad en las etapas anteriores al juicio oral;[48] sin embargo, pareciera difícil sustentar restricciones amplias al derecho de ser informado, incluso por medios de radio o teledifusión, en la etapa de juicio oral. En el contexto de la regulación alemana, ROXIN justifica estas restricciones, particularmente en el caso de las transmisiones televisivas, amparándose en disposiciones constitucionales que protegen el interés público[49] y alegando que "la publicidad masiva (...) no sólo puede modificar de forma imprevisible el comportamiento del acusado y de los testigos, sino también convertir al tribunal, con mucha más facilidad, en víctima de los prejuicios y expectativas extendidos". Añade que la publicidad puede discriminar injustamente al acusado y perjudicar su resocialización. Por último, el autor alemán estima inadmisible que "debido a la aglomeración de público, los juicios penales sean trasladados a salas masivas fuera del tribunal, sean transmitidos en la calle a través de altoparlantes o en el despacho del presidente del tribunal a través de una instalación de sonido".[50]

[48] Vid. t. I, cap. II, C.2.3.2. y cap. VII, B.5.4.4.

[49] Se trata, fundamentalmente, del parágrafo 169 de la Ley Fundamental alemana, que plantea una importante restricción a la publicidad de la audiencia del juicio oral consagrada en su numerando 1°. En efecto, el numerando 2° establece que "Son inadmisibles las grabaciones magnetofónicas, televisivas y radiofónicas, así como también las grabaciones de sonido y fílmicas que tengan por fin la transmisión pública o la publicación de su contenido". Sólo se garantiza la publicidad *indirecta* constituida por la divulgación de informes orales o escritos del juicio (cfr. ROXIN (C.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 406). No obstante, el Tribunal Constitucional alemán, amparándose en el parágrafo 5,I,2 de la Ley Fundamental alemana, juzgó desproporcionado y como una violación al precepto constitucional recién citado el hecho de que las grabaciones previas al comienzo del juicio oral en el caso "Honecker" hubieran sido permitidas sólo durante cinco minutos (*NStZ* 95, p. 40, con comentario a favor de SCHOLZ).

[50] ROXIN (C.), *Derecho procesal penal*, cit., p. 407. Sobre las críticas a estas restricciones, que consideran excesivas, vid. WOLF (G.), "Die Gesetzwidrigkeit von Fernsehübertragungen aus Gerichtsverhandlungen", en *NJW*, 1994, p. 682. Resulta pertinente observar que la Ley Orgánica de los Tribunales alemana (*GVerfG*), en sus parágrafos 169 a 175, después de sentar el principio general de la publicidad del juicio y de la sentencia y de la prohibición de grabaciones que tengan

Sería inexacto afirmar que la relación entre publicidad y garantías procesales es un descubrimiento reciente; en efecto, ya en las postrimerías del Absolutismo los precarios medios de comunicación ejercieron un papel muy importante en la denuncia de torturas, condenas bárbaras o arbitrarias. Así, en el siglo XVIII, algunas campañas de opinión que se hicieron célebres, como las de VOLTAIRE en los casos *Calas*, *Sirven* o *Lally-Tollendal*,[51] consiguieron provocar la revisión de condenas injustas o la absolución de inocentes. En el siglo XIX, el caso *Dreyfus* fue ampliamente difundido por la prensa, sin la que, con toda evidencia, el desenlace no hubiera sido posible.[52] Sin embargo, el panorama mediático ha sufrido una enorme transformación en el último siglo: la proliferación de medios sensacionalistas, la aparición de la prensa de investigación y las presiones por el *rating* televisivo son algunos de los fenómenos que generan las reservas de la doctrina y la jurisprudencia en este campo.[53]

La importancia de esta discusión no es menor. Como señala LOPEZ ORTEGA, "[y]a no se entiende (la publicidad del juicio) como una realidad visible e incluso audible, limitada a las personas presentes en el lugar de las sesiones, bien sea como litigantes o como espectadores. La asistencia personal y directa a los juicios ha perdido importancia y, en contrapartida, se ha ampliado el círculo de los participantes indirectos a los que la pren-

por finalidad la transmisión pública de su contenido, establece la no publicidad de determinados juicios en razón de su objeto (familia, filiación, asuntos de internamiento, etc.) estableciendo, además, una serie de motivos que facultan al órgano judicial para excluir la publicidad en todo el juicio o en parte de él, así como la publicación de los fundamentos jurídicos, en todo o en parte, de la sentencia (secretos empresariales, inventos, secreto fiscal, interrogatorio de personas menores de 16 años, etc.).

[51] Todos estos casos se relatan en sus obras: *Traité sur la tolérance*, de 1763; *Dictionnaire philosophique*, de 1764; *Commentaire sur les délits et les peines*, de 1766, y en su *Essai sur la probabilité en fait de justice*, de 1722.

[52] BOUSSEL (P.), *L'affaire Dreyfus et la presse*, París, 1960.

[53] La búsqueda de un equilibrio entre "secreto necesario" y "publicidad indispensable" varía de legislación en legislación. Mientras en Francia, Bélgica o Italia el secreto apenas se respeta en teoría, no ocurre lo mismo en Inglaterra y Alemania. Interesante es, al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a propósito del *contempt of court*, infracción genérica que afecta ciertos deberes de secreto o reserva en los procesos judiciales (cfr. sentencia *Sunday Times v. Reino Unido*, TEDH 26.04.1979, serie A, N° 30).

sa, la radio y la televisión transmiten las noticias judiciales".[54] Se asigna, en consecuencia, a los medios de comunicación de masa un importante papel en la satisfacción del principio republicano de la publicidad en el contexto histórico actual. Ello no significa sustituir a la audiencia pública tradicional por un *show* montado en los estudios de televisión;[55] por el contrario, el juicio televisado de las sociedades "comunicacionales" debe estar reglado y la "escenificación" no debe quedar a manos de intereses económicos particulares.[56]

No es posible soslayar la función social que la ceremonia del juzgamiento y el castigo cumple en cualquier sociedad, incluso la moderna. Estos rituales son el foco de los intereses, las preocupaciones y emociones difusos que constituyen el temperamento popular en relación con el crimen.[57] Por ello, aparece recomendable, también para evitar los juicios "paralelos" al institucional en los medios de comunicación, la transmisión del juicio original, formalizado, aunque resulte dramatizado. El juicio penal es y ha sido un fenómeno comunicativo, y como señala HENDLER, "la participación ciudadana en la resolución de la trama conflictiva tiene evidentes rasgos de teatralidad y el veredicto aparece como *deus ex machina* de la clásica tragedia griega".[58]

---

[54] "Televisión y audiencia penal", en *Jueces para la democracia*, N° 20 (3), 1993, p. 26. En el mismo sentido, BINDER (A.), *Introducción al derecho procesal penal*, cit., p. 105.

[55] Manifiestan dicho temor PEDRAZ PEÑALVA (E.), "Notas sobre publicidad y proceso", en Poder Judicial número especial XI, *El Poder Judicial en el conjunto de los poderes del Estado y la sociedad*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986, p. 129; y de GARCIA (L.), *Juicio oral y medios de prensa*, cit., pp. 21 y ss.

[56] Cfr. ANITUA (G.I.), *El principio de publicidad procesal*, cit., p. 98. Vid. también, HASSEMER (W.), *Fundamentos del derecho penal* (trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Bosch, Barcelona, 1984, pp. 167 y ss.

[57] GARLAND (D.), *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (trad. Berta Ruiz), Siglo XXI, México, 1999, p. 89.

[58] HENDLER (E.), "Enjuiciamiento penal y conflictividad social", en MAIER/BINDER (comps.), *Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995, p. 377. En Estados Unidos se creó un canal de televisión exclusivamente dedicado a transmitir juicios criminales, "The Courtroom Television Network" o "Court TV", que, en 1996, con cinco años en pantalla, llegó a tener más de 20 millones de espectadores y llegó a transmitir más de 340 juicios. Existen canales del mismo tipo en otros países; así en España ("Tribunal TV", que se emite por la red Vía Digital). Cerca de 50 millones de televidentes presenciaron el veredicto del caso *California v. Simpson* en la televisión. Según ANITUA, siguiendo a ZEMANS, el principal beneficio que supuso la transmisión de este

Desde el punto de vista de las garantías constitucionales, esto es, de la intimidad, el honor o la dignidad que se verían afectados por la exposición pública, se señala que dicha vulneración no se produce con las cámaras de televisión, sino que es la propia judicialización de los conflictos la que ocasiona la lesión en quienes intervienen en el proceso penal sin desearlo, pero forzados por el Estado, como es el caso de imputados, víctimas y testigos. Estas afectaciones son "costos" que el Estado asume para desarrollar un determinado sistema de enjuiciamiento criminal, que es el acorde con la organización político-jurídica adoptada.[59] En cualquier caso, el tribunal del juicio deberá ponderar cuidadosamente los supuestos de conflicto de bienes, decidiendo a favor de la publicidad y/o la libertad de información cuando la afección del bien personal o colectivo afectado no sea de relevancia y, en caso contrario, adoptando las medidas proporcionadas con la naturaleza y entidad de la misma.[60]

En España, el Tribunal Constitucional ha sentado una importante doctrina que precisa los estándares constitucionales que deben ser respetados cada vez que quiera restringirse el principio de publicidad en el juicio. Tal doctrina fue forzada por el carácter abstracto y vago de los términos utilizados por el legislador (orden público, moral) que generaron dudas en el intérprete, y consiste en exigir la observancia de los principios de legalidad, motivación, necesidad y proporcionalidad en cualquier medida restrictiva de la publicidad que establezca el legislador. Tales estándares se pueden resumir en las siguientes exigencias: a) que la causal que restringe la publicidad se encuentre legalmente preestablecida; b) que la restricción del principio de publicidad se adopte por resolución motivada; c) que

juicio fue el de "poner a la actividad judicial, que durante años había permanecido oculta, en medio del interés público. Ello es una ventaja, aun cuando su ingreso a la 'agenda pública' haya sido generado intencionalmente por los medios" (*El principio de publicidad*, cit., p. 102 y nota 154).

[59] ANITUA, *El principio de publicidad*, cit., p. 95, quien añade: "si realmente nos preocupan o los consideramos insoportables, deberíamos proponer otras formas de 'resolver' este tipo de conflictos".

[60] Para un análisis casuístico de la forma en que el Tribunal Supremo alemán ha resuelto algunos de estos conflictos, vid. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 407-413.

la medida sea necesaria para la consecución del fin que se persigue, esto es, que para la adopción de la medida se tenga presente el principio de proporcionalidad de los intereses en juego; y d) que la limitación del principio se aplique realmente con la finalidad para la que ha sido prevista.[61] Estos mismos estándares son perfectamente aplicables a nuestro derecho positivo y constituyen criterios que dan cuenta de la relevancia constitucional del principio y la necesaria excepcionalidad de sus limitaciones.

Quien infrinja las medidas sobre publicidad previstas en el artículo 289 CPP podrá ser sancionado de conformidad con los artículos 530 ó 532 del Código Orgánico de Tribunales, según corresponda. Asimismo, el tribunal podrá expulsar a los infractores de la sala. Si el expulsado es el fiscal o el defensor, deberá procederse a su reemplazo antes de continuar el juicio; pero si el expulsado fuere el querellante, se procederá en su ausencia, y si lo fuere su abogado, deberá reemplazarlo (art. 294 CPP).[62] Estas normas son plenamente coherentes con aquellas que disponen la presencia ininterrumpida del defensor y del fiscal durante toda la audiencia del juicio oral, así como las que establecen los efectos de la ausencia o el abandono del juicio por parte del querellante.[63] Las mismas sanciones se aplicarán en caso de infracción a las medidas de orden y decoro impuestas a los asistentes a la audiencia del juicio.[64]

---

[61] AGUILO MONJO (M.A.), "La publicidad de las actuaciones judiciales", en AA.VV., *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, t. II, cap. I, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987, pp. 850-851.

[62] Si bien el Senado consideró drástica la expulsión o la referencia al artículo 530 COT, que contempla incluso el arresto de quienes no acataren las normas de orden y disciplina, entendió que estas sanciones se aplican *ultima ratio*, pues previamente pueden ser amonestados (PFEFFER, cit., p. 300). El inciso final del artículo 530 COT ordena, en todo caso, la aplicación del arresto sólo en última instancia, al señalar que "deberán emplear estos medios (amonestación verbal, multa y arresto) en el orden expresado y sólo podrán hacer uso del último en caso de ineficacia o insuficiencia de los primeros".

[63] Vid. supra 2.1.2.

[64] Vid. infra 3.2.

2.2. CONTINUIDAD Y CONCENTRACIÓN[65]

Estos dos principios están íntimamente relacionados con el de inmediación. Para asegurar la inmediación debe existir la mayor aproximación temporal posible entre el inicio del debate y la recepción de la prueba con el pronunciamiento jurisdiccional que recaiga sobre ella.[66] Es lo que MAIER denomina máxima de *unidad entre el debate y la sentencia*,[67] que obliga a la continuidad del debate, la concentración en una sola audiencia o en audiencias consecutivas, la obligación de que la sentencia se funde en los actos del debate y de que sea dictada por los mismos jueces que participaron en él (identidad física del juzgador).[68] Tal máxima o regla determina la concentración de los actos del debate y una valoración integral de las probanzas, alejando la posibilidad de que el tribunal olvide lo acontecido y percibido en el juicio o interprete sus resultados de modo equivocado. Como señalara BELING, "los juzgadores deben limitarse a apreciar el contenido de lo debatido conforme lo vivieron; y el fraccionamiento del juicio por interrupción (sobre todo, el de la práctica de la prueba) puede poner en peligro la conservación en la memoria del contenido del debate".[69] Estos principios, además, son plenamente funcionales a la garantía que tiene el imputado de ser juzgado en un tiempo razonable.[70]

Por tanto, el debate debe realizarse durante todas las audiencias o sesiones consecutivas que sean necesarias hasta su finalización. En términos similares se expresa el artículo 282 CPP, aclarando que "constituirán, para estos efectos, sesiones sucesi-

[65] Vid. t. II.C.2.3.2.2.

[66] VELEZ MARICONDE (A.), *Estudios de derecho procesal penal*, t. II, Córdoba, 1956, p. 83; CLARIA OLMEDO (J.), *Derecho procesal penal*, t. II (actualizado por Jorge Raúl Montero), Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998, p. 117.

[67] *Derecho procesal penal*, cit., p. 657.

[68] Se refieren a esta garantía, MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 660; VELEZ MARICONDE (A.), *Estudios de derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 86. (vid. supra, t. I, cap. III. C.2.2.2). ROXIN la denomina "máxima de concentración", señalando que el juicio debe ser realizado, en lo posible, de una sola vez, es decir, sin interrupción hasta el pronunciamiento de la sentencia para evitar que los jueces extraigan su conocimiento "ya no de la memoria, sino de las actas de actuaciones anteriores" (*Derecho procesal penal*, cit., p. 361).

[69] Citado por VELEZ MARICONDE, *Estudios*, cit., p. 84.

[70] T. I, cap. II. C.2.2.2.

vas, aquellas que tuvieren lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal".

La continuidad y concentración de todas las actuaciones del juicio sólo admiten, en principio, los *recesos* requeridos para el descanso diario o las necesidades fisiológicas de los intervinientes. Sin embargo, se reconoce generalmente la posibilidad de solicitar la *suspensión* del juicio, esto es, el seccionamiento de la audiencia del debate o de sus sesiones por tiempo más prolongado que un mero receso.[71-72] En efecto, el inciso 1° del artículo 283 CPP establece que el tribunal podrá suspender la audiencia hasta *por dos veces* solamente por razones de *absoluta necesidad* y por el tiempo *mínimo necesario* de acuerdo con el motivo de la suspensión. Asimismo dispone que al reanudar la audiencia o la sesión respectiva, el tribunal deberá efectuar un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento. Los supuestos de absoluta necesidad a que se refiere la ley estarán constituidos, por regla general, en la imposibilidad justificada de asistencia de alguno de los intervinientes u órganos de prueba, o en la preparación adecuada de la defensa ante algún acontecimiento inesperado (v. gr., abandono de la defensa o cuando concurra alguna de las hipótesis del art. 336 CPP).

Una situación específica se encuentra regulada en el inciso 2° del artículo 283 CPP, cuando señala que el juicio deberá suspenderse en los supuestos contenidos en el artículo 252 CPP, esto es, cuando concurran causales de sobreseimiento temporal del procedimiento. En estos casos opera, en realidad, una interrupción indefinida del juicio, pues sólo podrá decretarse judicialmente la reapertura del procedimiento cuando haya cesado la causa que motivó el sobreseimiento (art. 254 CPP). No obstante, y refiriéndose únicamente a las hipótesis de rebeldía, el Código señala que el juicio seguirá adelante cuando la declaración de rebeldía se produzca "respecto del imputado a quien se le hubiere otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio

[71] MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 658-659. VELEZ MARICONDE, *Estudios*, cit., pp. 84-85; CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 118-119.

[72] Se trata de una facultad, no de un derecho; en consecuencia, ni las partes ni el imputado tienen un "derecho" a la suspensión del juicio. Sobre el particular, vid. HORVITZ (M.I.), "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho U. de Chile, Santiago, 2003, pp. 131 y ss.

oral, siempre que el tribunal estimare que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo faltare la dictación de la sentencia". Esta disposición se encuentra en el límite de la regla de inadmisibilidad del juicio contra ausentes que emana del principio de defensa. Constituye, pues, una excepción a la prohibición del procedimiento contumacial, autorizada en diversas legislaciones del derecho comparado.[73] En la configuración de los presupuestos que admiten la continuación del juicio, no obstante estar ausente el acusado, el tribunal debe tener presente el fundamento de la prohibición del juzgamiento en ausencia: no basta con la posibilidad téorica del acusado de defenderse ante una imputación de carácter penal (v. gr., contando con un defensor técnico); el tribunal "necesita verificar, de cuerpo presente, que el imputado sea idóneo para intervenir en el procedimiento (capacidad) y esté en condiciones para ejercer las facultades que, al efecto, le concede la ley procesal penal".[74] Si el acusado ejerció adecuadamente sus derechos durante el juicio o pudiendo ejercerlos no lo hizo (v. gr., su declaración como medio de defensa), no habría inconveniente para continuar el juicio no obstante su rebeldía. Lo mismo ocurrirá, evidentemente, si se encuentra clausurado el debate y sólo faltase la dictación de la sentencia.

La suspensión se encuentra legalmente limitada a dos veces por juicio y a un lapso máximo de *diez días*, transcurrido el cual sólo cabe declarar la nulidad del juicio. En efecto, cualquier violación a las disposiciones establecidas por la ley sobre continuidad del juicio constituye un *motivo absoluto de nulidad* (art. 374 d) CPP). De este modo, el inciso 3° del artículo 283 CPP establece que "la suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que exceda de diez días impedirá su continuación. En tal caso, el tribunal deberá decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio". Declarada la nulidad del juicio, pues, el debate deberá llevarse a cabo de nuevo, íntegramente.

Una vez resuelta la suspensión de la audiencia o del juicio, el tribunal debe comunicar verbalmente la fecha y hora de su

[73] MAIER (J.), *La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino* (La Ordenanza Procesal Penal alemana), vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982, pp. 203 y 246 y ss.

[74] MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 594-595.

continuación, lo que se tendrá como suficiente citación. Esta norma es plenamente concordante con la contenida en el artículo 30 CPP.

El principio de concentración implica, además, que todos los incidentes que se promuevan en el transcurso de la audiencia del juicio oral deberán resolverse inmediatamente por el tribunal. Para evitar que se produzcan dilaciones indeseadas, el Código establece que las decisiones que recaigan sobre estos incidentes no serán susceptibles de recurso alguno, ni siquiera el de reposición (art. 290 CPP).

2.3. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN, LA CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDE AL ESTADO, LIBRE VALORACIÓN DE LA PRUEBA Y NECESIDAD DE MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Si bien estos principios rigen el juicio oral y la sentencia, no se encuentran, como tales, expresamente establecidos en el Código, sino que es preciso deducirlos de las normas que regulan el juicio.

La verdad relativa o formal perseguida por el modelo acusatorio[75] se adquiere, como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento de "ensayo y error" (método falsacionista).[76] La principal garantía de su obtención se confía al principio de contradicción, que consiste en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias.[77] En otras palabras, se trata del libre juego del conflicto entre las partes del proceso, portadoras de puntos de vista contrastantes o de intereses opuestos. La defensa es el instrumento más

[75] Al respecto, vid. t. I, cap. I, 1.2.

[76] También denominada "concepción epistemológica del proceso penal, de tipo falsacionista" (cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 33 y ss., esp. 45 y ss. y 603-606).

[77] Que, en concepto de FERRAJOLI, sólo deben consistir en "aserciones empíricas que afirmen la comisión de un hecho exactamente denotado por la ley, puesto que las aserciones de significado indeterminado y menos aun los juicios de valor tales como 'el que comete malos tratos, actos obscenos, subversivos o peligrosos', no son verificables y no permiten refutaciones, sino todo lo más invocaciones de clemencia" (cfr. *Derecho y razón*, cit., pp. 613-614; también, MAIER (J.), *Derecho procesal penal. Fundamentos*, cit., p. 552).

importante de impulso y control del método de prueba acusatorio –como garantía de una verdad mínima pero lo más cierta posible– consistente en la contradicción de hipótesis de acusación y de defensa y de las pruebas y contrapruebas correspondientes.[78] A esta garantía aluden los instrumentos internacionales de derechos humanos cuando aseguran al imputado el derecho "a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo" (art. 14.3.e) PIDCP) o "el derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos" (art. 8.2.f) CADH).

La iniciativa corresponde al acusador, pues el acusado se encuentra amparado por la presunción de inocencia hasta la dictación de la sentencia definitiva que establezca su culpabilidad; en consecuencia, corresponde al acusador la carga de la prueba y producir convicción en el tribunal sobre su hipótesis acusatoria "más allá de toda duda razonable".[79] De no alcanzar este exigente estándar de convicción la única salida es la absolución (*in dubio pro reo*).[80] El *in dubio pro reo* opera como una regla que orienta directamente la decisión en sentido absolutorio, cuando la culpabilidad del acusado es incierta. En consecuencia, es posible distinguir dos clases de absoluciones: las producidas en aplicación del *beneficio de la duda*, por un lado, y las derivadas de la certeza de la inocencia obtenida dentro del proceso, por otro.[81]

Por su parte, el tribunal puede valorar la prueba presentada en el juicio con absoluta libertad;[82] como contrapartida, pesa sobre él el deber de fundamentar su convicción en la sentencia,

[78] FERRAJOLI, cit., p. 613.

[79] Vid. infra 3.8.1 y supra cap. IX, C.3.

[80] Sobre la presunción de inocencia y la decisión en caso de incertidumbre, cfr. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 201 y ss.

[81] TORRES, cit., pp. 208-209.

[82] Se abandona, pues, el sistema de la prueba legal, tasada o tarifada, propio del modelo inquisitivo, conforme al cual "la ley procesal indica el valor de convicción de los elementos de prueba mediante reglas, de manera tal que la decisión se transforma en una operación jurídica que constata o deja de constatar las condiciones bajo las cuales alguien debe aceptar una acción como existente o inexistente" (MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 662).

pero no de cualquier modo, sino en base a las pruebas producidas durante el debate (*libre convicción por sana crítica racional*).[83] La sana crítica racional supone el control de los fundamentos de la sentencia, entendida como una operación racional, lógica y motivada de las pruebas legítimamente incorporadas al juicio e idóneas para ser valoradas en el fallo. Por tanto, una sentencia no motivada del modo señalado es susceptible de nulidad. Es más, el Código contempla como motivo absoluto de nulidad, que determina siempre la anulación del juicio y del fallo, la circunstancia de que en la dictación de la sentencia no se hayan valorado los medios de prueba que fundamentan las conclusiones del modo que se señala en el artículo 297 CPP (art. 374 e) CPP).[84]

3. EL JUICIO ORAL

3.1. Tribunal competente y hábil. Actuaciones previas al juicio oral

Como sabemos, dictado el auto de apertura del juicio oral, se produce el desasimiento del respectivo juez de garantía, quien debe remitir dicha resolución al tribunal de juicio oral en lo penal competente, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación (art. 281 inciso 1° CPP).[85] Asimismo, pondrá a disposición del tribunal a las personas sometidas a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales. Esto significa que es el tribunal de juicio oral en lo penal quien deberá pronunciarse, en lo sucesivo y hasta la realización del juicio, acerca de las solicitudes relacionadas con dichas medidas cautelares. Se ha

[83] MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 662. FERRAJOLI expresa que en "la relación entre *pruebas* y *convicción* de culpabilidad", las primeras constituyen condición necesaria de la segunda, pero que "nunca [son] suficientes por sí solas para justificar la segunda" (*Derecho y razón*, cit., p. 611). Vid. infra 3.7 y supra cap. IX, C.2.4.3.

[84] Vid. infra cap. XI, D.2.5.1.1.

[85] La Ley N° 19.815, de 11 de julio de 2002, eliminó del inciso 1° del artículo 281 CPP la frase "junto con los registros que debieren acompañarse", norma que generó una práctica muy perturbadora para las garantías de imparcialidad del tribunal, inmediación y contradicción, pues los jueces de garantía remitían a los tribunales del juicio oral registros conteniendo actuaciones de la instrucción.

producido cierta polémica por la pérdida de imparcialidad que supone para el juzgador conocer y pronunciarse sobre tales solicitudes con anterioridad a la realización del juicio. La objeción nos parece de completo recibo; por ello, de *lege ferenda*, sería preferible que la competencia para resolver estas cuestiones estuviera radicada en el juez de garantía hasta el inicio del juicio, o en un miembro del tribunal de juicio oral en lo penal competente, quien se encontraría inhabilitado para conocer del juicio. De *lege lata* y mientras no exista una reforma legal, sólo cabría considerar inhabilitados de participar en la audiencia de juicio oral a los jueces que hubieren intervenido previamente en la resolución relativa a medidas cautelares personales del imputado.[86] Si esta propuesta resultase técnicamente impracticable, la solución sería entonces revisar la necesidad de mantener la medida únicamente por razones de carácter cautelar, sin verificar los requisitos de procedencia de la misma. En efecto, en la especie se trataría de un imputado respecto de quien ya se formuló acusación y cuyo control formal se verificó en la audiencia de preparación del juicio oral. Por tanto, lo relevante en esta etapa del procedimiento es determinar si resulta o no necesario prolongar una medida cautelar o dictaminar su aplicación para asegurar la presencia del acusado al juicio, audiencia que debe tener lugar en un plazo máximo de 60 días desde la dictación del auto de apertura del juicio oral, como veremos seguidamente.

En otra parte examinamos las normas referidas al tribunal competente en la etapa de juicio oral.[87] Una vez distribuida la causa conforme a los procedimientos de gestión internos del tribunal,[88] el juez presidente de la sala respectiva deberá realizar las siguientes actuaciones (art. 281 CPP):

[86] T. I, cap. II, C.2.1.2.1.

[87] T. I, cap. III, C.2.2.3. Sobre la competencia territorial de los tribunales de juicio oral en lo penal, véase el artículo 21 del Código Orgánico de Tribunales, reformado por la Ley N° 19.665, de 9 de marzo de 2000, y por la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001. Por su parte, la Ley N° 19.762, de 13 de octubre de 2001, modificó el artículo 21 de la Ley N° 19.665, que modificó el Código Orgánico de Tribunales.

[88] Tarea que corresponde, en general, al administrador del tribunal conforme al procedimiento objetivo y general aprobado por el Comité de Jueces y propuesto por el juez presidente del tribunal de juicio oral en lo penal correspondiente. Vid. t. I, cap. III, C.3.2.3. y 3.3.

a) Proceder de inmediato a decretar la fecha para la celebración del juicio, el que deberá tener lugar no antes de quince días ni después de sesenta días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral, plazo este último que debe entenderse fatal.[89] La ley no prevé expresamente una sanción para el caso de incumplimiento; no obstante, estimamos que es necesario diferenciar previamente las distintas hipótesis posibles. Si el juicio no ha podido realizarse en razón de alguno de los supuestos a que se refiere el artículo 17 CPP, estimamos que debe fijarse nueva fecha para la realización del juicio *tout court*. Sin embargo, si el debate fracasa por razones imputables al tribunal o a los acusadores y el acusado se encuentra en prisión preventiva o sujeto a alguna medida cautelar personal, debiera dejársele en completa libertad disponiéndose únicamente su citación al juicio, todo ello sin perjuicio de las medidas disciplinarias que pudieran adoptarse en contra de los responsables. En efecto, no resultaría equitativo ni proporcionado que el acusado debiera soportar, con una mayor afección a sus derechos, los resultados de la conducta infractora de otros intervinientes o del tribunal.

b) En su caso, deberá señalar la localidad en la cual se desarrollará el juicio si se tratare de un tribunal de juicio oral en lo penal que, por concurrir alguna de las causas a que se refiere el art. 21 A del Código Orgánico de Tribunales, deba constituirse y funcionar fuera de su lugar de asiento (tribunales itinerantes).[90]

c) Deberá indicar, en su resolución, el nombre de los jueces que integrarán la sala. Con la aprobación del juez presidente del comité de jueces podrá convocar a un número de jueces mayor de tres para que la integren ("jueces alternos"), cuando existan circunstancias que permitan presumir que con el número ordinario no se podrá cumplir con la exigencia de la presencia ininterrumpida de los jueces durante todo el juicio.[91]

---

[89] Así se dejó constancia durante la tramitación parlamentaria del Proyecto, cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 36, nota 33. En efecto, el artículo 16 CPP es claro y no hace distinciones; en consecuencia, no cabe hacer aplicación supletoria del artículo 64 inciso 1° CPC en virtud de lo dispuesto en el artículo 52 CPP.

[90] T. I, cap. III, D.2.2.3.2.b.

[91] Al respecto, y detalladamente, t. I, cap. III, D.2.2.2. y 2.2.4. Esta norma fue propuesta por la Cámara de Diputados y compartida por el Senado, "especialmente respecto de juicios largos y complejos, en que pueden surgir imprevistos que

d) Deberá ordenar que se cite a la audiencia a todos quienes deban concurrir a ella. El Código dispone que el acusado deberá ser citado con, a lo menos, siete días de anticipación a la realización de la audiencia, bajo los apercibimientos previstos en los artículos 33 y 141, inciso 4° del CPP. Esta regla se fundamenta en el derecho que tiene el acusado de preparar su defensa adecuadamente y con la debida antelación.

De conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 74 CPP, transcurridos *tres días* desde la notificación de la resolución que fija fecha para la realización de la audiencia del juicio oral, precluye la posibilidad de promover la incompetencia territorial del tribunal del juicio oral en lo penal, así como su declaración de oficio. En el mismo plazo deberán efectuarse las solicitudes de inhabilitación de los jueces del señalado tribunal, las que deberán resolverse con anterioridad al inicio de la respectiva audiencia, excepto cuando los hechos constitutivos de la causal de implicancia o recusación lleguen a conocimiento de la parte después del vencimiento del plazo referido de tres días y antes del inicio del juicio oral, caso en el cual el incidente deberá ser promovido al inicio de la audiencia del juicio (art. 76 incisos 1° y 2° CPP). Con posterioridad al inicio de esta audiencia, la inhabilidad de un juez sólo podrá ser declarada de oficio por el tribunal cuando se advierta un hecho nuevo constitutivo de la misma.

Tribunal competente para resolver la solicitud de implicancia es el mismo tribunal colegiado del juicio, con exclusión del juez afectado (art. 203 COT). Respecto de la solicitud de recusación, y frente a la ausencia de una norma expresa, se han planteado dos posiciones. La primera afirma que la disposición aplicable es la del artículo 204 inciso 1° COT, que establece que la recusación de un juez de letras será conocida por la Corte de Apelaciones respectiva. La otra posición señala que este inciden-

afecten a alguno de los miembros del tribunal, y que significarían la nulidad del juicio". Se señaló que "este mecanismo opera con respecto a determinada causa, en la cual este juez alterno debe estar presente durante toda la audiencia del juicio oral, y, si en algún momento debe reemplazar a un juez titular, deberá continuar hasta la sentencia, sin que pueda reincorporarse el juez que estuvo ausente, porque la audiencia exige la presencia ininterrumpida de los jueces" (cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal. Anotado y concordado*, cit., p. 290).

te también debe ser conocido por el propio tribunal de juicio oral con exclusión del juez afectado, en base a las normas del artículo 76 CPP, que no distinguen entre implicancia y recusación y que permiten al tribunal declarar de oficio la inhabilidad si "cualquiera de los jueces" advierte un hecho nuevo constitutivo de dicha causal. Este planteamiento rechaza, además, la aplicabilidad del artículo 204 COT a esta hipótesis, por referirse a los jueces de letras miembros de un tribunal unipersonal y no de un tribunal colegiado.[92] En nuestra opinión, esta última es la posición acertada, no sólo por las razones invocadas, sino porque es la única que permite la resolución de la incidencia sin afectar gravemente la sustanciación del juicio.

Hay que recordar que acogida la solicitud de inhabilitación, el tribunal continuará funcionando con exclusión de el o los jueces inhabilitados, si ellos pudieren ser reemplazados por haberse convocado a un número de jueces mayor de tres para que lo integrasen (art. 281 inciso 5° CPP), o si el tribunal continúa integrado por, a lo menos, dos jueces que hubieren concurrido a toda la audiencia. En este caso, la ley exige que ambos jueces deben alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva, so pena de anularse todo lo obrado en el juicio.[93]

3.2. Funciones de dirección y disciplina del tribunal

Las funciones de dirección y disciplina del tribunal de juicio oral en lo penal recaen en el juez presidente de la sala. Sus atribuciones en el ejercicio de las mismas son las siguientes (art. 292 CPP):

a) Dirigir y moderar el debate, pudiendo impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho de defensa.

La pertinencia de las alegaciones estará dada, en general, por el marco de los escritos de acusación y de la contestación a la misma, si la hay, o del alegato de apertura de la defensa. Con

[92] Ambas posiciones son expuestas por CERDA (R.), en *Etapa intermedia. Juicio oral y recursos*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2003, pp. 100 y ss.

[93] Vid. t. I., cap. III, C.2.2.4.

relación al interrogatorio de testigos y peritos, cobra gran importancia el señalamiento de "los puntos sobre los que habrán de recaer sus declaraciones" (arts. 259 inciso 2°, 261 y 263 CPP). Las cuestiones de admisibilidad se refieren tanto al contenido de actuaciones cuya invocación resulta procedente en el juicio como a alegaciones permitidas. De este modo, el juez presidente no podrá admitir la invocación de antecedentes sobre una suspensión condicional del procedimiento o de un acuerdo reparatorio rechazado, ni tampoco la lectura del contenido de las declaraciones de testigos, peritos o del imputado efectuadas durante la investigación, sino en los casos muy excepcionales que señala la ley.[94]

Asimismo, podrá restringir el tiempo del uso de la palabra a los *intervinientes*,[95] fijando límites máximos igualitarios para todos ellos o interrumpiendo a quien hiciere uso *manifiestamente* abusivo de su facultad. Es menester dejar constancia aquí que el Código contiene una regla especial respecto de los alegatos de clausura. En efecto, el inciso 1° del artículo 338 CPP expresa a su respecto que "el tribunal tomará en consideración la *extensión* del juicio para determinar el tiempo que concederá al efecto".

b) Exigir el cumplimiento de las solemnidades que correspondan (v. gr., dar por iniciado el juicio, individualización y juramento o promesa a testigos y peritos, etc.).

c) Ordenar la rendición de las pruebas ofrecidas por las partes.

d) Ejercer las facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y el decoro durante el debate, y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo. En el uso de estas facultades el juez presidente de la sala puede disponer medidas restrictivas en el acceso o permanencia en la sala de audiencia, como ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas o impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presenten en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia.

---

[94] Vid. infra 3.4.2.8.1.

[95] En el Senado se aclaró que los límites al uso de la palabra afectaban sólo a los intervinientes, pero no a los testigos y peritos (PFEFFER, cit., p. 299).

Los asistentes a la audiencia del juicio oral deben guardar respeto y silencio mientras no sean autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formule. No deben llevar armas ni ningún objeto o elemento que pudiera perturbar el orden de la audiencia. Tampoco podrán adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro (art. 293 CPP).

Se señala que la infracción de las normas impuestas al público durante el desarrollo de la audiencia del juicio, o de las medidas sobre publicidad previstas en el artículo 289 CPP, podrá ser sancionada de conformidad a los artículos 530 ó 532 del Código Orgánico de Tribunales, según corresponda. El tribunal también podrá expulsar de la sala al o los infractores. Si el expulsado es el fiscal o el defensor, deberá procederse a su reemplazo antes de continuarse el juicio. Si lo fuere el querellante, se produce el abandono de la querella, procediéndose en su ausencia; y si el expulsado es su abogado, éste deberá ser reemplazado (art. 294 CPP).

3.3. Apertura del juicio oral y actuaciones previas a la rendición de la prueba

En esta sección examinaremos todas aquellas actuaciones que van desde que se constituye el tribunal del juicio oral en lo penal y se da inicio al debate, hasta que se comienza a rendir la prueba por las partes.

3.3.1. *Actuaciones del tribunal e inicio del debate (art. 325 CPP)*

El tribunal competente deberá constituirse el día y la hora fijados para la realización del juicio. Comenzará verificando la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes para los efectos de adoptar las medidas y/o resoluciones que correspondan (reemplazo del fiscal, declaración de abandono de la defensa o de la querella). Asimismo, deberá comprobar la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hubieren sido citadas a la audiencia y declarará iniciado el juicio.

La ley exige la "disponibilidad" de testigos y peritos, no necesariamente su presencia física al momento de iniciar el juicio.

Esto significa que el interviniente que los presenta debe asegurar su comparecencia al momento en que sea solicitada su declaración, según el orden de recepción de la prueba fijado por las partes.[96] De allí que, si algún testigo o perito no estuviera disponible por causa injustificada, deba solicitarse en ese momento su comparecencia forzada por el medio establecido en el artículo 33 CPP, incluso si dicho testigo fuere la víctima.[97] Por otro lado, la declaración del tribunal de que se encuentra iniciado el juicio tiene importancia para los efectos de computar el número de suspensiones de la audiencia o del juicio que resultan relevantes para los efectos del artículo 283 CPP. El aplazamiento o la postergación de su inicio no puede, evidentemente, ser considerado como una suspensión del mismo. Debe recordarse, además, que las incidencias sobre inhabilitación de los jueces del tribunal de juicio oral basadas en hechos que hubieren sido conocidos por las partes con posterioridad al vencimiento del plazo contemplado en el inciso 1° del artículo 76 CPP y antes del inicio del juicio oral deberán ser promovidas tan pronto se declare iniciado el debate; de lo contrario, no podrán plantearse con posterioridad.[98]

Una vez iniciado el juicio respectivo, el presidente de la sala deberá señalar las acusaciones que deberán ser objeto del debate y que se encuentran contenidas en el auto de apertura del juicio oral.[99] La importancia de este señalamiento radica en el

[96] En la discusión parlamentaria de este artículo, el Senado señaló "que los participantes esenciales son los intervinientes, y que ellos deben estar presentes para constituir la audiencia, y respecto de los demás participantes debe verificarse su disponibilidad, pero no necesariamente su presencia, porque puede ocurrir que su participación sea necesaria en días posteriores" (PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 326).

[97] Vid. HORVITZ (M.I.), "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", en *Revista de Estudios de la Justicia* N° 3, cit., pp. 131 y ss.; MAIER (J.) *Derecho procesal penal. Sujetos procesales*, cit., p. 631; CHAHUAN (S.), "Notas sobre la declaración de imputados y víctimas en el nuevo proceso penal", en *Semana Jurídica* N° 110, Ed. Conosur, diciembre de 2002, pp. 5-6.

[98] Vid. supra 3.1.

[99] En el proyecto propuesto por el Ejecutivo se señalaba que "...el presidente del tribunal realizará una exposición del contenido del auto de apertura del juicio oral". El Senado discutió si debía ser leído el auto de apertura o sólo resumido, concluyendo que era innecesaria su lectura, porque el documento es conocido por las partes. Bastaría, entonces, con el señalamiento de "las materias y personas afectadas por el juicio" (PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 326). A nuestro

respeto del principio de correlación entre imputación y fallo, también llamado principio de congruencia. En efecto, como veremos más adelante,[100] el tribunal está obligado a circunscribirse en su fallo a los hechos sustentados en la o las acusaciones planteadas por el acusador público y/o el querellante, en su caso, so pena de nulidad del juicio y de la sentencia. Efectuada esta actuación, advertirá al acusado que deberá estar atento a lo que presenciará durante el debate[101] al mismo tiempo que dispondrá que los testigos y peritos que se hallaren presentes en la sala de audiencia se retiren de la misma, pues antes de declarar no pueden comunicarse entre sí, ni ver, oír ni ser informados de lo que ocurriere en el juicio (art. 329 inciso final CPP).[102]

3.3.1.1. Situaciones especiales que pueden determinar el sobreseimiento definitivo del procedimiento durante el juicio

Señalamos con anterioridad que las excepciones de cosa juzgada y extinción de la responsabilidad penal podían ser planteadas o postergada su resolución para el juicio oral (arts. 265 y 271 inciso 3° CPP). Tratándose de incidencias del juicio, ellas podrán ser resueltas inmediatamente por el tribunal de juicio oral, con-

juicio, no basta con una referencia. La norma habla de "señalar" las acusaciones, lo que necesariamente requiere una exposición sucinta de los hechos materia de la acusación y su calificación jurídica, y de la participación atribuida a el o los acusados. Una mayor información es importante, no tanto para las partes, sino para el público presente que no tiene a la vista el auto de apertura del juicio oral.

[100] Vid. infra 3.10.1.

[101] Esta advertencia abarca, a nuestro juicio, una explicación breve sobre la importancia de prestar atención a lo que ocurra durante el debate, para poder hacer uso de los derechos que le confiere la ley (en el mismo sentido, BAYTELMAN (A.), "El juicio oral", en CAROCCA (A.), y otros, *Nuevo proceso penal*, cit., p. 260).

[102] Se han planteado dificultades materiales para cumplir con esta disposición, especialmente porque el Código no exige la presencia física continua del testigo o perito durante la audiencia, que puede ser más o menos prolongada, sino sólo su *disponibilidad*. En la práctica, ello hace perfectamente imaginable que testigos y peritos sean informados de lo que ocurre en la audiencia con anterioridad a que presten declaración. Estimamos que es el tribunal quien deberá resolver las solicitudes de las partes en cumplimiento de esta disposición, en base a los antecedentes aportados por las mismas y el orden de las declaraciones.

forme lo dispone el art. 290 CPP, a menos que requiriesen la producción de prueba para la acreditación de sus presupuestos legales, en cuyo caso su resolución se efectuará en la sentencia definitiva. Un ejemplo del primer caso es el constituido por la muerte del imputado, circunstancia que determina la extinción de la responsabilidad criminal. Pareciera absurdo realizar el juicio en este caso, por lo que debiera dictarse sobreseimiento definitivo.[103] Lo mismo podría ocurrir cuando se invoque la excepción de cosa juzgada, por haber recaído sentencia condenatoria ejecutoriada respecto del mismo hecho que es materia de la acusación.[104] No obstante, cualquier controversia acerca de la concurrencia y acreditación de los presupuestos de la correspondiente excepción deberá dar lugar a la continuación del juicio y a la resolución de las excepciones opuestas en la sentencia definitiva.

En efecto, el sobreseimiento definitivo sólo debería plantearse cuando no exista controversia entre las partes ni, por tanto, necesidad de rendir prueba. Tal es la lógica de la solicitud de sobreseimiento definitivo efectuada por el ministerio público al momento del cierre de la investigación,[105] pues si el fiscal no considera concurrentes los presupuestos de la causal de sobreseimiento alegada por el imputado, formulará su acusación y será éste quien deberá probar su concurrencia en el juicio oral para poder ser, esta vez, absuelto de la imputación.[106] Por ello esta institución está más bien prevista para ser utilizada por el juez de garantía (artículo 250, inciso 1° CPP), siendo por eso apelable (art. 253 CPP), lo que no ocurre en el caso de que dicha re-

[103] Resolución que es inapelable, de conformidad con los artículos 364 y 290 CPP, normas que no son aplicables al sobreseimiento definitivo dictado por el juez de garantía, tribunal de carácter unipersonal.

[104] Vid. art. 93 N° 2 CP.

[105] Vid. t. I., cap. VII, B.10.2 y 10.4.

[106] Piénsese en la situación del imputado que alega haber dado muerte a una persona en legítima defensa; si el fiscal estima acreditada durante la investigación la causal contenida en la letra c) del artículo 250 CPP, solicitará el sobreseimiento definitivo en la oportunidad a que se refiere el artículo 249 CPP; si, por el contrario, no la considera justificada en los antecedentes de la investigación, formulará acusación por homicidio. En tal caso, será el acusado quien deba alegar la legítima defensa y probar en el juicio la concurrencia de los presupuestos de dicha causal de justificación.

solución sea pronunciada por el tribunal de juicio oral en lo penal (arts. 290 y 364 CPP).

3.3.1.2. Situación del fiscal sin prueba de cargo

Como vimos en otra parte de esta obra,[107] antes del inicio del debate correspondería resolver la petición del ministerio público en orden a pedir la absolución del acusado por falta de pruebas o prueba de cargo manifiestamente insuficiente, cuando ellas hubieran sido excluidas en el auto de apertura del juicio oral. Si no hubiera oposición, el tribunal debería dictar sentencia definitiva sin más trámite que el de oír al acusado y a los demás intervinientes, si así lo solicitaren.

3.3.2. *Actuaciones de los intervinientes. Alegatos de apertura y declaración del acusado*

El tribunal dispondrá que se inicien los alegatos de apertura de las partes, concediendo primero la palabra al fiscal para que sostenga su acusación y luego al querellante, para fundar su acusación particular y la demanda civil, si la hubiere interpuesto (art. 325 inciso final CPP). Al final, el turno es del abogado defensor, para que exponga los argumentos de la defensa, aunque su intervención sólo está prevista legalmente después de la del imputado (art. 326 incisos 1° y 2° CPP). Sin embargo, y como veremos más adelante, la intervención del acusado en esta fase del juicio no es conveniente ni se aviene con el principio de que la carga de la prueba corresponde al Estado. En la práctica, suele ser frecuente que el inicio del debate sea inaugurado únicamente por los alegatos de apertura de los apoderados de las partes. Estos alegatos tienen por finalidad introducir al tribunal y al público en los objetivos fundamentales que perseguirá la parte durante el juicio. También sirve para hacerse cargo de las alegaciones de la contraparte y para esbozar las cuestiones jurídicas que son relevantes para la resolución del caso (v. gr.,

[107] Supra, cap. VIII, 2.4.6.4.

la prescripción del delito, la concurrencia de una causal de justificación o de exculpación, la existencia de un delito doloso y no de un cuasidelito, entre otras).

Concluidos los alegatos de apertura, el tribunal deberá advertir al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8° CPP. Esta advertencia[108] se enmarca en el conjunto de normas del Código orientadas a reafirmar los derechos del imputado-acusado, en particular, su derecho a ser oído. Una concreción del mismo es la posibilidad de declarar como medio de defensa, la que podrá prestar una vez concluido el alegato de apertura del defensor. En tal caso, el juez presidente de la sala le permitirá que manifieste libremente lo que crea conveniente respecto de la o las acusaciones formuladas. Terminada su declaración, y en razón del principio de contradicción, el acusado podrá ser interrogado de inmediato por el fiscal,[109] el querellante y el defensor, en ese orden.[110] Finalmente,

[108] En el derecho alemán, estas advertencias son vistas como emanación de un *deber judicial de asistencia* amplio, cuyo fundamento radica en el habitual desconocimiento de los imputados sobre sus derechos y las cuestiones jurídicas. Tal deber constituye la fuente de numerosas obligaciones de informar, de preguntar y de protección, algunas de las cuales se encuentran expresamente contenidas en la Ordenanza Procesal Penal alemana o han sido desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia (ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 366).

[109] El inciso 3° del artículo 326 CPP dispone textualmente que el acusado "podrá ser interrogado directamente por el fiscal". Hemos eludido conscientemente la utilización del adverbio "directamente" reemplazándolo por "de inmediato" para evitar que aquél se interprete en el sentido de "examen directo" y, por tanto, hacer aplicable a la hipótesis del artículo 326 CPP la norma que impide hacer preguntas sugestivas al fiscal. Sin embargo, existen diversas razones que abonan que tal no fue el propósito del legislador. En primer lugar, el CPP nunca utiliza la palabra "examen directo", entendido como sinónimo de "interrogatorio". Ella es un anglicismo derivado del término inglés "*direct examination*" o simplemente "*examination*"; en consecuencia, no se puede inferir que la frase "podrá ser interrogado directamente" haga referencia, en su sentido técnico, a un vocablo que el legislador jamás ha empleado. Por otro lado, la palabra "interrogatorio" en su sentido técnico es utilizada en los artículos 329 inciso 3° y 330 CPP, significando que es aquel que realiza la parte *que presenta* a un testigo o perito, constituyendo entonces "contrainterrogatorio" aquel que se realiza al testigo o perito que presenta la parte contraria. Evidentemente, el fiscal no presenta al acusado ni tampoco puede compelerle a ello; en consecuencia, y sin perjuicio de la crítica que merezca la opción del legislador de dejar al defensor al final de los interrogatorios, técnicamente el fiscal *contrainterroga* al acusado èn base a su declaración previa y, por tanto, está legitimado para hacerle preguntas sugestivas (cfr. infra 3.4.2.1.6).

[110] Este no es el orden que dicta la lógica de un sistema adversarial, en virtud del cual el declarante debe ser interrogado por la parte que lo presenta, en este

el o los jueces podrán formularle preguntas destinadas a *aclarar* sus dichos. Se establece que el acusado podrá solicitar ser oído, en cualquier estado del juicio, con el fin de aclarar o complementar sus dichos, norma que reitera el contenido del artículo 8º CPP (art. 326 CPP).

Como se advirtió antes, el acusado no está obligado a declarar ni menos a exponer su defensa antes de que el ministerio público rinda su prueba de cargo. En efecto, aquél puede hacer uso de su derecho a guardar silencio o declarar durante la rendición de la prueba por parte de la defensa.[111] En todo evento, es importante destacar aquí que la declaración voluntaria del imputado y su contrainterrogatorio al inicio del debate, esto es, antes de que la fiscalía presente y pruebe su acusación pareciera altamente inconveniente para su defensa, pues podría dar por establecidos hechos que aún no han sido probados o no hubieran podido probarse por problemas contingentes o imprevisibles, facilitando así la labor del Estado en su carga de probar la acusación más allá de toda duda razonable.

El artículo 327 CPP garantiza la libre comunicación del acusado con su abogado defensor durante todo el desarrollo del juicio, aunque con dos limitaciones: una absoluta y la otra relativa. La primera consiste en la imposibilidad de comunicarse mientras el acusado preste declaración; la segunda limitación opera en los casos en que pueden comunicarse, pero deberán hacerlo de tal modo que no perturben el orden de la audiencia.

Concluidas las actuaciones de los intervinientes, corresponde que se rinda la prueba ofrecida y previamente declarada admisible en la audiencia de preparación del juicio oral.

caso por el defensor, y luego *contrainterrogado* por sus oponentes, el fiscal y el querellante, en su caso, haciéndose aplicables las reglas contenidas en el artículo 330 CPP. Por ello, la práctica forense debiera imponer el orden que aquí se plantea.

[111] En el sentido señalado en el texto se expresó el Senado durante la tramitación parlamentaria (cfr. PFEFFER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 327). Se añadió que "para que no pueda estimarse que hay indefensión, se estimó preferible señalar que se debe ofrecer la palabra al acusado y a su defensor para ejercer su defensa de conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º (CPP)".

3.4. Rendición de la prueba

De conformidad con lo establecido en el artículo 296 CPP, la prueba que hubiere de servir de base a la sentencia deberá rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvas las excepciones expresamente previstas en la ley. En efecto, conforme al inciso 2° del artículo 340 CPP, el tribunal debe formar su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral, esto es, la que ha percibido por sí mismo originaria e inmediatamente. En consecuencia, no podría basar su convicción en el contenido de actas o documentos no introducidos legalmente al debate, o en antecedentes conocidos fuera de las audiencias del juicio o después de finalizado el mismo. Tales supuestos lesionan diversas garantías del debido proceso, fundamentalmente el derecho a discutir y contradecir los medios de prueba que servirán de fundamento en la dictación de la sentencia. Las excepciones legales a que se refiere el precepto legal –los casos de prueba anticipada– no afectan este derecho, pues los intervinientes siempre pueden comparecer a la audiencia correspondiente y ejercer las facultades que les corresponderían en el juicio.[112]

Como hemos destacado en otra parte, el juicio oral, público y contradictorio constituye un *método,* regulado jurídicamente, de averiguación de la verdad acerca de la imputación. El tribunal debe verificar los presupuestos legales de la pena a través de la valoración de la prueba *rendida ante sí,* pero no de cualquier forma, *sino de un modo determinado.* En palabras de FERRAJOLI, el juicio debe desarrollarse con las garantías procesales en materia de prueba y de defensa que hacen posible la verificación y la refutación.[113] Ofrecimiento de prueba obtenida legítimamente, producción de la misma de forma directa e inmediata ante el tribunal que juzga, carga de la prueba por parte del Estado, posibilidad de refutación y contradicción por parte del acusado, libre convicción y motivación de la sentencia, constituyen aspectos centrales del juicio que instaura la nueva normativa procesal penal chilena.

Porque el método inquisitivo de averiguación de la verdad se considera incompatible con un modelo democrático y garantista de justicia criminal en la regulación del Código Procesal

[112] T. I., cap. VII, B.7.4.4.
[113] *Derecho y razón,* cit., pp. 613 y ss.

Penal, no cabe ninguna actividad probatoria de oficio o unilateral por parte del tribunal. Como sabemos, el método inquisitivo expresa una esencial confianza en la capacidad de los jueces para alcanzar unilateralmente la verdad, posición que contradice las nociones republicanas básicas de ejercicio del poder.[114] No obstante, aun hoy en día y en ámbitos cercanos a nuestra cultura jurídica, el derecho comparado ofrece ejemplos paradigmáticos de vigencia del método inquisitivo de averiguación de la verdad en el juicio oral. En efecto, en el derecho procesal penal alemán, el tribunal del juicio, con el fin de investigar la verdad, "debe extender de oficio la recepción de la prueba a todos los hechos y medios de prueba que tienen importancia para la decisión" (parágrafo 244, II OPP). Existe pues una *obligación judicial de esclarecimiento* en el juicio, en virtud de la cual el tribunal no sólo debe, en principio, *producir* prueba sobre todos los hechos de importancia para la decisión –excepto los hechos notorios–, sino que además debe *agotar* todos los medios de prueba que tiene a su disposición. Sólo después del aprovechamiento de todos los medios de prueba rige el principio *in dubio pro reo*.[115] En el ámbito latinoamericano, podemos citar el caso del derecho procesal penal argentino, en el cual las facultades de investigar la verdad por parte del órgano juzgador también existen, aunque más limitadas que en el caso alemán.[116]

En consecuencia, en el nuevo sistema de justicia criminal chileno sólo las partes aportan y producen pruebas en el juicio oral.[117] Las presunciones, consideradas medios de prueba en la antigua legislación,[118] no son, en rigor, tales, sino que forman parte del razonamiento del juzgador, en la medida que expresan el modo en que éste adquirió convicción sobre la culpabilidad del acusado o no la adquirió.[119] Constituyen, pues, la parte esencial del razonamiento judicial en la fundamentación de la sentencia.

---

[114] Sobre el particular, vid. t. I., cap. I.2.

[115] Cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 382. Sobre las críticas que el propio autor plantea a esta situación, pero también al procedimiento de partes, vid. pp. 377 y ss.

[116] Para una descripción sintética de la situación en las diversas provincias argentinas, cfr. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 862-863.

[117] Cfr. supra cap. IX, C.2.

[118] Cfr. artículos 485 y ss. CdPP.

[119] El Proyecto del Ejecutivo contemplaba la siguiente norma en el inciso final del actual artículo 297: "La existencia de un hecho o circunstancia podrá ser

Sin embargo, los miembros del tribunal del juicio conservan una importante facultad, que puede ser considerada como el único caso en el que podrían "producir" prueba, aunque el Código es cuidadoso cuando regula las facultades del tribunal tras el interrogatorio de los declarantes. En efecto, suele establecerse la posibilidad de que los miembros del tribunal formulen preguntas a los testigos, peritos o al propio imputado para que "aclaren sus dichos" (arts. 326 inciso 3° y 329 inciso 4° CPP). Esta facultad nos parece razonable. Es lógico que ante declaraciones oscuras o la utilización de conceptos técnicos no esclarecidos por los interrogadores, el tribunal pueda formular las correspondientes preguntas aclaratorias. Ello no vulnera en modo alguno la lógica del juicio si el tribunal se mantiene en el contexto y margen del interrogatorio realizado por los intervinientes.[120]

3.4.1. *Orden de rendición*

En el texto del artículo contenido en el Proyecto del Ejecutivo se contemplaba un orden de recepción de las pruebas, estableciéndose la posibilidad de que el tribunal alterara dicho orden

deducida por medio de indicios, en tanto ellos se funden en hechos reales y sean múltiples, graves, precisos y concordantes. Para la prueba indiciaria regirán correspondientemente los incisos primero y segundo de este artículo (art. 205)". El Senado estimó pertinente suprimir este inciso, entendiendo correctamente que éste "no se compadece con un sistema de libre apreciación, sino que más bien corresponde al de prueba tasada, en la medida que le indica al tribunal la forma en que debe efectuar las deducciones. Esta norma es un resabio de la prueba de presunciones que elimina este Código, *por cuanto no constituyen propiamente un medio de prueba, sino que un razonamiento, y el solo hecho de consagrar la libre valoración de la prueba importa que el tribunal deberá hacer un análisis de los hechos y las pruebas para llegar a las conclusiones.* En esa medida, entrar a regular el razonamiento que debe efectuar el tribunal haría ilusoria la libertad de apreciación de la prueba" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 304-305. El destacado es nuestro).

[120] En otros sistemas más inquisitivos, como el alemán, el tribunal del juicio conserva importantes atribuciones para la averiguación de la verdad. Así, el presidente del tribunal tiene la dirección del juicio, el interrogatorio del acusado y la práctica de las pruebas. Después del interrogatorio cruzado de las partes a los testigos y peritos, el presidente puede dirigirles las preguntas "que le parezcan necesarias (...) para el ulterior esclarecimiento del asunto" (parágrafos 238 y 239 de la Ordenanza Procesal Penal alemana). Vid. también MAIER, *Derecho procesal penal. Sujetos procesales*, cit., pp. 861-862.

"cuando lo estimare necesario para el adecuado desarrollo de la audiencia".[121] Sin embargo, la Cámara de Diputados fue del parecer de conferir mayor flexibilidad a la rendición de la prueba, dándole protagonismo a las partes sobre la base de un orden mínimo. En definitiva, el artículo 328 CPP establece que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba (peritos, testigos, documentos, objetos y otros medios), correspondiendo que se reciba primero la ofrecida para acreditar los hechos y peticiones de la acusación y de la demanda civil, si se hubiere interpuesto, y luego la prueba ofrecida por el acusado respecto de todas las acciones que se hubieren deducido en su contra.

Hay que recordar que favorece al acusado la presunción de inocencia que impone, entre otras consecuencias, la carga de la prueba al Estado; por tanto, el acusado podría decidir no presentar prueba alguna de descargo, conformándose con refutar o contradecir la prueba presentada por el fiscal, quien sí tiene la obligación de probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable.[122]

Finalmente, queremos llamar la atención sobre un problema práctico que puede ser bastante frecuente y cuya solución no tiene aún un tratamiento uniforme por los tribunales. Nos referimos al supuesto en que un mismo testigo o perito sea presentado por ambas partes para declarar sobre puntos diferentes. De acuerdo con las normas del Código, dicho testigo o perito debería ser, primero, interrogado por el o los acusadores y contrainterrogado por la defensa y, después, interrogado por la defensa y contrainterrogado por los acusadores. Es posible que esta hipótesis no plantee grandes dificultades en juicios sencillos y en los que el declarante tiene domicilio en el lugar de asiento del tribunal, pero no cabe duda que procuraría muchas incomodidades y problemas, especialmente para el declarante, si ello no fuere así. La alternativa para evitar una segunda comparecencia del declarante sería otorgar la posibilidad a las partes de interrogar y contrainterrogarlo sucesivamente hasta agotar su declaración sobre todos los puntos controvertidos.

---

[121] Vid. el texto aprobado por el Senado en PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 328, nota 395.

[122] Vid. supra cap. IX, C.3. e infra 3.8.1.

3.4.2. *Forma de rendición y los medios de prueba en particular*

La forma en que deba rendirse la prueba dependerá de la naturaleza del medio de prueba. De este modo, las reglas serán diferentes según se trate de peritos, testigos, documentos, objetos u otros medios de prueba no regulados expresamente. En este último caso, el inciso 2º del artículo 323 CPP señala que el tribunal deberá determinar "la forma de su incorporación al procedimiento (en rigor, debió decir al juicio), adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo".

La determinación sobre el carácter o naturaleza del respectivo medio puede generar algunas dificultades, como lo demuestra la práctica de la prueba pericial. Definir si la prueba pericial está constituida por la declaración del perito y se sujeta únicamente a sus reglas, o también constituye prueba documental, por el deber de confeccionar un informe escrito, ha sido y es una cuestión sumamente debatida actualmente por los tribunales de juicio oral en lo penal. Volveremos sobre esta problemática a propósito de la rendición de la prueba pericial.[123] Por otro lado, la definición efectuada por las partes al ofrecer la prueba puede resultar errada o incorrecta e, incluso, engañosa y tener por fin someter la producción de la prueba a reglas diferentes de las que hubiera correspondido aplicar si se hubiera utilizado la denominación correcta. De este modo, la declaración jurada de un tercero, que consta por escrito, en la que éste asegura haber visto a Fulano cometiendo el crimen, no puede ser considerado un documento admisible a efectos probatorios[124] si el suscriptor de la misma puede comparecer y declarar personalmente en el juicio, sometiéndose a las reglas del contradictorio. En este caso estamos, en rigor, frente a un testigo presencial, quien debe dar cuenta circunstanciadamente acerca de los hechos que hubiere percibido a través de sus sentidos.

Las mayores posibilidades de suplantación se darán entre la prueba testimonial y pericial con la documental, pues esta últi-

[123] Vid infra 3.4.2.2.

[124] Debe deslindarse esta hipótesis (declaración escrita privada) de aquella en que el testimonio consta en un registro del proceso (v. gr., registro de la declaración del testigo prestada ante el fiscal), pues en estos casos el registro podría excepcionalmente introducirse como documento de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 331 CPP, y siempre que concurran todos sus requisitos.

ma sólo exige, para tener idoneidad probatoria, la lectura del contenido y la exhibición del respectivo instrumento en el juicio, en tanto que las pruebas testimonial y pericial requieren de la comparecencia del respectivo testigo o perito, la declaración bajo juramento o promesa de decir verdad y el sometimiento al interrogatorio cruzado de las partes. De cualquier modo, el ofrecimiento de documentos privados como medios de prueba podrá originar una solicitud de reconocimiento de los mismos en el juicio por quien los suscribe, el que podrá ser interrogado por las partes acerca de su contenido.[125]

Para un estudio sistemático de esta materia, seguiremos el siguiente orden de medios de prueba: testigos, peritos, documentos, objetos y otros medios de prueba. A continuación, examinaremos la situación particular de la declaración del acusado y de la declaración incriminatoria de los coacusados, así como otras situaciones que son relevantes desde la perspectiva de la prueba.

3.4.2.1. Testigos

Testigo es toda persona que ha tenido conocimiento de hechos anteriores, coetáneos o subsiguientes al acontecimiento delictivo. No se requiere que el testigo sea un tercero ajeno al procedimiento, como se ha afirmado,[126] pues la calidad de interviniente y testigo no es necesariamente incompatible. Así, la víctima, que es interviniente conforme al artículo 12 CPP, puede también tener la calidad de testigo en el procedimiento penal y, con frecuencia, su testimonio será clave y absolutamente necesario en el juicio.[127]

De acuerdo con las distinciones que realiza el Código, los testigos pueden ser presenciales o de referencia. En efecto, el inciso 2° del art. 309 CPP distingue entre los testigos que hubie-

[125] Vid. infra 3.4.2.3.1.

[126] Por ejemplo, CHAHUAN (S.), *Manual del nuevo procedimiento penal*, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2002, p. 318. También vid. jurisprudencia comentada en HORVITZ, "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", cit., pp. 131 y ss.

[127] Así se sostiene en HORVITZ, "Estatus de la víctima en el proceso penal", ibíd.

ren presenciado los hechos sobre los cuales declaran y aquellos que saben de los mismos de forma mediata o indirecta. En este último caso, podrán haberlos deducido de antecedentes que les son conocidos o por haber tenido noticia de ellos por otras personas o medios. La importancia de esta clasificación radica en el grado de credibilidad que pueda atribuirse a la declaración del testigo y a la mayor o menor necesidad de corroborar sus dichos con otros medios de prueba, según el nivel de inmediación del declarante con la fuente de su conocimiento.

3.4.2.1.1. Deber de comparecer y declarar

En principio, todos están obligados a concurrir al llamamiento judicial, previa citación, para declarar oralmente cuanto supiesen sobre los hechos que constituyen objeto del procedimiento, en virtud del deber genérico que pesa sobre toda persona, consistente en prestar colaboración a las autoridades públicas comprometidas en el esclarecimiento y sanción de los delitos.

Durante la etapa de investigación, los testigos están obligados a comparecer y prestar declaración ante el ministerio público (art. 190 CPP).[128] Por su parte, toda persona que no se encuentre legalmente exceptuada está obligada a comparecer ante el tribunal competente para prestar declaración en el juicio y, en caso de renuencia, a su conducción compulsiva (art. 298 CPP). En efecto, primero se procede a la citación del testigo conforme a las reglas generales o, en casos urgentes, por cualquier medio, haciéndose constar el motivo de la urgencia. Sin embargo, no procederá la aplicación de los apercibimientos previstos en el artículo 33 CPP, sino una vez practicada la citación con las formalidades legales.[129] Sólo si el testigo legalmente citado no comparece sin justa causa, podrán plantearse los apercibimientos que la ley contempla, sin perjuicio de imponérsele el pago de las costas provocadas por su inasistencia. En tanto al testigo que, habiendo comparecido, se niega a declarar sin justa causa podrá imponérsele una sanción penal, esto es, la establecida en el inciso 2º del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil (art. 299 CPP).

[128] Cfr. t. I., cap. VII, B.5.1.
[129] Vid. t. I., cap. VI, A.2.4.

Para evitar que el deber de comparecer a declarar perjudique al testigo respecto de otras obligaciones que lo afecten, la ley establece que su cumplimiento constituirá siempre suficiente justificación cuando su presencia fuere requerida simultáneamente para realizar obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza, prohibiendo que esta circunstancia pueda afectarle o producirle consecuencias jurídicas adversas (art. 313 CPP).[130]

Asimismo, se establece que el testigo que carezca de medios suficientes o viva sólo de su remuneración tiene derecho a que la persona que lo presente le indemnice la pérdida que le ocasione la comparecencia a prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación, si ello procediere. Tal derecho debe ejercerse en el plazo de 20 días desde la fecha en que se presta declaración, so pena de entenderse renunciado. Si existe desacuerdo en torno al monto de la indemnización, los gastos será regulados por el tribunal a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso. Si el testigo es presentado por el ministerio público o por un interviniente que goza de privilegio de pobreza, la indemnización será pagada anticipadamente por el Fisco, disposición que se encuentra en consonancia con la contenida en el inciso final del art. 50 CPP. En estos casos, los intervinientes deberán expresar en sus escritos de acusación o de contestación el nombre de los testigos a quienes deba indemnizarse y el monto aproximado de los gastos que su comparecencia pueda originar. Estas normas se establecen sin perjuicio de lo que disponga la resolución judicial que se pronuncie acerca de las costas de la causa (art. 312 CPP).[131]

3.4.2.1.2. Excepciones al deber de comparecer

Del mismo modo que ocurría con el artículo 191 del antiguo CdPP, el actual Código establece excepciones a la obligación de comparecencia, en razón del estado o investidura, aunque restringiendo notablemente su extensión. Por consiguiente, no están obligados a concurrir al llamamiento judicial las siguientes autoridades y personas (art. 300 CPP):

[130] Así, por ejemplo, bajo ningún motivo el empleador podría disponer el despido del trabajador por incumplimiento de sus obligaciones laborales, o un establecimiento educacional cancelar la matrícula de un alumno.

[131] Cfr. Libro I, Título II, Párrafo 7° CPP, arts. 45 y ss.

a) El Presidente de la República y los ex Presidentes; los Ministros de Estado; los Senadores y Diputados; los miembros de la Corte Suprema; los integrantes del Tribunal Constitucional; el Contralor General de la República y el Fiscal Nacional;
b) Los Comandantes en Jefe de las Fuerzas Armadas, el General Director de Carabineros de Chile y el Director General de la Policía de Investigaciones de Chile;
c) Los chilenos o extranjeros que gocen en el país de inmunidad diplomática, en conformidad con los tratados vigentes sobre la materia;
d) Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallen en imposibilidad de hacerlo.

Con todo, deberán prestar declaración conforme a las reglas generales las personas enumeradas en las letras a), b) y d) que hubieren renunciado a su derecho a no comparecer y también en el caso que, habiendo efectuado el llamamiento un tribunal de juicio oral en lo penal, la unanimidad de los miembros de la sala estime necesaria, por razones fundadas, su concurrencia ante el tribunal. Esta alteración a la excepción del deber de comparecer no rige, por tanto, en los juicios realizados ante el juez de garantía (procedimiento simplificado).

Las personas exceptuadas del deber de comparecer comprendidas en las letras a), b) y d) deberán ser interrogadas en el lugar donde ejercen sus funciones o en su domicilio. Para ello, deberán proponer oportunamente la fecha y el lugar correspondientes, so pena de fijarlos el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, deberán aplicarse las normas generales. La ley dispone que a la audiencia en que preste declaración el testigo tendrán siempre derecho a asistir los intervinientes. Esta norma responde a las posibles restricciones que puedan plantearse, en el lugar donde se efectuará la declaración, por razones de seguridad, reserva u otras análogas. Se otorga la facultad al tribunal para calificar las preguntas que se dirijan al testigo, en atención a su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente (art. 301 inciso 1° CPP).

Una situación especial está constituida por las personas comprendidas en la letra c), pues ellas no sólo no tienen deber de comparecencia, sino que tampoco están obligadas a declarar. En efecto, conforme al inciso final del artículo 301 CPP, ellas "declararán por informe, si consintieren a ello voluntariamente. Al

efecto se les dirigirá un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo". El fundamento de estas excepciones responde a la suscripción, por Chile, de diversos tratados internacionales que reconocen inmunidad de jurisdicción a los representantes diplomáticos acreditados en nuestro país. Así, por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, promulgada por decreto 709 (D.O. 5.03.1968), establece que los funcionarios consulares de carrera gozan de inviolabilidad personal relativa respecto de infracciones comunes, y de inmunidad de jurisdicción respecto de los actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones consulares (arts. 41 a 43). La inmunidad diplomática es reconocida también expresamente en el art. 298 del Código de Bustamante. Finalmente, la Convención de Viena sobre relaciones Diplomáticas, promulgada por Decreto 666 (D.O. 4.03.1968), establece que la persona del agente diplomático es inviolable y goza de inmunidad de jurisdicción penal (arts. 29 y 31), lo que se extiende al personal oficial y miembros de su familia, siempre que no sean nacionales del Estado ante el cual aquél está acreditado (art. 37). Esta inmunidad de jurisdicción puede ser renunciada expresamente por el Estado acreditante (art. 32). Como se advierte, el privilegio de estas calidades es amplio, pues los excluye de la jurisdicción de los tribunales nacionales y del imperio de la ley penal chilena; es más, su violación está sancionada penalmente en el art. 120 CP. Sin embargo, tales personas pueden renunciar a sus privilegios y, por ejemplo, declarar como testigos en un proceso penal mediante informe.

3.4.2.1.3. Excepciones al deber de declarar

La ley contempla ciertos casos en que no obstante mantenerse el deber de comparecencia, se faculta al testigo para no declarar en razón de ciertos motivos expresamente señalados en la ley. Las causales legales que autorizan al testigo para no declarar tienen su fundamento ya en el principio de no autoincriminación, ya en el deber de secreto profesional. Estos motivos son los mismos tenidos en consideración para establecer, en el art. 220 CPP, la prohibición de incautación de ciertos objetos y documentos. Esta norma fue examinada en otro lugar de esta obra.[132]

[132] Vid. t. I., cap. VII, B.6.4.6.

3.4.2.1.3.a. Causales fundadas en el principio de no autoincriminación[133]

El artículo 305 CPP establece que todo testigo tiene el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pueda acarrearle peligro de persecución penal por un delito. Como sabemos, esta norma constituye una derivación del derecho que tiene el imputado de un delito a guardar silencio o de no autoincriminarse. Pero, además, este principio se extiende a la posible incriminación de ciertos parientes cercanos, pues en estos casos el interés público al establecimiento de la verdad en el proceso penal cede ante el interés, considerado superior, a la conservación de los vínculos familiares y afectivos más inmediatos del imputado que, evidentemente, se verían afectados si tales personas se sienten conminadas, bajo amenaza penal, a declarar contra éste.[134]

De este modo, el inciso 2º del artículo 305 CPP prescribe que el testigo tiene, también, derecho a abstenerse a responder "cuando, por su declaración, pudiere incriminar a los parientes mencionados en el artículo 302, inciso primero" del CPP. Esta última norma establece que no están obligados a declarar el cónyuge o el conviviente del imputado, sus ascendientes o descendientes, sus parientes colaterales hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, su pupilo o su guardador, su adoptante o adoptado. Se impone la obligación de informar al testigo acerca de su facultad de abstenerse antes de comenzar cada declaración (art. 302 inciso 2º CPP). Aunque la ley no lo señala expresamente, esta obligación debiera recaer sobre el juez presidente del tribunal, aunque también podría ser controlada por la parte que presenta al testigo. De allí que pareciera recomendable preguntar al testigo acerca de sus posibles lazos de parentesco con el imputado, al momento de efectuarse su individualización en conformidad con el art. 307 CPP. Si el testigo consiente, no obstante, en prestar declaración, podrá retractar en cualquier momento dicho consentimiento (art. 302 inciso 3º CPP).

---

[133] Sobre el contenido y sentido de este principio, vid. t. I., cap. III, D.3.1.3.1. y supra cap. IX, B.1.1.

[134] Esta limitación tiene un fundamento político-criminal análogo a la exclusión de pena del encubrimiento entre parientes o a la excusa legal absolutoria contenida en el art. 489 CP.

El legislador se puso en la situación de que el testigo a quien beneficie la facultad de abstenerse no comprenda el significado de la misma, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales. En estos casos, la decisión de ejercer dicha facultad recae en el representante legal o, en su caso, en un curador designado al efecto. Si el representante legal ya estuviere interviniendo en el procedimiento, deberá designarse un curador, quien deberá resguardar los intereses del testigo (art. 302 inciso 2° CPP). En cualquiera de los casos anteriores, y habiéndose prestado el consentimiento, la declaración deberá llevarse a efecto siempre en presencia del representante legal o curador, entre otras razones, para que se pueda hacer uso, eventualmente, del derecho de retractación (art. 302 inciso 3°, *in fine*).

Finalmente, cabe hacer mención a una prevención que efectúa el Código. En el inciso 2° del artículo 302 CPP señala que la sola circunstancia de que el testigo sea menor de edad no configura necesariamente las hipótesis de inmadurez, insuficiencia o alteración de las facultades mentales, que impedirían el ejercicio cabal de la facultad de abstenerse de declarar por motivos personales. De allí que el tribunal deba fundar debidamente la resolución en la que configura la situación que hace necesaria la intervención del representante legal o de un curador.

3.4.2.1.3.b. Causal fundada en el secreto profesional

De acuerdo con el artículo 303 CPP, no están obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, el médico o el confesor, tengan el deber de guardar el secreto que se les hubiera confiado, pero sólo en lo que se refiera a dicho secreto. La contemplación de esta facultad es consistente con el establecimiento de sanciones penales a quienes, ejerciendo alguna de las profesiones que requieren título, revelen los secretos que por razón de ella se les hubieren confiado (art. 247 inciso 2° CP). En efecto, el ejercicio de diversas profesiones (médico, abogado, periodista, entre otras) está regido por un código deontológico y por normativas especiales que regulan los deberes específicos de sigilo que incumben a los miembros de la respectiva profesión y que, en muchos casos, son fundamentales para la propia existencia de la relación profesional-cliente. Nótese, sin embargo, que la facul-

tad de abstenerse de declarar por razones de secreto comprende no sólo a quienes ostenten un título profesional, sino también a quienes por su "estado" o "función legal" deben guardar secretos, como, en general, ocurre con los funcionarios públicos, respecto de los secretos de que tuvieren conocimiento por razón de su cargo.[135]

Sin embargo, es obvio que el deber de reserva no puede subsistir si el propio cliente autoriza a su confidente a divulgar los secretos confiados. Por consiguiente, las personas sobre las cuales pesa, en general, un deber de no revelar secretos no podrán invocar la facultad de abstenerse de declarar cuando se las hubiere relevado de dicho deber por aquel que se los hubiere confiado (art. 303 inciso 2° CPP).

3.4.2.1.3.c. Deber de comparecencia en ambos casos

Como la facultad de abstenerse de declarar a que se refieren los párrafos precedentes es de carácter estrictamente personal, los testigos a quienes corresponda tal facultad deberán, no obstante, comparecer a la presencia judicial y explicar la causal legal que los autoriza para no declarar. El Código permite que el tribunal considere como suficiente acreditación de la concurrencia de la causal o motivo invocado el juramento o promesa que tales testigos presten acerca de la veracidad del hecho fundante de la facultad invocada (art. 304 inciso 1° CPP). Sin perjuicio de lo anterior, se impone a estos testigos la obligación de declarar respecto de los demás imputados con quienes no tengan la vinculación que los faculta para abstenerse de declarar, "a menos que su declaración pudiere comprometer a aquellos con quienes existiere dicha relación" (art. 304 inciso 2° CPP).

3.4.2.1.4. Juramento o promesa de decir verdad (art. 306 CPP)

Antes de comenzar su declaración, el testigo deberá prestar juramento o promesa de decir verdad sobre lo que se le pregunte, sin ocultar ni añadir nada de lo que pudiere conducir al esclarecimiento de los hechos (art. 306 inciso 1° CPP). La ley pro-

[135] Cfr. Libro II, Título V, Párrafo 8° CP.

cesal penal exime del juramento o promesa a los testigos menores de 18 años y a aquellos de quienes el tribunal sospeche que pudieren haber intervenido en los hechos investigados. En tales casos, deberá dejarse constancia en el registro de la omisión del juramento o promesa y las causas de ello.

Como el testigo podría desconocer el significado y las consecuencias de faltar al juramento o promesa de decir verdad durante su declaración testifical, se faculta al tribunal para instruir al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las consecuencias que ello pudiera acarrearle. La infracción al juramento o promesa de decir verdad constituye el delito de falso testimonio en materia criminal.[136]

3.4.2.1.5. Individualización del testigo y medidas de protección

El testigo deberá ser individualizado por el juez presidente de la sala en la forma dispuesta en el artículo 307 CPP. En consecuencia, deberá efectuar el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, como sus nombres, apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado civil, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales.

En el caso que exista motivo para temer que la indicación pública del domicilio pueda implicar peligro para el testigo u otra persona, se faculta al presidente de la sala o el juez, en su caso,[137] para autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia. Si el testigo hace uso de esta facultad, el

[136] Arts. 206 a 208 del Código Penal.

[137] La alusión al juez de garantía se refiere a los casos de recepción de prueba anticipada en las etapas previas al juicio oral. Como se ha hecho mención anteriormente, las normas sobre prueba se contenían, en el Proyecto del Ejecutivo, en el Libro I del CPP, ubicación que se mantuvo durante gran parte de la tramitación parlamentaria del Proyecto hasta que la Comisión Mixta estimó que las disposiciones sobre la prueba debían ser trasladadas al Libro II, señalándose que las reglas probatorias no se aplican a las actuaciones del procedimiento anteriores al juicio oral (PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 300, nota 363). Sin embargo, al adoptarse esta decisión política legislativa no se advirtió que muchas de las normas contenidas en los párrafos trasladados estaban contempladas para regular actuaciones que se realizan o pueden realizarse durante las etapas previas al juicio, como la que ahora examinamos.

Código impone la prohibición de la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que permitan conducir a ella, la que deberá ser decretada por el tribunal. La sanción a la infracción de esta prohibición es la contenida en el art. 240 del Código de Procedimiento Civil, cuando el autor es quien proporciona la información. Si la información es difundida por algún medio de comunicación social, además se impondrá a su director una multa de 10 a 50 ingresos mínimos mensuales. Se trata, como se aprecia, de una importante restricción a la publicidad del juicio oral, principio que cede ante la existencia de un peligro concreto para la seguridad personal del testigo. Nótese, sin embargo, que la disposición autoriza a omitir la indicación pública del *domicilio* en el juicio, *pero no de la identidad del testigo*, porque en este último caso se afectaría el derecho del imputado a controvertir su credibilidad y todos aquellos aspectos ligados a los móviles del testigo en prestar declaración o aspectos personales vinculados al origen de la información obtenida.[138] Sólo se plantea una prohibición de información o divulgación de la identidad del testigo fuera del juicio. Para el aseguramiento de esta disposición, el tribunal podría disponer una o más de las medidas que se contemplan en el artículo 289 CPP.[139]

Con el fin de procurar protección a los testigos en casos graves y calificados, el artículo 308 CPP faculta al tribunal para disponer medidas especiales destinadas a tutelar la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas sólo podrán durar el tiempo razonable que el tribunal disponga y podrán ser renovadas cuantas veces sea necesario. Asimismo, se impone al ministerio público el deber de adoptar, de oficio o a petición de parte, las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección. Esta norma es coherente con la general obligación del ministerio público de prestar asistencia y protección a víctimas y testigos.[140]

No obstante lo anterior, existen diversas normas en leyes especiales que se ocupan de regular este tema, por la importan-

[138] Cfr. antecedentes de la discusión parlamentaria del precepto legal en PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 315-316. También véase, infra 3.4.2.2.7.

[139] Sobre ellas, vid. supra 2.1.3.

[140] Vid. t. I, cap. III, A.2.3.1.3.

cia que revisten en la persecución penal de delitos graves y en que la colaboración de las víctimas y testigos es esencial.

Así, la Ley N° 19.617, de 12 de julio de 1999, modificó el Código Penal y otros cuerpos legales efectuando una nueva regulación de los delitos contra la autodeterminación e indemnidad sexual, e introdujo una norma que faculta al tribunal, en cualquier momento y a petición de parte o de oficio por razones fundadas, para disponer las medidas de protección del ofendido y sus parientes que estime convenientes, tales como la sujeción del implicado a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que deben informar 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 (art. 372 ter CP). Estas medidas de protección pueden ser muy controvertidas, pues ellas se basan fundamentalmente en la imposición de deberes o restricciones a los derechos fundamentales del imputado, esto es, respecto de una persona que debe ser presumida inocente. Corresponde, en consecuencia, que el tribunal resuelva las solicitudes correspondientes con estricto apego a las limitaciones que impone el principio de proporcionalidad.[141]

Menos comprometedora para los derechos de las personas es la medida de protección que contempla la letra e) del artículo 15 de la Ley N° 16.618, de Menores, introducida por la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, que introduce nuevas modificaciones al Código Penal y otros cuerpos legales en materia de delitos sexuales. Dicha nueva disposición establece el deber de "otorgar protección inmediata a un niño, niña o adolescente que se encuentre en situación de peligro grave, directo e inminente para su vida o integridad física". Y añade que: "[p]ara ello, concurriendo tales circunstancias, (la policía de menores) podrá ingresar a un lugar cerrado y retirar al niño, niña o adolescente, debiendo en todo caso poner de inmediato los hechos en conocimiento del juez de menores, del crimen o fiscal del ministerio público, según corresponda".

También se incorporan diversos preceptos legales en la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sus-

[141] Cfr. t. I, cap. VII, B.1.5.

tancias psicotrópicas (LTESP), por la Ley N° 19.806,[142] que contempla reglas especiales de protección de testigos y peritos y, en general, de personas que hayan cooperado eficazmente en el procedimiento. Se trata de 6 nuevas disposiciones legales que demuestran la preocupación particular del legislador por conferir protección a terceros que puedan proporcionar información sobre estos delitos, dada la habitual inexistencia de víctimas concretas y las especiales características criminógenas que rodean su perpetración.[143] Ellas regulan tales medidas atendiendo a la etapa en que son requeridas y al órgano que debe adoptarlas o decretarlas.

Así, el art. 33 A LTESP faculta al ministerio público para adoptar, durante la investigación de estos delitos, medidas especiales de protección a favor de testigos, peritos, agentes encubiertos, informantes y los parientes de éstos, con quienes se hallaren ligados por relaciones de afecto. Se establece que para proteger la identidad de los que intervengan en el procedimiento, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, el fiscal podrá aplicar todas o algunas de las siguientes medidas:

a) Que no conste en los registros de las diligencias que se practiquen sus nombres, apellidos, profesión u oficio, domicilio, lugar de trabajo, ni cualquier otro dato que pudiera servir para su identificación, pudiendo utilizar una clave u otro mecanismo de verificación para estos efectos;

b) Que su domicilio sea fijado, para notificaciones y citaciones, en la sede de la fiscalía o del tribunal, debiendo el órgano interviniente hacerlas llegar reservadamente a su destinatario; y

c) Que las diligencias que tengan lugar durante el curso de la investigación, a las cuales deba comparecer el testigo o perito protegido, se realicen en un lugar distinto de aquel donde funciona la fiscalía y de cuya ubicación no se dejará constancia en el registro respectivo.

---

[142] Sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, Diario Oficial de 31.05.2002.

[143] La existencia de criminalidad organizada, los grandes volúmenes de dinero comprometido e, incluso, el involucramiento de autoridades públicas en su perpetración o en el aseguramiento de impunidad inducen a prácticas mafiosas de eliminación de cualquier persona que sea sospechosa de delación o colaboración con la administración de justicia (para un panorama general de la situación chilena, cfr. POLITOFF/MATUS (eds.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000).

Se contempla un control de legalidad de las medidas decretadas por el ministerio público por la vía de efectuar la correspondiente solicitud al juez de garantía, quien procederá a su revisión.

Por su parte, el art. 33 B de la LTESP regula el supuesto de que la medida sea solicitada directamente a un tribunal.[144] Dicho precepto dispone que el tribunal podrá decretar la prohibición de revelar, en cualquier forma, la identidad de las personas a que se refiere el art. 33 A o los antecedentes que conduzcan a su identificación. Asimismo, podrá decretar la prohibición para que sean fotografiados o se capte su imagen a través de cualquier otro medio. Se contemplan sanciones análogas a las previstas en el artículo 307 CPP para el evento de la infracción de estas prohibiciones. Por su parte, el art. 33 C LTESP remite al art. 308 CPP para el caso que, durante el desarrollo del juicio oral, o incluso una vez que éste hubiere finalizado, si las circunstancias de peligro se mantienen, el interesado solicite protección. Se plantea que el ministerio público o el tribunal otorguen protección policial en estos casos.

El art. 33 D LTESP dispone normas especiales de protección para cooperadores eficaces, informantes y agentes encubiertos que, por incidir directamente en la forma de que declaran en el juicio, serán tratadas en otra parte.[145] El art. 33 LTESP, por su lado, señala que las medidas de protección contempladas en los preceptos legales anteriores podrán ir acompañadas, en caso de ser estrictamente necesario, por otras medidas complementarias, tal como la provisión de recursos económicos suficientes para el cambio de domicilio u otra que se estime idónea en función del caso. Finalmente, el art. 33 F de la LTESP faculta al tribunal, para el caso de ser estrictamente indispensable para la seguridad de estas personas, autorizarlas para cambiar de identidad con posterioridad al juicio. Para ello se contempla un procedimiento secreto ante la Dirección Nacional del Servicio de Registro Civil e Identificación y sanciones penales para el evento de infracción del deber de sigilo de las autoridades públicas comprometidas en él.

[144] Será al juez de garantía, en el caso de prueba anticipada, y al tribunal de juicio oral en lo penal, en el juicio.

[145] Vid. infra 3.4.2.1.7.

La Ley N° 18.314, que reprime conductas terroristas y fija su penalidad, también contempla medidas especiales de protección, las que fueron introducidas por la Ley N° 19.806, de 2002, ya mencionada. Ellas son idénticas a las previstas en la Ley N° 19.366, y se contemplan en los artículos 15 a 20 del citado cuerpo legal.

Estos cuerpos legales contienen normas especiales orientadas fundamentalmente a garantizar el anonimato de testigos, peritos y sus parientes, tanto en las etapas previas al juicio como durante su desarrollo e, incluso, con posterioridad a su conclusión. También se plantean otras medidas como la protección policial y el cambio de identidad con posterioridad al juicio. Sin embargo, una importante objeción que puede oponerse a este sistema especial de tutela es que la declaración de estas personas puede ser recibida anticipadamente en conformidad con el art. 191 CPP, prestándose "por cualquier medio idóneo que impida su identificación" (arts. 33 D Ley N° 19.366 y 18 de la Ley N° 18.314), aunque sin interferir en el derecho de la defensa a contrainterrogar los testigos y peritos de cargo. El desconocimiento de la identidad del testigo o perito puede afectar el derecho de defensa del acusado en la medida que ello le impide hacer preguntas para verificar su imparcialidad, credibilidad o idoneidad como testigo o perito. Por ello, el tribunal debe ponderar cuidadosamente las circunstancias del caso y la magnitud del peligro que afecta al declarante antes de proceder a decretar esta última medida de protección.

3.4.2.1.6. Declaración del testigo. Reglas que la rigen

Particularmente relevantes son los principios de inmediación y oralidad del juicio en la rendición de la prueba testifical, tanto más si ella es fundamental para producir la convicción del tribunal sobre los hechos debatidos, pues es imprescindible la percepción directa de las declaraciones de los testigos y las intransferibles sensaciones percibidas en una declaración, esto es, lo que se dice, lo que se calla, las contradicciones al declarar, los titubeos, las expresiones del rostro y el cuerpo, y todo eso que se ha dado en llamar *psicología del testimonio.*[146] De allí que siempre deba utili-

[146] MUÑOZ CONDE (F.), *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000, p. 60. HASSEMER la llama "comprensión escénica" del juicio (cfr. *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, 1984, p. 192).

zarse restringidamente la institución de la prueba anticipada, pues los principios invocados se cumplen ante un tribunal diferente del que debe juzgar, el que sólo *oirá* el contenido del acta que da cuenta de la recepción de dicha prueba ante el juez de garantía.

El testigo está obligado a declarar la verdad acerca de lo que se le pregunte y no ocultar hechos, circunstancias o elementos que digan relación con el contenido de su declaración (art. 298 CPP). La forma en que vierte su narración sobre los hechos es a través del denominado interrogatorio cruzado de las partes. Su declaración, en consecuencia, se rige por las siguientes reglas:

a) La declaración personal del testigo no podrá ser sustituida por la lectura de los registros en que constaren declaraciones anteriores u otros documentos que las contuvieren. Esta prohibición dice relación con el respeto de los principios de oralidad, inmediación y de contradicción del juicio aplicados a la prueba testimonial. Las excepciones están contenidas en los artículos 331 y 332 CPP, y su estudio particular se efectuará más adelante.[147]

b) El testigo menor de edad sólo podrá ser interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio (art. 310 CPP).

c) Cuando el testigo fuere sordo, las preguntas le serán dirigidas por escrito; y si es mudo, dará por escrito sus contestaciones. En caso de que no pudiera procederse del modo anteriormente indicado, la declaración del testigo será recibida por intermedio de una o más personas que pudieren entenderse con él por signos o que comprendieren a los sordomudos. Estas personas deberán previamente prestar juramento o promesa de decir verdad, a fin que en su labor se ciñan estrictamente a lo expresado por el testigo.

d) Aunque el Código no contemple expresamente el caso de los testigos que se expresen en idioma extranjero o en lenguas indígenas, es evidente que deberán prestar declaración por medio de un traductor, quien debería prestar juramento o promesa de decir verdad por las mismas razones expresadas precedentemente.

[147] Vid. infra 3.4.2.8.1.

e) Los interrogatorios serán realizados en primer lugar por la parte que hubiere ofrecido la respectiva prueba (interrogatorios propiamente tales) y luego por las restantes (contrainterrogatorios). Si en el juicio intervinieren como acusadores el ministerio público y el querellante particular, o el mismo se realizare contra dos o más acusados, se concederá sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda.

En este punto deben subdistinguirse las siguientes reglas:

i. Las partes podrán comenzar sus interrogatorios efectuando preguntas destinadas a examinar la imparcialidad del testigo. De conformidad con el art. 309 CPP, en el procedimiento penal no existen testigos inhábiles. En lugar del sistema formal y vetusto del CdPP de 1906, se autoriza a los intervinientes para "dirigir al testigo preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con algunos de los intervinientes que afectaren o pudieren afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad". En consecuencia, el cuestionamiento de su credibilidad es función primordial del contrainterrogatorio, sin que ello suponga la invocación y fundamentación de "tachas", en los términos que las regulaban los arts. 492 y ss. CdPP.

ii. Primero interroga la parte o partes que hubieren presentado al testigo, actuación que la ley denomina interrogatorio. Luego interroga la contraparte o contrapartes, en el llamado contrainterrogatorio. La distinción tiene importancia para definir las reglas que regirán ambos tipos de interrogatorio. Efectivamente, conforme al inciso 1° del artículo 330 CPP, en el interrogatorio o examen las partes no pueden formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta (preguntas inductivas o sugestivas).[148] El fundamento de esta prohibición es evidente: la parte que presenta a un testigo lo hace porque su testimonio favorece, total o parcialmente, las pretensiones de su parte y porque el testigo se encuentra comprometido en algún

[148] Pregunta sugestiva es aquella que insinúa la contestación, de ordinario describiendo el hecho o circunstancia cuya afirmación (o negación) se pretende, como la siguiente: ¿no es cierto que usted se encontraba con el acusado el día de los hechos? (cfr. MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., p. 567).

grado con su versión de los hechos. Y ello ocurre aun con el testigo más imparcial, pues puede estar convencido de lo que ha presenciado o percibido.[149] Se trata, en consecuencia, de controlar y evitar que el interrogador conduzca la declaración del testigo impidiendo al tribunal discernir el conocimiento que proviene del propio testigo del que ha sido "puesto" por aquél. Sin embargo, tal prohibición no rige ni tiene razón de ser en el contrainterrogatorio. En efecto, aquí la parte se enfrenta a un testigo hostil que, por ello, no está dispuesto a colaborar con él o a uno cuya declaración puede ser perjudicial para los intereses que representa. Al contrainterrogar, el interviniente puede efectuar preguntas sugestivas al testigo e, incluso, confrontarlo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.[150]

iii. Se establecen *prohibiciones absolutas* respecto a los métodos de interrogación, al señalarse que en ningún caso se admitirán preguntas engañosas o destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo, ni las que fueren formuladas en términos poco claros (art. 330 inciso 3° CPP). Estas últimas pueden, a su turno, ser engañosas o capciosas.[151] Estas prohibiciones se fundan en el menoscabo de la libre voluntad de acción y de decisión, pues sólo

[149] En el mismo sentido BAYTELMAN, "El juicio oral", cit., p. 268.

[150] El problema mayor se plantea con las incidencias que puedan promoverse con ocasión de la *forma* en que se invoquen dichas versiones por el contrainterrogador, pues pueden efectuarse de una manera distinta o usando palabras que les confieran un sentido diferente y, por tanto, capcioso. Sobre los diversos objetivos que persiguen el interrogatorio y el contrainterrogatorio, siguiendo los planteamientos de la doctrina norteamericana, vid. CHAHUAN (S), *Manual*, cit., pp. 334 y ss.

[151] Pregunta capciosa es aquella que, so pretexto de indagar sobre un hecho o circunstancia aparentemente sin consecuencias, incluso ingenuo, esconde la afirmación o negación de un hecho o circunstancia decisivo, como cuando –exagerando el ejemplo– se le pregunta al testigo si el cuchillo con el que vio matar al acusado a la víctima, que se le exhibe para su reconocimiento, es un puñal o una daga: su contestación, en cualquiera de los dos sentidos, encierra la aceptación de que vio al acusado matar a la víctima con un cuchillo. Lo mismo ocurre si se exhiben dos fotografías de vehículos al testigo preguntándole que señale en cuál de ellos huyó el acusado, en circunstancias que el testigo sólo aceptó haberlo visto huir en un vehículo, pero no describió el mismo previamente. El adjetivo capcioso alude a la utilización de un ardid para engañar o al simple engaño por aprovechamiento de las circunstancias (vid. MAIER (J) *Derecho procesal penal*, cit., pp. 566-567).

la verdad obtenida legítimamente puede fundar la sentencia penal. En estos casos, y por su naturaleza de prohibiciones absolutas, el tribunal del juicio podrá actuar de oficio, sin necesidad que previamente se formulen objeciones.

iv. La infracción a las reglas sobre métodos de interrogación podrá dar lugar a *objeciones* de las partes, las que deberán ser resueltas incidentalmente por el tribunal. Si el testigo hubiere, no obstante, contestado la pregunta declarada inadmisible, el tribunal deberá ponderar en la sentencia la circunstancia de haberla así considerado para formar su convicción.[152] Sin embargo, las declaraciones o respuestas obtenidas a través de un interrogatorio que infringe las prohibiciones absolutas impuestas por la ley no deben ser valoradas en caso alguno por el tribunal en su fallo.[153] En este evento, nos encontramos ante una clásica prohibición probatoria que halla su sustento legal en la norma del inciso 2° del artículo 334 CPP.

v. Al contestar los interrogatorios, los testigos deberán dar razón *circunstanciada* de los hechos sobre los cuales declaran, expresando si los hubieron presenciado, si los dedujeron de antecedentes que les fueron conocidos o si los hubieron oído referir a otras personas. Por consiguiente, el contenido de su narración consistirá en haber visto, oído o, en general, percibido alguna cosa, que puede ser el hecho consistente en el delito y sus circunstancias o una prueba del mismo. Esta distinción dice relación no con la admisibilidad de la declaración testimonial, pues nuestra legislación acepta el testimonio de oídas,[154] sino con

[152] Es dudoso que la mera consideración del contenido de la respuesta a la pregunta declarada inadmisible en la audiencia sea motivo suficiente de nulidad, excepto cuando exista infracción a las prohibiciones absolutas, pues allí podría fundamentarse la violación de un derecho fundamental siempre que la misma tuviera el carácter de *sustancial* (art. 373 b) CPP).

[153] En el derecho alemán, la efectividad de estas prohibiciones está garantizada, pues la ley establece expresamente que dicha declaración es invalorable por el juzgador (cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 214).

[154] Ello no siempre es así en la legislación comparada. Sobre el particular, vid. JAUCHEN (E.), *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 289. En Italia, por ejemplo, el CPP establece que si un testigo declara sobre un hecho del que tuvo conocimiento a través de otra persona, el juez, a solicitud de parte o de oficio, podrá disponer que dicha persona sea citada a declarar. Si tal actuación no se solicita o no es decretada por el tribunal, la ley dispone la "inutilizabilidad" de la declaración del testigo de oídas en la sentencia, excepto que ella no haya podido realizarse por muerte, enfermedad o "irre-

su valor probatorio. El deber de dar razón circunstanciada de los hechos que declara constituye el único modo de verificar la capacidad de percepción, la solidez y coherencia de su relato.

vi. Por último, debe llamarse la atención sobre una cuestión que suele llevar a confusión. Que el objeto del testimonio sea la *experiencia* de un hecho, y en cuanto tal esté sujeto a la apreciación personal y subjetiva del que lo vivencia[155] no significa que el testigo pueda emitir *opiniones, conjeturas* o *creencias,* es decir, apreciaciones personales carentes de sustrato fáctico objetivo. Su testimonio siempre debe ser fundado en hechos objetivos. Por lo mismo, estimamos inadmisible que el testigo deponga sobre rumores o voces que corran públicamente en torno a los hechos de que trata el proceso, o sea, voces anónimas.[156]

3.4.2.1.7. Reglas especiales de declaración. Situación de los informantes, agentes encubiertos y otros

Entre las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.806[157] a la Ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, estuvieron aquellas referidas a la declaración de informantes, agentes encubiertos, cooperadores eficaces y, en general, de testigos y peritos, cuando su seguridad personal se encontrare en peligro.

El artículo 4° de la Ley N° 19.806 modifica el artículo 33 D de la Ley N° 19.366 y establece que las declaraciones de las personas antes señaladas "podrán ser recibidas anticipadamente, en conformidad con el artículo 191 CPP. En este caso, el juez de garantía podrá disponer que los testimonios de estas personas se presten por cualquier medio idóneo que impida su identificación

petibilidad". Asimismo, se establece que no puede ser "utilizada" (valorada) la declaración testimonial de quien se niega o no se encuentra en condiciones de indicar la identidad de la persona o la fuente a través de la cual obtuvo conocimiento del hecho objeto de la declaración (art. 195 CPP). Vid. supra cap. IX, C.4.6.4.2.

[155] Sobre esta cuestión, más extensamente CARNELUTTI (F.), *Lecciones sobre el proceso penal,* t. I. (trad. de S. Sentís Melendo), Librería El Foro, Buenos Aires, 2002, pp. 304 y ss.

[156] CARNELUTTI, cit., p. 307.

[157] Vid. supra nota 142.

física normal. Igual sistema de declaración protegida podrá disponerse por el tribunal de juicio oral en lo penal, en su caso". Como se observa, esta norma amplía el rango de medidas de protección que pueden adoptarse *en el juicio* o *en la declaración anticipada de testigos y peritos* respecto de las previstas en el Código. En efecto, en éste sólo se permite omitir la indicación y divulgación pública del domicilio del testigo por razones de seguridad (art. 307 inciso 2° CPP). Sin embargo, el uso indiscriminado y amplio de esta medida puede afectar seriamente el derecho de defensa del imputado.[158]

La nueva disposición intenta mitigar los reparos señalados a través de un procedimiento judicial previo de verificación de la identidad del testigo y por la vía de mantener inalterable el principio de contradicción. En efecto, el inciso 2° del artículo 33 D de la Ley N° 19.366 dispone que "si las declaraciones se han de prestar de conformidad al inciso precedente, el juez deberá comprobar en forma previa la identidad del testigo o perito, en particular los antecedentes relativos a nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio. Consignada en el registro tal comprobación, el tribunal podrá resolver que se excluya del debate cualquier referencia a la identidad que pudiere poner en peligro la protección de ésta". Por su parte, el inciso 3° del precepto legal citado señala que "En ningún caso la declaración de cualquier testigo o perito protegido podrá ser recibida e introducida al juicio sin que la defensa haya podido ejercer su derecho a contrainterrogarlo personalmente".

A su turno, la Ley N° 19.927, de 14 de enero de 2004, que introduce nuevas modificaciones al Código Penal y otros cuerpos legales en materia de delitos sexuales, añade un nuevo precepto legal al Código Penal, el artículo 369 ter, cuyo inciso 2° es del siguiente tenor: "[i]gualmente, bajo los mismos supuestos previstos en el inciso precedente,[159] podrá el tribunal, a petición

[158] Sobre el particular, JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, cit., pp. 339 y ss., esp. 349. Vid., también, oficio N° 356 de 2002, del ministerio público, que examina e imparte instrucciones sobre estas medidas especiales de protección, en el que se señala que "la reserva de identidad impide el control de credibilidad del testigo".

[159] El inciso 1° del artículo 369 ter del Código Penal establece que "[c]uando existieren sospechas fundadas de que una persona o una organización delictiva hu-

del Ministerio Público, autorizar la intervención de agentes encubiertos. Mediando igual autorización y con el objeto exclusivo de facilitar la labor de estos agentes, los organismos policiales pertinentes podrán mantener un registro reservado de producciones del carácter investigado. Asimismo, podrán tener lugar entregas vigiladas de material respecto de la investigación de hechos que se instigaren o materializaren a través del intercambio de dichos elementos, en cualquier soporte". Más adelante se añade que "[l]a actuación de los agentes encubiertos y las entregas vigiladas serán plenamente aplicables al caso en que la actuación de los agentes o el traslado o circulación de producciones se desarrolle a través de un sistema de telecomunicaciones". Finalmente, dispone que "[l]os agentes encubiertos, el secreto de sus actuaciones, registros o documentos y las entregas vigiladas se regirán por las disposiciones de la Ley N° 19.366". En consecuencia, habría que entender que las disposiciones especiales de la Ley N° 19.366, sobre declaración de los agentes encubiertos, son aplicables en los mismos términos a los delitos a que se refiere el inciso 1° del artículo 369 ter del Código Penal, reformado por la Ley N° 19.927, ya individualizada.

Pareciera que, no obstante las reglas especiales establecidas por leyes especiales para la declaración de ciertas personas, los principios del juicio se encuentran suficientemente resguardados, aunque debe admitirse que el desconocimiento de la identidad del testigo afecta siempre, y en alguna medida, el derecho de defensa del imputado, al impedirle conocer y establecer aspectos personales del declarante que pudieran afectar su credibilidad. Se hace necesario, por tanto, generar estándares por la vía del principio de proporcionalidad[160] para determinar cuándo se hace indispensable recurrir a las medidas de protección que afectan las

biere cometido o preparado la comisión de alguno de los delitos previstos en los artículos 366 quinquies, 367, 367 bis, 367 ter, 374 bis, inciso primero, y 374 ter, y la investigación lo hiciere imprescindible, el tribunal, a petición del Ministerio Público, podrá autorizar la interceptación o grabación de las telecomunicaciones de esa persona o de quienes integraren dicha organización, la fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes conducentes al esclarecimiento de los hechos y la grabación de comunicaciones. En lo demás, se estará íntegramente a lo dispuesto en los artículos 222 a 225 del Código Procesal Penal".

[160] Vid. t. I., cap. VII, B.1.5.

garantías del proceso, sin aplicar antes otras menos gravosas. En Alemania se ha desarrollado la teoría de los "tres escalones" (*Drei-Stufe-Theorie*), en virtud de la cual pueden restringirse los principios de oralidad e inmediación del juicio en tres etapas sucesivas diferentes, cuando las medidas previstas para el nivel más bajo de protección aparecen insuficientes en el caso concreto, llegándose a la posibilidad de decretar la absoluta reserva de identidad e, incluso, la declaración policial del agente y su introducción al juicio mediante la lectura del correspondiente registro. Esta regulación ha sido duramente criticada por la doctrina.[161]

3.4.2.1.8. Testigo-perito

Es aquella persona cuya declaración recae sobre hechos o situaciones pasadas, pero para cuya observación se requiere un conocimiento especial, como el policía que concurre al sitio del suceso y que, por sus conocimientos anatomo-patológicos, puede efectuar una descripción detallada de los sucesos cadavéricos experimentados por el cuerpo de la víctima. Respecto de la narración de los hechos, el testigo-perito está sujeto a las reglas de los testigos, pues su percepción, en oposición a lo que sucede con los peritos, es insustituible. Esta circunstancia tiene relevancia para la denominada prueba anticipada.[162] En cambio, las aserciones propiamente técnicas o científicas sobre los hechos deben ser objeto de un informe pericial, el que debe ser evacuado conforme a las reglas generales sobre las pericias. La circunstancia que una persona reúna ambas calidades simultáneamente no obsta a que comparezca y preste una sola declaración, aplicándosele las reglas correspondientes según el tenor de las preguntas.[163]

---

[161] Por todos, LESCH (H.), *Strafprozessrecht*, cit., pp. 69 y ss., esp. p. 78.

[162] T. I., cap. VII, B.7.4.4.

[163] Un médico que declara que el día 31 de mayo de 2002 a las 22 horas asistió a una persona tendida en la calle Amapolas XX, quien le habría dicho que fue golpeada en la cabeza con un palo por dos sujetos, haciendo una descripción de ambos, y que después dicha persona murió "por estallido de cráneo en su hemisferio derecho producido por una lesión necesariamente mortal" es un testigo-perito. Deberá declarar como testigo en tanto informe sobre todos aquellos hechos y circunstancias percibidos por los sentidos, pues se trata de observaciones propias, insustituibles, pero deberá hacerlo como perito, si correspondiere, en cuanto al carácter de la lesión, porque tal declaración supone conocimientos especiales. Al respecto, vid. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit, pp. 220 y ss.; esp. 240.

3.4.2.1.9. Intervención del tribunal

Una vez concluidos los interrogatorios de las partes, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al testigo con el fin de aclarar sus dichos. En nuestra opinión, los jueces deben ser extremadamente prudentes al hacer uso de esta facultad, pues deben considerar que las partes no podrán objetar las preguntas claramente inconducentes ni que excedan el ámbito de la mera aclaración, dejando por otro lado traslucir la pérdida de imparcialidad que debieran mantener inalterable hasta el final del juicio.

3.4.2.1.10. Declaración complementaria de los testigos

El tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio del testigo que ya hubiere declarado en la audiencia siempre que lo hubiere solicitado alguna de las partes. Esta norma permite salvar, a nuestro juicio, el problema que se suscita cuando el testigo ha sido *presentado* por las diferentes partes del proceso pero para declarar sobre hechos o puntos distintos y que, por tal motivo, corresponda invertir las reglas del interrogatorio (v. gr., interrogatorio de la defensa y contrainterrogatorio de la fiscalía). Este recurso legal es la mejor vía de evitar una segunda comparecencia del testigo al juicio.[164]

3.4.2.2. Peritos

El inciso 2° del artículo 314 CPP señala que "procederá el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa fueren necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio". Se trata, pues, de una persona con conocimientos especializados, un experto en determinadas materias; de allí que, a diferencia del testigo, no declara sobre hechos concretos que le ha tocado percibir u oír, sino sobre los principios y reglas que rigen determinados fenómenos o actividades, cuya comprensión resulta, por lo general, inaccesible al no especialista.

[164] Vid. supra 3.4.1.

A pesar que el Código, en su párrafo 6º, Título III, Libro II, hace referencia constante al "informe de peritos" para aludir a la prueba pericial, en rigor ella está constituida por la declaración personal del perito, en el juicio, sobre el contenido del informe previamente elaborado por él. La falta de rigurosidad del legislador en la denominación del medio de prueba unido a la ausencia de prolijidad al momento de decidir el cambio de ubicación sistemática de todo el párrafo, han generado no pocos problemas interpretativos referidos al contenido, presupuestos, ofrecimiento y producción de la prueba pericial. En efecto, durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de nuevo CPP se trasladaron las disposiciones sobre la prueba desde el Libro I, sobre "Disposiciones Generales", al Libro II, que regula el "Procedimiento Ordinario", sin reparar que en los párrafos trasladados quedaron normas solamente aplicables a etapas previas al juicio.[165] Así, en el párrafo 6º que regulaba el "informe de peritos" se mantuvo el artículo 320 CPP, el que establece que durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes pueden solicitar al juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiere la pericia o para cualquier otro fin pertinente. Se añade que el juez de garantía deberá acceder a la solicitud, "a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta". Por su lado, la norma del artículo 321 CPP, que faculta al Ministerio Público para presentar como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le prestan auxilio en su función investigadora, tiene carácter general y resulta aplicable desde el momento en que dichos organismos técnicos pueden actuar en el proceso penal, esto es, desde la etapa de investigación.[166]

En consecuencia, debe considerarse cuidadosamente el criterio de la ubicación sistemática para fundar y justificar una de-

[165] Cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 300, nota 363. Por ello resulta inadmisible la consideración de la Comisión Mixta cuando afirmó que "(...) quedará en claro que estas reglas probatorias no se aplican a las actuaciones del procedimiento anteriores al juicio oral", PFEFFER, cit., ibíd.

[166] Por ello esta norma fue primeramente examinada en el ámbito que le es naturalmente propio: la etapa de investigación. Cfr. t. I., cap. VII, B.5.4.

terminada interpretación de las normas referidas a la prueba pericial.

3.4.2.2.1. Elaboración y presentación del informe pericial

Al tenor de las normas contenidas en el inciso 1° del artículo 314 e inciso 1° del art. 315 del CPP, el ministerio público y los demás intervinientes podrán requerir la elaboración de informes periciales desde el inicio del procedimiento penal, los que deberán ser presentados por escrito al tribunal a fin de que los declare admisibles. Junto con su presentación, se debe solicitar que los peritos sean citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad del experto.

No obstante la incardinación sistemática de estas normas en el Título III del Libro II del Código Procesal Penal, referidas al juicio oral, la presentación del informe por escrito debe efectuarse para ante el *juez de garantía*, pues la ley exige un pronunciamiento previo sobre su admisibilidad como medio de prueba, actuación que corresponde al juez de garantía en la etapa de preparación del juicio oral. Esta incoherencia sistemática responde al traslado completo del párrafo sobre "informe de peritos", y cuyas circunstancias ya fueron expuestas precedentemente.

3.4.2.2.2. Contenido y formalidades del informe

Conforme al art. 315 CPP, el informe pericial debe constar por escrito y contener las siguientes menciones:

a) La descripción de la persona o cosa que fuere objeto de él, del estado y modo en que se hallare;

b) La relación circunstanciada de todas las operaciones practicadas y su resultado, y

c) Las conclusiones que, en vista de tales datos, formulen los peritos conforme a los principios de su ciencia o reglas de su arte u oficio.

Sólo a través del cumplimiento de estos requisitos la parte interesada puede controlar el procedimiento desarrollado por el perito hasta llegar a sus conclusiones y verificar si efectivamente éste se ha ceñido a los principios o reglas que rigen la ciencia o arte que desempeña. Eventualmente, aquélla podría consultar

otro u otros peritos para confirmar las hipótesis y conclusiones del primero, pues a diferencia del testigo, los peritos se pronuncian en base a reglas objetivas o principios generalmente reconocidos por aquellos quienes profesan la misma ciencia o arte. Por ello, mientras más asentados o reconocidos sean tales principios o reglas, menos discusión habrá acerca del procedimiento empleado y/o las conclusiones alcanzadas.

Se exige a los peritos que emitan sus informes con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profesen (art. 314 inciso final CPP). Esta regla es especialmente importante en el actual sistema, que impone como regla general que la remuneración de los peritos es de cargo de la parte que los presenta.[167]

3.4.2.2.3. Admisibilidad de la prueba pericial ofrecida

Una vez presentados los informes al juez de garantía, éste deberá pronunciarse sobre su admisibilidad. La ley no señala la oportunidad procesal en que tal actuación debe realizarse; sin embargo, y dados los términos del inciso 1° del art. 316 CPP, es evidente que ella debe efectuarse en la audiencia de preparación del juicio oral. Conforme a la norma señalada, "el tribunal admitirá los informes y citará a los peritos (al juicio oral) cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considerare que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo". El control judicial de la admisibilidad de la prueba tiene lugar, como es sabido, en la audiencia de preparación del juicio oral;[168] en este caso particular tiene por objeto evitar que declaren en el juicio personas que no son, en realidad, expertos o que no acrediten suficientemente su especialidad o profesionalismo.

Además, el tribunal posee la facultad de limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resulten excesivos o puedan entorpecer la realización del juicio. La disyunción ocupada en la primera frase por el legislador hace referencia a la posibilidad de que un mismo informe pericial sea elaborado por

[167] Vid. infra 3.4.2.2.4.
[168] Vid. supra cap. VIII, 2.4.3.8.

varios peritos o que varios peritos realicen informes sobre un mismo objeto, en cuyo caso no siempre será necesario que comparezcan todos ellos al juicio, si no hay discordancias relevantes entre ellos. Como se aprecia, esta norma es análoga a la prevista en el inciso 2° del artículo 276 CPP, que faculta al juez de garantía para reducir la prueba testimonial y documental ofrecida, cuando por su número pudiera producir efectos puramente dilatorios.[169]

3.4.2.2.4. Remuneración de los peritos

Conforme al inciso 2° del art. 316 CPP, los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos corresponden a la parte que los presente. En consecuencia, se eliminaron los denominados peritos judiciales que contemplaba el Proyecto del Ejecutivo,[170] dejándose una hipótesis excepcional que autoriza que el financiamiento de las pericias corresponda al Estado.

En efecto, sólo excepcionalmente se admite que la remuneración del perito sea total o parcialmente de cargo fiscal, relevándose de su pago a la parte, y ello ocurrirá cuando el tribunal considere que la parte no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pudiera importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el tribunal deberá regular prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o parte de la remuneración que no fuere asumida por el solicitante de cargo fiscal (art. 316 inciso 3° CPP).

3.4.2.2.5. Incapacidad para ser perito

El artículo 318 CPP establece que no podrán desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconozca la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial. Esta norma

[169] Vid. supra cap. VIII, 2.4.3.8.

[170] Estas normas fueron íntegramente rechazadas por la Cámara de Diputados. Se optó por privilegiar un sistema informal de peritos presentados y pagados por las partes, "porque es más coherente con el sistema acusatorio y más eficiente". Además, da "status" de perito a las personas traídas por las partes, porque en el sistema antiguo, "si se lleva un experto a declarar a petición de parte, lo inhabilitarán y desmejorará su condición" (cfr. PFEFFER, cit., p. 320).

es una consecuencia lógica del principio de no autoincriminación, facultad que se extiende al perito cuando concurren en él o en relación con el imputado las circunstancias personales, de parentesco o de secreto que autorizan para no prestar declaración a los testigos.

3.4.2.2.6. Medidas de protección

Al igual que en el caso de los testigos, la ley faculta al ministerio público para adoptar medidas de protección para los peritos y "otros terceros que debieren intervenir en el procedimiento para efectos probatorios", cuando ello fuere necesario (art. 322 CPP). Cabe, pues, remitirse a las normas previstas para los testigos.[171] Sin embargo, pareciera superflua la referencia a "otros terceros" que constituyan medios de prueba, pues sólo cabe la intervención procesal en tal carácter ya sea como testigo o como perito. *Tertium non datur.*

3.4.2.2.7. Declaración del perito. Reglas que la rigen

Las normas que regulan la declaración de los peritos son muy similares a las de los testigos, adecuándose en los aspectos pertinentes. Coherente con ello, el artículo 319 CPP establece que la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el artículo 329 CPP y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos. Sin embargo, el propio artículo recién citado establece también reglas para la declaración de los testigos; por ello, una interpretación lógica de la regla de supletoriedad contenida en el artículo 319 CPP es que la remisión normativa debe entenderse efectuada al párrafo 5° del Título III del Libro II del CPP, sobre los testigos, especialmente en lo referido a los deberes de comparecencia y declaración en el juicio.[172] Si el perito se niega a prestar declaración, podrán aplicarse las medidas coercitivas y/o las sanciones a que se refiere el inciso 2° del artículo 299 CPP.[173]

---

[171] Vid. supra 3.4.2.1.

[172] Así ocurre, también, en la Ordenanza Procesal Penal alemana, que en este punto constituyó modelo del CPP chileno (cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 243; PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 323).

[173] Vid. supra 3.4.2.1.1.

Antes de prestar declaración, el perito deberá ser identificado por el juez presidente de la sala, quien luego le tomará juramento o promesa de decir verdad.

Las reglas del interrogatorio y contrainterrogatorio de los peritos son las siguientes:

i. Antes de sujetarse al interrogatorio cruzado de las partes, el perito deberá *exponer* brevemente el contenido y las conclusiones de su informe. Esta situación permite la formulación de preguntas –ya en el interrogatorio del perito– que consideren las afirmaciones vertidas por el declarante en su exposición inicial, lo que no significa en modo alguno la infracción de la disposición contenida en el inciso 1° del artículo 330 CPP, aplicable a todos aquellos casos en que el interrogador sugiera un hecho, circunstancia o conclusión que el perito no haya reconocido previamente.

ii. Su declaración será personal, por lo que ella *no podrá ser sustituida* por la lectura de los registros en que consten declaraciones anteriores *o por los documentos que las contuvieren.* Se aplican, en consecuencia, las mismas reglas previstas para los testigos.[174] Los peritos declaran para explicar su informe, no para leer o ratificar su contenido. De allí que no quepa ofrecer el informe pericial como prueba documental, pues esta última se produce –como se verá– mediante la lectura del respectivo documento y tal procedimiento de producción de prueba no es admitido en este caso, salvo en las hipótesis previstas en los artículos 331 y 332 CPP.[175] Y aunque el artículo 315 CPP obligue a la entrega del informe pericial por escrito, dicha presentación no corresponde efectuarla al tribunal de juicio oral, sino al juez de garantía, para que se pronuncie sobre su admisibilidad. También debe ser entregado a los demás intervinientes, para que puedan prepa-

[174] Vid. supra 3.4.2.1.

[175] Vid. infra 3.4.2.3.1 y 3.4.2.8.1. En efecto, si la prueba pericial consiste en la declaración del perito sobre su informe, la presentación del informe pericial como documento carece de sentido, porque sólo podría tener por objeto: 1) que se le diera lectura, con lo cual no sería prueba pericial sino documental, o 2) que se lo incorporara para ser leído en el juicio, lo que no es admitido, o 3) que fuera leído directamente por el tribunal durante el proceso de deliberación, caso en el cual se infringirían los principios de inmediación y oralidad. Vid. CHAHUAN (S.), "Reflexiones sobre la prueba pericial en el nuevo proceso penal", en Revista Procesal Penal N° 11, Lexis Nexis, junio de 2003, pp. 13 y ss.

rar adecuadamente sus alegaciones y defensas. Por tanto, no puede argumentarse que dicha norma rige sólo para el juicio oral por hallarse incardinada en el Título III del Libro II del Código Procesal Penal, pues ya hemos demostrado cómo el traslado de ubicación de diversos párrafos sobre la prueba generó la descoordinación sistemática de varias disposiciones contenidas en ellos.[176]

iii. Al igual que en el caso de los testigos, los peritos no pueden ser inhabilitados (artículo 318 CPP). No obstante, durante la audiencia del juicio oral podrán dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. En suma, se trata de preguntas de acreditación o de comprobación de su competencia para declarar como experto en la ciencia o arte que profesa. La mera circunstancia de ostentar un título profesional o pertenecer a una institución técnica, profesional o artística no le confiere por sí sola competencia, lo que podría quedar evidenciado durante los interrogatorios. A la inversa, un perito carente de títulos profesionales relevantes puede acreditar una gran competencia fundada en una larga experiencia o dedicación a la materia sobre la cual versa el informe y, por tanto, ser más creíble o verosímil su declaración para el tribunal.

iv. A diferencia de los testigos, los peritos no han presenciado por sí mismos los hechos materia del juicio[177] y declaran, entonces, sobre conocimientos especiales de una ciencia o arte aplicados a ciertos hechos o circunstancias relevantes del proceso para señalar sus conclusiones acerca de los mismos. En consecuencia, los peritos están habilitados para emitir *opiniones* que, lejos de ser inadmisibles como ocurre en el caso de los testigos, suelen constituir el objeto de su declaración.[178] Como las opiniones entre expertos pueden ser discordantes y, sin embargo, acordes con los principios de la ciencia o de las reglas del arte u oficio que desempeñan, es de suma importancia que el perito efectúe una relación circunstanciada de todas las operaciones

[176] Vid. supra 3.4.2.2.

[177] Salvo que se trate de un testigo-perito, en cuyo caso deberá declarar siguiendo las reglas de ambos estatutos (cfr. ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 240).

[178] Así, también, BAYTELMAN, "El juicio oral", cit., p. 264.

realizadas para llegar a sus conclusiones, pues el objeto de los interrogatorios versará, principalmente, en torno a las mismas. La fortaleza de la declaración pericial radicará, por tanto, en la coherencia lógica entre las conclusiones y sus premisas fundantes, así como en la capacidad explicativa de todos los aspectos vinculados al fenómeno, persona o cosa que ha sido objeto de examen pericial.

v. También podrá darse lectura durante la declaración del perito a parte o partes de su informe como apoyo de memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes (art. 332 inciso 2° CPP). Es importante que todas las cuestiones jurídico-penalmente relevantes del informe sean objeto del interrogatorio de la parte interesada o sean aclaradas mediante lectura por el perito, pues carece de todo valor probatorio la parte o partes del informe que no hayan sido objeto de declaración o de lectura conforme a los artículos 331 ó 332 del CPP.

3.4.2.2.8. Intervención del tribunal

Una vez concluidos los interrogatorios de las partes, los miembros del tribunal podrán formular preguntas al perito con el fin de aclarar sus dichos (art. 328 inciso 4° CPP). Esta facultad será especialmente relevante cuando el perito haya utilizado un lenguaje técnico o científico complejo cuya significación no haya sido debidamente esclarecida por el perito en su exposición o en los interrogatorios que le efectúan las partes. En lo demás, nos remitimos a lo señalado sobre esta materia respecto de los testigos.[179]

3.4.2.2.9. Declaración complementaria de los peritos

El tribunal podrá autorizar un nuevo interrogatorio del perito que ya hubiere declarado en la audiencia, pero siempre que lo hubiere solicitado alguna de las partes (art. 328 inciso 5° CPP). Al igual que sucede respecto de los testigos, esta norma permite salvar el problema que se suscita cuando el perito ha sido *pre-*

[179] Vid. supra 3.4.2.1.

sentado u ofrecido por los diferentes intervinientes del proceso para que declare sobre cuestiones o materias distintas del informe pericial y ellas no hubieren sido objeto de la primera declaración, cuando se quieran invertir las reglas del interrogatorio,[180] o cuando hayan surgido dudas o contradicciones con ocasión de la declaración de otro perito.

3.4.2.3. Documentos y objetos

El Código Procesal Penal no realiza un tratamiento autónomo de los documentos y objetos en tanto medios de prueba, sino que se limita a regular la forma de su introducción al debate en el Párrafo 9° del Título III del Libro II sobre "Desarrollo del juicio oral". En consecuencia, no se proporciona una definición de los mismos, debiendo en consecuencia examinarse si tales conceptos pueden ser identificados con los empleados por otras ramas del derecho o tienen un contenido distinto e independiente. La doctrina alemana, aduciendo razones de texto legal, restringe el concepto jurídico-procesal de documento a cualquier escrito que contenga o exprese un pensamiento, excluyendo las manifestaciones de ideas no corporeizadas en un soporte escrito que sí podrían ser objeto material de un delito de falsedad documental.[181] En España, la doctrina dominante exige que el documento adopte la forma escrita en el ámbito probatorio, fundamentalmente porque el modo para que surta efecto como medio de prueba es a través de su *lectura*, mientras que los demás soportes materiales con señales diferentes de la escritura –como planos, mapas, fotografías o grabaciones de sonido–, que deben ser exhibidos o proyectados para posibilitar su percep-

[180] Aunque, como señaláramos anteriormente, las limitaciones al interrogatorio, contempladas en el artículo 330 CPP, no se plantearán si el propio perito se hubiere pronunciado sobre los puntos o materias del interrogatorio en la exposición del contenido y conclusiones del informe al inicio de su declaración.

[181] Así, ROXIN, *Derecho procesal penal,* cit., p. 246, y bibliografía allí citada. En efecto, el parágrafo 249 (1) de la Ordenanza Procesal Penal alemana se refiere a "los documentos y otros escritos...". Sin embargo, se señala que el concepto procesal de documento podría ser más amplio que el utilizado por el derecho penal, pues la determinación de la persona que lo emite es una exigencia sustancial de la regulación penal, mientras que no lo es para efectos probatorios.

ción visual o auditiva, no son documentos desde la perspectiva de la prueba.[182] La doctrina chilena, apegada a la tradición interpretativa española, sostiene mayoritariamente que el concepto de documento a que se refieren las diferentes ramas del derecho, requiere que se trate de soportes escritos.[183] No cabe duda que en el contexto del Código Procesal Penal tal caracterización es insoslayable, pues el modo específico en que ellos se introducen al juicio es mediante su lectura.[184] En todo caso, los reparos que pudiera merecer la interpretación restrictiva del término[185] pierden toda relevancia en el ámbito probatorio si se considera que la ley admite expresamente, junto con los documentos, a "otros medios" de prueba tales como "grabaciones, elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe",[186] esto es, instrumentos o soportes que dan cuenta de hechos o pensamientos de un modo no escrito.

Los objetos son todas aquellas cosas o elementos de carácter material que tienen relevancia probatoria para la determinación de los hechos del juicio. Se encuadran claramente en esta definición los instrumentos y los efectos del delito. Los instrumentos del delito son los medios materiales empleados en la perpetración del delito (v. gr., armas, veneno);[187] los efectos del delito son los objetos materiales sobre los cuales haya recaído

[182] PEREZ DEL VALLE (C.), *Teoría de la prueba y derecho penal*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 46-47. Sin embargo, la jurisprudencia realizó una importante extensión de este concepto, en consonancia con los avances tecnológicos y la aparición de nuevos soportes instrumentales, desligándolo de la exigencia de la escritura (cfr. sentencia del Tribunal Supremo español de 19 de abril de 1991).

[183] Sobre el particular, vid. ETCHEBERRY (A.), *Derecho Penal*, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, p. 156, quien, no obstante, y discrepando de la doctrina mayoritaria, ofrece una interpretación extensiva del concepto de documento aplicable a todas las ramas del ordenamiento jurídico. Tal planteamiento puede ser recomendable de *lege ferenda*, pero carece de todo sustento de *lege data* y resulta muy cuestionable en el ámbito jurídico penal donde podría verse afectado seriamente el principio de legalidad (cfr. MATUS/RAMIREZ, *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, P.E, Universidad de Talca, 2001, pp. 227).

[184] Cfr. art. 333 CPP e infra 3.4.2.3.1.

[185] Críticamente sobre la tesis formalista que restringe los medios de prueba a los previstos expresamente en la ley, TARUFFO (M.), *La prueba de los hechos*, cit. pp. 368 y ss.

[186] Vid. infra 3.4.2.4.

[187] La distinción con otros medios de prueba no siempre es clara; así, un documento falso usado para cometer una estafa constituye, además de un instrumento del delito, una prueba documental y puede, también, formar parte de una

el comportamiento delictivo o que sean producto de ella (moneda falsificada, sustancias estupefacientes ilegales, billetera hurtada, etc.). Pero también pueden serlo aquellos objetos que, sin ser instrumentos o efectos del delito, contribuyen a acreditar directa o indirectamente algún hecho relevante del caso (v. gr., el hallazgo de lentes ópticos o de pelos en el sitio del suceso).

3.4.2.3.1. Forma en que se introducen al debate

Como señaláramos, el único precepto legal que se refiere a los documentos y los objetos en su carácter de medios de prueba es el artículo 333 CPP. Dicha disposición señala que los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen. Sólo una vez que se han realizado estas operaciones, puede solicitarse al tribunal que tenga por incorporado el respectivo documento al debate. En consecuencia, no cabe "acompañar" los documentos y ponerlos a disposición del tribunal. Tal actuación vulneraría los principios de oralidad, inmediación y contradicción del juicio oral. Lo que ingresa al debate es el contenido ideológico del documento, no su materialidad.[188]

La norma añade que debe indicarse el *origen* del documento, esto es, debe existir un señalamiento de su procedencia o la identificación de su subscriptor. El documento, entonces, es el medio por el cual se incorpora al juicio el acto o hecho atestado por el autor del mismo o sus ideas, es decir, por su intermedio es posible conocer su manifestación de voluntad, la representación o el pensamiento que él ha dejado sobre dicho objeto. De allí que, normalmente, el autor del instrumento deba comparecer al juicio para efectuar su *reconocimiento* y ser interrogado acerca del contenido, motivaciones y demás circunstancias de elaboración o suscripción del mismo, con lo cual la prueba no sólo será documental, sino también testimonial.[189] Si, por ejemplo, la víctima de

prueba pericial. Ello determinará la aplicación de las reglas de incorporación al juicio previstas para cada medio de prueba. Así, tal documento falso podrá ser objeto de declaración pericial, exhibido y leído.

[188] CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 325.

[189] CLARIA OLMEDO señala que el contenido del documento no ingresa como elemento de convicción en el proceso hasta que no sea reconocido o teni-

un presunto delito contra la libertad sexual es citada para declarar sobre una carta que habría escrito y remitido al acusado con anterioridad al hecho enjuiciado, rogándole que no terminase la relación afectiva que mantenían, ella podrá o no reconocer la autoría de dicho documento y dar cuenta de su contenido. Sin embargo, si la víctima no la reconoce, cabría todavía la realización de un informe pericial caligráfico, añadiéndose a todas las anteriores la prueba de peritos. En este caso, sin embargo, ha debido preverse la posible falta de reconocimiento del documento por parte de su presunto autor, pues el informe pericial debe realizarse con anterioridad al juicio, salvo en la hipótesis excepcional que contempla el inciso 2° del art. 336 CPP.

La exigencia de la indicación del origen del documento plantea la cuestión de qué tratamiento debe darse a las cartas o documentos anónimos o cuyo autor, siendo conocido, no es ubicable o no es habido. Se podría argumentar que esta prueba no está provista de un mínimo control procedimental de aceptabilidad en su formación, como ocurre con el documento público, o que impide ejercer el derecho al contradictorio, si su presunto autor no comparece al procedimiento para ser interrogado acerca de su contenido, por lo que no sería posible admitirlas en el juicio. Sin embargo, pareciera que el problema no es de admisibilidad –por lo demás, la ley nada dice al respecto– sino de valoración probatoria. Como señala TARUFFO, la única consecuencia razonable de una prueba con tales características es que deberá ser valorada con mayor cautela, precisamente porque no ha sido controlada en su formación o no ha permitido ser refutada a través del contradictorio.[190]

---

do como auténtico, y esto en definitiva "traslada el caso a otro medio de prueba: testimonial, confesión o peritación". Añade que no obstante, "lo que se introduce al proceso es lo documentado." (Cfr. *Derecho procesal penal*, tomo II, cit., pp. 325-6). La problemática relevante en este punto es la preservación del principio de contradicción y de inmediación en el juicio: si el documento contiene la descripción de hechos percibidos directamente por su autor u oídos referir de terceros, es evidente que aquél deberá concurrir al juicio para cumplir con la exigencia contenida en el inciso 2° del art. 309 CPP. Si el documento ha sido suscrito por el imputado, éste no está obligado a reconocerlo ni a declarar sobre su contenido en el juicio; sin embargo, nada obstaría para introducirlo al juicio estableciendo la autoría del documento, por ejemplo, a través de una declaración pericial caligráfica o la declaración de testigos.

[190] *La prueba de los hechos*, cit., pp. 378 y ss.

Pero el documento también puede ser reconocido en otro sentido, esto es, puede haber sido tan sólo visto en poder de alguien o escuchado leer o ser referido por alguien, sin ser el autor del mismo. Y tal circunstancia también podría tener valor probatorio. Por ello, el Código señala que el documento podrá ser exhibido al acusado, peritos o testigos durante sus declaraciones no sólo para su eventual reconocimiento por parte de su autor, sino también para que puedan referirse a su conocimiento del mismo (art. 333 *in fine* CPP).

También puede ocurrir que exhibido el documento para su reconocimiento se ponga en tela de juicio su veracidad, autenticidad o falta de integridad . De cara a esta posibilidad es útil acudir a la distinción entre documentos públicos y privados, pues respecto de estos últimos cabrá requerir habitualmente su reconocimiento al presunto autor o documentador.[191-192] Si éste no concurre al juicio, dicha circunstancia tendría idoneidad suficiente para privar total o parcialmente de eficacia probatoria al documento si la contraparte plantea las objeciones ya señaladas. En el caso de los instrumentos públicos, en cambio, su formación ha estado precedida por controles adecuados sobre su autenticidad que provienen de otros contextos normativos,[193] lo que permitiría prescindir con mayor frecuencia del reconoci-

[191] Vid. CARNELUTTI, *Lecciones sobre el proceso penal*, cit., pp. 311 y ss. JAUCHEN, *Tratado de la prueba en materia penal*, cit., pp. 487 y ss. La distinción entre autor y documentador se encuentra orientada a delimitar los casos en que exista un autor intelectual y un autor material del documento, pudiendo coincidir ambos. Así, serán distintos cuando se trate de una carta notarial, en que el ministro de fe ha confeccionado el documento. Ello tiene relevancia para los efectos de distinguir entre el contenido del documento y su autenticidad, cuestiones que serán tratadas en este epígrafe y en el referido al estudio del artículo 336 CPP (vid. infra 3.4.2.8.2.).

[192] Ello no significa el recurso a las normas contenidas en las leyes civiles para dar por establecidos o no los hechos concernientes al respectivo documento, pues en el proceso penal los jueces aprecian la prueba libremente, con la sola limitación que establece el inciso 1° del artículo 297 CPP (cfr. supra cap. IX, C.2.4. e infra 3.7.). En este sentido, no resulta aplicable, por ejemplo, la regla de valoración de la prueba contenida en el artículo 1702 del Código Civil, ni siquiera tratándose de la prueba de las acciones civiles cuando ellas han sido interpuestas en sede criminal (cfr. art. 324 CPP). Vid. JAUCHEN, *Tratado*, cit., pp. 498-499; CLARIA OLMEDO, *Derecho procesal penal*, t. II, cit., p. 325.

[193] Así, por ejemplo, las exigencias que contiene el Código Orgánico de Tribunales para las escrituras públicas, en sus artículos 403 y ss., en relación con el art. 1699 del Código Civil.

miento de su documentador o de su autor. Ello no impide, por cierto, que pueda controvertirse su autenticidad ni menos aún su veracidad o integridad,[194] ofreciéndose prueba a tal fin en la etapa de preparación del juicio oral o durante el juicio, cuando concurran las circunstancias previstas en el artículo 336 CPP.[195]

Por su parte, los *objetos* que constituyeren evidencia deberán ser exhibidos y podrán ser examinados por las partes. En consecuencia, su influencia en la formación de la convicción judicial se realiza a través de su percepción sensorial, fundamentalmente de carácter visual. Al igual que ocurre con los documentos, los objetos podrán ser exhibidos al acusado, testigos o peritos a fin de que sean reconocidos o se refieran a su conocimiento sobre los mismos (art. 333 *in fine* CPP).

Una controversia importante que puede suscitarse a su respecto en los interrogatorios dice relación con la cadena de custodia de los mismos. En efecto, la ausencia de certeza acerca de la identidad del objeto hallado en el sitio del suceso, incautado o entregado al órgano de persecución penal con el que se presenta al juicio, puede originar dudas relevantes en el juzgador que impidan alcanzar su convicción. Por ello, es de suma relevancia la existencia de procedimientos policiales y periciales técnicamente rigurosos que aseguren la debida conservación e intangibilidad de los objetos o especies hasta el momento de su introducción al juicio.[196]

Una vez que el objeto ha sido exhibido al tribunal y examinado por las partes deberá solicitarse al tribunal que se lo tenga por formalmente incorporado al debate como medio de prueba.

3.4.2.3.2. Documentos y objetos excluidos como medios de prueba

De acuerdo con la norma contenida en el artículo 220 CPP, existen ciertos objetos y documentos que no pueden ser sometidos

[194] La propia ley civil atribuye un estatus probatorio mucho menor a las declaraciones vertidas en un instrumento público (cfr. art. 1700 CC). Como en este caso lo que se controvierte es la veracidad del contenido ideológico del instrumento no será necesario hacer comparecer al documentador del mismo.

[195] Vid. infra 3.4.2.8.2.

[196] Al respecto, vid. t. I., cap. III, B.2.3.

a incautación y, por tanto, no cabe su utilización como medios de prueba. Por tanto, se establece expresamente la invalorabilidad de tales objetos y documentos en el juicio oral. Habiendo sido estudiada dicha disposición en otra parte de este trabajo, nos remitimos a ella para su examen.[197]

Asimismo, el artículo 334 CPP contiene una norma que establece una prohibición relativa de incorporación, invocación y lectura de ciertos documentos al debate y una prohibición absoluta respecto de documentos que dieren cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas o en cuya obtención se hubieren vulnerado garantías fundamentales. Pero, por tratarse de documentación que incluye los registros del proceso penal en las etapas previas al juicio oral –constituyendo, en consecuencia, una problemática más amplia– hemos considerado preferible efectuar su examen en forma independiente, después del estudio de todos los medios de prueba.[198]

3.4.2.4. Otros medios de prueba

El artículo 323 CPP se refiere a los "medios de prueba no regulados expresamente", declarando que podrán ser admitidos como tales las "películas cinematográficas, fotografías, fonografías, videograbaciones y otros sistemas de reproducción de la imagen o del sonido, versiones taquigráficas y, en general, cualquier medio apto para producir fe". Se trata de manifestaciones representadas por caracteres, es decir, que tienen un contenido ideológico, pero cuyo soporte material, a diferencia del que contiene un instrumento escrito, está constituido, en general, por sistemas de reproducción de la imagen o del sonido o para el archivo y conocimiento de datos.

Es el tribunal quien debe determinar la forma de incorporación de tales instrumentos al debate, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo (art. 323 inciso 2° CPP). De allí que el artículo 333 CPP señale que las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier

[197] Vid. t. I, cap. VII, B.6.4.6.
[198] Vid. infra 3.4.2.8.1.

otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes. Para ello, el tribunal podrá autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello pareciere conveniente y se asegure el conocimiento de su contenido.

Al igual que ocurre con los documentos y objetos, estos instrumentos pueden ser exhibidos al acusado, testigos y peritos para que los reconozcan o se refieran al conocimiento que tienen de ellos (art. 333 *in fine* CPP). De allí que puedan presentarse incidencias sobre la autenticidad o integridad del instrumento, caso en el cual podrá autorizarse la realización de prueba sobre ese aspecto específico, aunque no se hubiere ofrecido oportunamente, si concurrieren los presupuestos del artículo 336 CPP.[199]

3.4.2.5. La constitución del tribunal en lugar distinto a la sala de audiencias

En el curso del juicio oral, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias cuando lo estime necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, pero siempre manteniendo todas las formalidades propias del juicio. El artículo 337 CPP regula una institución afín con la que en el antiguo sistema se denominaba "inspección personal del tribunal".

En el Proyecto del Ejecutivo se proponía un Párrafo 4° relativo a la "inspección personal", que regulaba la forma en que debía realizarse esta diligencia de prueba tanto en el juicio oral como en etapas previas a éste. La Cámara de Diputados aprobó, en general, esta normativa. Sin embargo, el Senado evaluó la procedencia de mantener este instituto procesal en el nuevo Código. Se señaló que esta diligencia no constituye propiamente un medio de prueba, pues no es labor del juez de garantía ni del tribunal de juicio oral la de reunir prueba o producirla.

[199] Vid. infra 3.4.2.8.2.

A lo más, una actuación como ésa intenta contribuir a ilustrar al tribunal en los hechos debatidos, al reproducir el ambiente y las circunstancias en que ellos se produjeron. Se añadió que durante la etapa de investigación, el fiscal podrá filmar, grabar o, mediante cualquier otro medio de reproducción de la realidad, capturar imágenes o sonidos que estime de interés presentar como prueba al juicio oral, respaldado, si fuere del caso, con declaraciones testimoniales o periciales.[200]

Se suscitó, sin embargo, una discusión acerca de la utilidad de una norma que habilitara al tribunal, durante el desarrollo del juicio, para conocer directamente ciertos aspectos o circunstancias difíciles o imposibles de recrear en la audiencia y que pudieran tener importancia para la adecuada ilustración de la forma en que acaecieron los hechos, como la luminosidad, los olores, la temperatura o la humedad. En tales supuestos, y acogiendo la procedencia de eliminar la inspección personal como medio de prueba, el Senado resolvió incorporar una norma que permitiera al tribunal, para formar su convicción, constituirse en un lugar diferente de la sala de audiencias, aunque con todas las formalidades del juicio. Se exige que sea el tribunal *en pleno* el que debe constituirse en un lugar distinto de su asiento habitual, sin posibilidad de comisionar a uno de sus miembros para el efecto.[201] Con ello se quiere resguardar la vigencia en todo momento del principio de inmediación.

Aunque esta diligencia no constituya formalmente un medio de prueba, no cabe duda que las verificaciones que efectúe el tribunal con ocasión de la misma podrán contribuir a formar su convicción y, en tal medida, servir de base probatoria para el pronunciamiento de la sentencia. Esta situación guarda, en consecuencia, una importante aproximación con la situación de la confesión del acusado durante su declaración en el juicio, como comprobaremos a continuación.

[200] Cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 338.

[201] Como ocurre, por ejemplo, en la legislación española (art. 727 Ley de Enjuiciamiento Criminal); cfr. PRIETO-CASTRO/GUTIERREZ DE CABIEDES, *Derecho procesal penal*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, pp. 245 y 330.

3.4.2.6. La situación del imputado y el ejercicio de su derecho a declarar. La confesión

Como sabemos, el acusado no es un medio de prueba, sino sujeto del proceso penal. En cuanto tal, posee diversas garantías, una de las cuales es su derecho a guardar silencio y a declarar sólo como medio de defensa. Tal consecuencia es emanación del principio de incoercibilidad del imputado como medio de prueba.[202]

No obstante, si el acusado decide declarar en el juicio oral, debe someterse a las reglas del interrogatorio cruzado. Así se desprende de la norma contenida en el artículo 326 CPP. En efecto, el acusado carece de un derecho a mentir; en consecuencia, si acepta prestar declaración, debe aclarar las contradicciones en las que incurra[203] o, incluso, ser inducido a confesar su participación en el hecho que se le imputa,[204] siempre que el interrogatorio se realice en forma lícita. En efecto, las reglas sobre métodos de interrogación deberán aplicarse al acusado cuando se allane a prestar declaración (art. 330 inciso final CPP).[205]

Existe desacuerdo en la doctrina sobre si el imputado tiene una "obligación de decir la verdad" cuando decide declarar; pero mayoritariamente rechaza la existencia de una obligación semejante.[206] En nuestro sistema jurídico no cabe duda que el imputado no tiene tal obligación, pues se asegura incluso al nivel constitucional su derecho a no declarar bajo juramento sobre hecho propio (art. 19 N° 7 letra f) CPR). La única forma de obtener la verdad a su respecto es, en consecuencia, a través del interrogatorio cruzado, haciendo evidente sus contradicciones o la ausencia de credibilidad de su declaración. En efecto, con ocasión de la misma, el acusado podría, eventualmente, confesar el delito y su participación en el mismo o afirmar ciertos hechos o circunstancias que sirvan de base al tribunal para

---

[202] Vid. t. I., cap. III, D.3.1.3.1.

[203] Por ejemplo, a través de la lectura de registros en que consten declaraciones anteriores prestadas ante el ministerio público o el juez de garantía (art. 332 CPP). Por ello, si el acusado declara y confiesa, sin haberse empleado ninguna forma de coerción, dicha confesión es plenamente válida y puede servir de base para la condena (MAIER, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 664 y ss.).

[204] LESCH (H.), *Strafprozessrecht*, cit., p. 118.

[205] Vid. supra 3.4.2.1.6.

[206] Por todos, ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 211.

establecer su responsabilidad criminal. En tal caso, su *confesión* constituirá un elemento probatorio fundante de la sentencia que dicte el tribunal, pero no cabe hablar de ella como un "medio" de prueba, en el sentido del antiguo sistema de enjuiciamiento criminal chileno. No puede ser considerado tal un evento *contingente*, que depende de la voluntad del imputado, de su decisión libre de declarar durante el juicio.[207] Sólo la confesión libre del acusado, obtenida en un procedimiento respetuoso de las garantías del debido proceso, puede ser valorada ampliamente por los jueces del juicio para fundar su sentencia.

3.4.2.7. Situación del coimputado y su declaración inculpatoria

Queda todavía por elucidar la cuestión de la admisibilidad de la declaración inculpatoria de un coacusado como medio de prueba. El Código Procesal Penal no regula expresamente esta materia, que es sumamente debatida en el derecho comparado.[208] Sólo alude indirectamente a esta cuestión, a propósito de las excepciones a la prohibición de dar lectura a los registros que dan cuenta de declaraciones anteriores a la audiencia del juicio oral, efectuadas por testigos, peritos o imputados. En efecto, de conformidad con la letra c) del artículo 331 CPP, puede darse lectura en el juicio a los registros en que constaren declaraciones anteriores de coimputados cuando su incomparecencia al juicio fuere imputable al acusado. Y la letra d) del mismo precepto legal se refiere a los coimputados rebeldes cuyas declaraciones hubieren sido prestadas ante un juez de garantía.

En suma, nos estamos refiriendo al caso de coimputados o coacusados *en un mismo procedimiento*, alguno de los cuales no comparece al juicio por cualquier causa o ya por razones atribuibles al acusado, las que determinan la declaración de su rebeldía.[209]

---

[207] Como señala ROXIN, "el imputado no es un medio de prueba en sentido técnico, como lo es el testigo; el imputado no puede ser obligado a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable" (*Derecho procesal penal*, cit., p. 208). Sobre la distinción entre "prueba" y "medio de prueba", vid. DIAZ PITA (M.P.), *El coimputado*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2000, pp. 336 y ss.

[208] Un análisis profundizado sobre la situación en los ordenamientos jurídicos anglosajones, el alemán y el italiano puede verse en DIAZ PITA, *El coimputado*, cit., pp. 272 y ss.

[209] Vid. arts. 99 a 101 y 283 inciso 2° CPP.

No estamos haciendo referencia, por ahora, al supuesto en que el ministerio público separa investigaciones, esto es, existen dos procedimientos penales distintos y decide utilizar a un ex coimputado ya condenado o absuelto como testigo en contra de otro coimputado. Este supuesto será tratado más adelante.

Siendo posible dar lectura a los registros de declaraciones anteriores de un coimputado *en contra* de un acusado responsable de su incomparecencia –pues la regla del art. 331 letra c) CPP sólo puede ser entendida como una sanción procesal para el acusado–, con mayor razón serán admisibles las declaraciones inculpatorias que presten los coacusados entre sí durante el desarrollo del juicio. En la medida que es posible desarrollar un juicio en contra de más de un acusado –y así lo admite expresamente el inciso 3° *in fine* del artículo 329 CPP– no puede haber restricciones sobre el ámbito de su declaración como medio de defensa, si han renunciado a su derecho a guardar silencio. Por consiguiente, si de su declaración resulta la confesión de su responsabilidad en los hechos que se le imputan o la inculpación en los mismos del o de los coacusados, ella podrá constituir prueba que permita al órgano jurisdiccional formar su convicción acerca de los hechos materia del juicio. En este caso no es posible estimar la declaración incriminatoria del coimputado como prueba testimonial, como se afirma con cierta frecuencia por la doctrina:[210] el imputado no puede ser testigo en su propio proceso (como sí ocurre en el derecho anglosajón) ni aun cuando se trate de la participación de los demás acusados, porque no es un tercero *ajeno* al procedimiento y porque no podría ser conminado con las penas que castigan el falso testimonio.[211]

[210] Sobre la evolución de la doctrina y la legislación comparada en torno a la determinación de la "naturaleza jurídica" de esta prueba, cfr. DIAZ PITA, *El coimputado*, cit., pp. 350 y ss.

[211] El Tribunal Constitucional español, en sentencia 153/1997, sienta una nueva doctrina en este ámbito, separando estrictamente la posición procesal entre imputado y testigo al señalar que: (...) el acusado, a diferencia del testigo, no solo no tiene la obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir (...) en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el art. 24.2 de la CE, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho a la defensa (...). Por ello, propugna las cautelas que deben acompañar a la valoración de la declaración inculpatoria de los coacusados.

El problema relevante en este caso radica más bien en el valor probatorio que cabe atribuir a la declaración inculpatoria de un coacusado, por el alto riesgo de falta de credibilidad que puede afectarla. Así, la doctrina comparada ha establecido criterios de verificación de la fiabilidad de tales declaraciones, como la personalidad del delator, las relaciones previas entre coimputado delator y acusado, la posible presencia de móviles espurios en el delator, el ánimo de autoexculpación y otros que podrían ser útiles al momento de efectuar su valoración. En todo caso, es habitual advertir la exigencia de que la declaración inculpatoria del coacusado sea corroborada por otras pruebas rendidas en el juicio, de modo que ella no sea el único elemento probatorio que funde la condena del coacusado.[212]

Tampoco pareciera inadmisible el ofrecimiento, esta vez en carácter de prueba testimonial, de la declaración de un coimputado condenado o absuelto por sentencia ejecutoriada. Como advirtiéramos, este supuesto es habitualmente tratado en forma separada del anterior por la doctrina comparada, pues aquí el copartícipe del delito no tiene ya la calidad de "coimputado" en el procedimiento en el cual declara. En los sistemas procesales del *common law*, donde rige plenamente el principio de oportunidad, existen las figuras del *state or inmunized witness* (Estados Unidos) o los *supergrasses*, los *converted terrorists* o *crown witnesses* (Reino Unido), técnicas premiales consistentes en "recompensas" para los coimputados que declaran contra sus copartícipes, que van desde el no ejercicio de la acción penal o el archivo del procedimiento ya iniciado en su contra hasta la negociación de los cargos o de la pena.[213] En el derecho alemán, y en un camino intermedio entre el derecho penal y el derecho procesal penal, la problemática en examen está íntimamente vinculada a la figura del *Kronzeuge* (testigo de la Corona), regulada fundamentalmente en el ámbito de la represión del crimen organizado, como delitos de terrorismo, tráfico de drogas o lavado de dinero. Esta institución consiste en la renuncia a la persecución penal, a la imposición de una pena o en su reducción respecto de los responsables que presten su colaboración para evitar nuevos delitos o para esclarecer los ya cometidos "más allá de

[212] Cfr. DIAZ PITA, cit., pp. 417 y ss.
[213] DIAZ PITA, cit., pp. 272 y ss.

su propia participación" o para la detención de autores y partícipes.[214]

En el derecho positivo nacional, las técnicas premiales se han manifestado a través de instituciones como el "arrepentimiento eficaz",[215] la "delación compensada"[216] o la "cooperación eficaz";[217] y más recientemente, en la circunstancia atenuante genérica contenida en el artículo 11 N° 9 del Código Penal, consistente en la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.[218] Nada pareciera impedir que la "recompensa" para el agente "cooperador", que ya ha sido condenado, comprendiera el compromiso de declarar como testigo en el juicio contra el coimputado. Estas figuras, fuertemente polémicas por su componente utilitario fundado en la delación, suelen plantear grandes objeciones a la hora de valorar su mérito probatorio, pues habitualmente se tratará de la declaración inculpatoria de un coimputado que obtiene o ha obtenido de ello un beneficio relevante.[219] Menos críticas genera la declaración inculpatoria de un coimputado absuelto, aunque no por ello pueda descartarse una incriminación falsa por motivos espúreos.[220] Por ello, el tribunal deberá extremar las cautelas al momento de la valoración de tales declaraciones inculpatorias, comprobando si ellas son corroboradas por otras pruebas rendidas en el juicio y haciendo operar los criterios de verificación de la fiabilidad a que hacíamos

---

[214] Cfr. HERNANDEZ (H.), "La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania", en POLITOFF/MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, cit., pp. 145 y ss., esp. pp. 166 y ss.

[215] Ley N° 19.172, publicada en el Diario Oficial el 4.11.1992, que planteó su vigencia hasta cuatro años después de su publicación (art. 6°).

[216] Contemplada en el art. 4° de la Ley N° 18.314,de 17 de mayo de 1984, que contempla una reducción de pena de hasta 2 grados a quien, entre otras finalidades, colabore a detener o individualizar a los responsables de un delito terrorista.

[217] Circunstancia atenuante de responsabilidad criminal contemplada en el art. 33 de la Ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes, que autoriza al tribunal para reducir hasta en dos grados la pena que corresponda al "cooperador".

[218] Introducida por la Ley N° 19.806, adecuatoria de la legislación chilena a la reforma procesal penal (cfr. nota 142).

[219] ROXIN (C.), *Derecho procesal penal*, cit., pp. 220-221.

[220] Piénsese en el coimputado absuelto por falta de pruebas y que declara por motivos de venganza; por ello, suele requerirse que la absolución sea por no existencia del delito o declaración de inocencia del imputado (cfr. DIAZ PITA, cit., pp. 351 y ss., refiriéndose especialmente al caso italiano).

referencia denantes. En España, para que la declaración incriminatoria de un coimputado pueda constituir "mínima actividad probatoria de cargo",[221] tiene que haberse prestado con las debidas garantías y estar fundada en elementos objetivos a partir de los cuales pueda inferirse la responsabilidad del acusado.

3.4.2.8. Otras reglas referidas a la rendición de la prueba

Finalmente, cabe hacer relación a algunas reglas generales sobre la prueba, una de carácter limitador –pues restringe la utilización de ciertos medios de prueba– y otra que permite excepcionalmente la solicitud de prueba nueva durante el juicio, esto es, no ofrecida en la oportunidad procesal correspondiente.

3.4.2.8.1. Prohibición de utilización de ciertos registros o documentos como medios de prueba

Coherente con el principio de que la prueba que ha de servir de base a la sentencia debe ser la producida durante el juicio oral con arreglo a las normas sobre oralidad, inmediación, publicidad y contradicción, el Código prohíbe incorporar, invocar como medios de prueba o dar lectura en el debate a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la *policía* o el *ministerio público* (art. 334 inciso 1° CPP). Tales registros se encuentran expresamente regulados en los artículos 227 y 228 CPP. Con ello, se quiere asegurar la centralidad del juicio, evitando que el debate se transforme en una simple ratificación de la actuaciones de la investigación, como sucedía con el antiguo plenario criminal.[222] En efecto, de no existir esta prohibición, podría existir la tentación de preconstituir prueba especialmente en la primera fase de la investigación, en la que el imputado se encuentra fáctica-

[221] Sobre este estándar requerido por la ley para producir convicción en el juzgador, cfr. supra cap. IX, C.3.

[222] Sobre los peligros que, para las gàrantías procesales, conlleva la atribución de valor probatorio a los registros o actas escritas que dan cuenta de las diligencias y actuaciones policiales o del ministerio público, vid. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 105 y ss.

mente más desprotegido.[223] No obstante, el precepto legal en estudio contempla como excepciones a esta regla los casos previstos en los artículos 331 y 332 CPP. La técnica utilizada por el legislador ha generado importantes dudas interpretativas, especialmente con relación al artículo 332 CPP.

Una posición sostiene que las declaraciones anteriores a la audiencia del juicio efectuadas por testigos, peritos o imputados que constaren en registros policiales[224] podrían ser leídas en el juicio para apoyar o refrescar la memoria del declarante, fundándose en el tenor literal del inciso 1° del artículo 334 CPP, que excluye de la restricción al art. 332 del citado cuerpo legal. Sin embargo, este mismo precepto legal admite únicamente la lectura para apoyo de memoria de las declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía, con lo cual se excluye tácitamente a las declaraciones prestadas ante la policía. En consecuencia, la restricción del artículo 332 CPP produce el efecto de hacer superflua la remisión del artículo 334 CPP a aquél, para los efectos de la invocación, incorporación o lectura en el juicio de registros que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía; no, en cambio, cuando ellas sean efectuadas por el ministerio público.[225] Por otro lado, sigue en pie la

[223] Con ello nos referimos a la imposibilidad práctica de controlar *ex ante* las primeras actuaciones de la investigación, como en el caso de una detención por flagrancia, y las inseguridades que plantea la verificación *ex post facto* del cumplimiento de los deberes de información que recaen sobre los agentes de la persecución penal.

[224] La insistencia en los registros policiales no es azarosa: existe especial preocupación en buscar fórmulas que permitan la introducción al juicio del registro policial que da cuenta de la primera declaración del imputado. Sin embargo, se olvida que la razón principal para impedir la introducción de tales registros al juicio fue y continúa siendo la desconfianza acerca del respeto de las condiciones de legitimidad que autorizarían su utilización en el juicio dada la tradicional ausencia de garantías en esta fase de la investigación y las dificultades para controlar eficazmente su cumplimiento. En una cultura jurídica que ha tolerado impasible la violación de derechos de detenidos imputados o no de delitos, pareciera razonable la decisión legislativa adoptada, no obstante las previsiones del art. 91 CPP. Por eso resulta sorprendente la afirmación de que la negativa a declarar del imputado ante la policía puede ser "un elemento útil (para) afirmar las sospechas que se tenían" (pues) "¿si tenía (una) coartada tan buena por qué no se la dijo a los policías que lo detuvieron?" (DUCE/RIEGO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, vol. I, Escuela de Derecho UDP, 2002, p. 161).

[225] Esta interpretación es enteramente plausible, especialmente si se considera que en el texto propuesto por el Ejecutivo se contemplaban más hipótesis de prohibición de lectura de registros durante el juicio, lo que hacía técnicamente

remisión del artículo 334 al 331 CPP, tanto tratándose de registros de la policía como del ministerio público.

Otra posición sostiene que la declaración del imputado prestada ante la policía que no es impugnada o en que la impugnación es desvirtuada por el ministerio público puede ser utilizada de dos formas: como parte de la declaración de los policías en el juicio o como apoyo de memoria, una vez que el acusado haya prestado declaración. Se señala que "para aplicar este artículo (el artículo 332) es necesario sostener que la declaración prestada sin presencia del fiscal fue tomada bajo su delegación y, por lo tanto, debe entenderse que produce los mismos efectos".[226] Este planteamiento es rechazable porque, en su voluntarismo, promueve una interpretación *contra legem*.[227] En efecto, *no puede sostenerse* que la prohibición de la utilización de la declaración policial prescrita por el inciso 1° del artículo 334 en relación al artículo 332 CPP sólo rige cuando ella hubiere sido obtenida con violación de garantías fundamentales,[228] pues tal hipótesis se contempla expresamente en el inciso 2° del art. 334 CPP. El legislador declaró generalmente[229] inadmisibles como medio de prueba los registros que dieran cuenta de actuaciones o diligencias realizadas por la policía y prohibió la sustitución de la declaración

impracticable separar los diferentes supuestos para la remisión a los actuales artículos 331 y 332. La fórmula consistió, entonces, en hacer operar la restricción en el propio art. 332 CPP (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 334).

[226] DUCE/RIEGO, *Introducción al nuevo sistema procesal penal*, cit., pp. 164-165. En el texto se alude erróneamente al art. 322 CPP.

[227] De los antecedentes de la tramitación parlamentaria se desprende que se rechazó expresamente esta alternativa, pues se planteó por el Senado la conveniencia de permitir la introducción al juicio de las declaraciones prestadas por el imputado ante la policía. Se dejó constancia que "[d]iscrepando de ese parecer, se apuntó que normalmente ante la policía se produce una presión sicológica sobre el imputado que afecta su libertad, y [si] se ha recogido información útil en estas declaraciones, debe incorporarse al juicio con la declaración de los funcionarios policiales que la recibieron en calidad de testigos. La fuente de la prueba es la policía, y si se fomenta la confesión como prueba, va a seguir existiendo el apremio ilegítimo. Por lo demás, fluye de todo el proyecto que la prueba debe ser contradictoria y oral" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 333).

[228] Sólo en tales casos cabrá "impugnarla", conforme a la terminología utilizada en el texto.

[229] Excepto algunas hipótesis concebibles de registros policiales que podrían encuadrar en el artículo 331 CPP.

del policía por el registro policial.[230] No podría pretenderse que el artilugio de equiparar la declaración prestada ante la policía por "delegación" del ministerio público a la prestada directamente ante el fiscal para así "legitimar" su introducción al juicio pueda tomarse en serio: la ley permite a la policía tomar declaración voluntaria al imputado "bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal" (art. 91 CPP). Esta norma sólo tiene por finalidad determinar la imputación de las responsabilidades que pudieren producirse con ocasión de la realización de la diligencia, no introducir una especie de mandato o representación del ministerio público sobre la policía.

No queda clara la razón de la no inclusión, en la prohibición del art. 334 CPP, de los registros o documentos que dan cuenta de las actuaciones o diligencias realizadas ante los jueces de garantía. En efecto, en el texto propuesto por el Ejecutivo de este artículo se incluían, dentro de la prohibición, "las resoluciones dictadas por el juez de control de la instrucción" y "los registros de las diligencias o actuaciones judiciales".[231] Estas hipótesis fueron excluidas del texto del Proyecto sin fundamentación expresa alguna.[232] Pareciera que tal decisión se habría fundado en la consideración de que tales actuaciones, no obstante llevarse a cabo en la etapa de investigación, no son desformalizadas y, por tanto, serían susceptibles de ser introducidas al juicio. Sin embargo, el fundamento principal de esta prohibición es, como se ha dicho, preservar la centralidad del juicio oral dentro del procedimiento penal y evitar que la etapa de investigación la desplace, del mismo modo que el sumario fagocitó al plenario en el procedimiento inquisitivo. Por ello, el criterio básico no puede ser el de la mayor o menor formalización de las actuaciones de la investigación, pues justamente la idea de formalización asociada a la de jurisdiccionalidad es la que determinó la inutilidad de "repetir" las actuaciones del sumario en el plenario, volviendo totalmente prescindible esta etapa del procedimiento.

---

[230] Cfr. art. 228 inciso final CPP, el que señala que: "[e]n todo caso, estos registros no podrán reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral".

[231] Cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal,* cit., p. 334.

[232] Sólo se consignó que la razón del artículo 334 CPP es que la investigación es desformalizada y su propósito es formar la convicción del investigador, no la del tribunal sentenciador (cfr. PFEFFER, cit., p. 334).

En consecuencia, la circunstancia que el art. 334 CPP no contemple los registros judiciales dentro de la prohibición no significa que ellos puedan introducirse sin más al juicio, mediante su lectura, pues tal práctica afectaría los principios de oralidad, inmediación y contradicción que informan el juicio oral. Además, de las hipótesis previstas en los artículos 331 y 332 CPP, cabría utilizarlos en aquellos casos en que se genere algún incidente para cuya resolución se requiera de tales registros –como, por ejemplo, la renovación de alguna incidencia sobre exclusión de prueba ilícitamente obtenida, para lo cual sea menester dar lectura al registro de la audiencia de preparación del juicio oral– o cuando se haya requerido la presencia del juez para la realización de alguna diligencia de investigación, ya sea para asegurar su corrección o para introducir el acta correspondiente en el juicio. Así, por ejemplo, en el caso del reconocimiento de una persona, cuya regulación fue suprimida en el Senado por estimarla innecesaria.[233]

Un supuesto relevante de incorporación mediante lectura de un registro que da cuenta de una actuación jurisdiccional es el caso de la prueba anticipada, es decir, aquella que contiene la declaración de un testigo o perito realizada con anterioridad al juicio y en los supuestos que determina la ley. Ello nos conduce a examinar las excepciones a la prohibición establecida en el artículo 334 CPP, constituidas por los artículos 331 y 332 CPP.

[233] PFEFFER, cit., p. 517, en que se señala que las disposiciones del Proyecto del Ejecutivo sobre reconocimiento de personas "parten de la base de una investigación formalista, ajena al nuevo ordenamiento procesal penal, en el cual el fiscal efectuará las diligencias que considere necesarias y por los medios idóneos para ello (...)". Sin embargo, se olvida que la investigación preparatoria es desformalizada sólo respecto de aquellas diligencias que no afectan derechos fundamentales; cuando tal afección es segura o probable se establecen requisitos constitucionales y legales para su resguardo, como es el control jurisdiccional previo. La perturbación de derechos fundamentales es posible en esta diligencia si ella se ejecuta sin respetar reglas básicas para que el reconocimiento se realice en forma imparcial, esto es, sin inducirlo respecto de persona determinada. Así, en el texto del Ejecutivo, se exigía que el testigo que debía efectuar el reconocimiento hiciera, previamente, una descripción del imputado y sus rasgos más característicos, para establecer si efectivamente lo conocía o lo había visto anteriormente, es decir, *"cuidando* (el juez) *que no reciba indicación alguna que le permita deducir cuál es la persona a reconocer"*. Respecto de la forma de llevarse a cabo el reconocimiento, se requería expresamente que el imputado fuera puesto a la vista del testigo acompañado de a lo menos otras tres personas de aspecto exterior semejante.

Pueden incorporarse al juicio oral mediante su lectura los registros que den cuenta de declaraciones anteriores de testigos, peritos o imputados en los siguientes casos:

a) Cuando la declaración del testigo haya sido prestada en una audiencia formal ante el juez de garantía, y con posterioridad a la misma y antes del juicio hubiere fallecido o caído en incapacidad física o mental o se hubiere ausentado del país o se ignorare su residencia o no pudiere declarar en el juicio por cualquier motivo difícil de superar (prueba anticipada);[234]
b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes estuvieren de acuerdo en incorporar, con aquiescencia del tribunal;
c) Cuando la no comparecencia de testigos, peritos o coimputados al juicio fuere imputable al acusado: en este caso, la responsabilidad del acusado deberá acreditarse previamente ante el juez de garantía o ante el propio tribunal del juicio oral;[235]
d) Cuando se trate de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el juez de garantía;[236] y
e) Cuando el testigo, al momento de ser interrogado, no recordare ciertos hechos o incurriere en contradicciones o inconsistencias con declaraciones anteriores prestadas en el proceso (lectura para apoyo de memoria). En esta hipótesis, se le podrá leer parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el juez de garantía cuando fuere necesario para ayudar la memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes. Es importante destacar, sin embargo, que sólo constituye prueba la declaración del testigo que, confrontado a su declaración anterior, intenta aclarar o superar contradicciones, inconsistencias u omisiones, pero en ningún modo el contenido de la lectura de la declaración anterior.[237] Este

[234] Vid. t. I., cap. VII, B.7.4.4.

[235] El fundamento de esta norma está en la doctrina de que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Respecto del coimputado, vid. supra 3.4.2.7.

[236] Vid. supra 3.4.2.7.

[237] BAYTELMAN utiliza un ejemplo que nos parece particularmente gráfico: "supongamos que el acusado señala en el juicio que el día de los hechos se

procedimiento servirá, en definitiva, para reafirmar el contenido de su declaración en el juicio o para introducir dudas respecto a la veracidad de la misma.

El inciso final del artículo 334 CPP establece, sin embargo, una prohibición absoluta de incorporación o invocación como medio de prueba y de lectura durante el juicio: *en ningún caso* podrán leerse los registros, actas o documentos que contengan actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas o en cuya realización se hubieran vulnerado garantías fundamentales (art. 334 CPP). Se trata de la denominada prueba ilícita, cuyo estudio particular fue realizado en otra parte de esta obra.[238]

Tampoco se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que diga relación con la proposición, discusión, aceptación, procedencia, rechazo o revocación de una suspensión condicional del procedimiento, de un acuerdo reparatorio o de la tramitación de un procedimiento abreviado. El fundamento es el siguiente: en todas estas hipótesis, el imputado debe prestar su conformidad ya a la salida alternativa ya al procedimiento especial, debiendo aceptar además, en este último caso, los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la fundan. Si tales salidas alternativas o el procedimiento especial no prosperaran, la conformidad o aceptación previas podrían inducir al tribunal del juicio a prejuzgar la culpabilidad del acusado, perdiéndose la garantía al juicio ante un tribunal imparcial. Por otra parte, y conforme al planteamiento político-criminal que subyace a la reforma,[239] se desincentivaría la utilización de tales alternativas al juicio oral, pues el imputado sabría que su actitud previa podría eventualmente perjudicarlo en el juicio.

encontraba cazando en el bosque, en circunstancias de que contamos con una declaración que hizo en el ministerio público diciendo que efectivamente había estado en la casa de la víctima ese día. Realizada la confrontación entre el testimonio actual y la declaración previa inconsistente, el juez puede restar credibilidad al testimonio actual de que "estaba cazando en el bosque", pero no puede dar por probado que el acusado estaba en la casa de la víctima sobre la base de la declaración ante el ministerio público" ("El juicio oral", cit., p. 267).

[238] Vid. supra cap. IX, C.4.
[239] Vid. infra t. I., cap. VII, B.1.2.

3.4.2.8.2. Prueba nueva o prueba sobre prueba

El artículo 336 CPP regula dos supuestos de prueba no ofrecida oportunamente, esto es, en la etapa de preparación del juicio oral, pero cuya rendición en el juicio oral puede, no obstante, llevarse a cabo.

El inciso primero del precepto legal recién citado contiene el supuesto de prueba cuyo conocimiento se hubiere obtenido con posterioridad a la oportunidad para ofrecerla, y tal circunstancia se justifique por la parte que desea rendirla. El tribunal ordenará la recepción de la nueva prueba siempre que sea a petición de alguna de las partes. Se dejó constancia en los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Proyecto, que el propósito de esta norma fue minimizar las posibilidades de que un imputado se quedase sin prueba por una defensa negligente, "aunque para mantener el principio de igualdad ante la ley" se hizo extensiva a las demás partes. Además, se promovió una utilización restrictiva de esta norma, "debiendo probar el interesado que no tuvo conocimiento de su existencia" sino hasta ese momento.[240]

El segundo inciso del art. 336 CPP se refiere al supuesto que con ocasión de la rendición de una prueba surgiere una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, y no se hubiere ofrecido prueba oportunamente para acreditar dichos extremos. Se añade que el tribunal podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer estos puntos, siempre que no hubiere sido posible prever su necesidad por la parte interesada en rendirla. Esta problemática, como se advirtió oportunamente,[241] es especialmente relevante en el ámbito de la prueba documental, ámbito en el que suelen presentarse objeciones respecto a su autenticidad o integridad, o respecto a la veracidad de su contenido.[242] Sin embargo, no podrá hacerse uso de esta facultad si quien la alega pudo prever la necesidad de rendir prueba sobre alguna de las circunstancias que señala la norma. De allí que quien pretenda intro-

[240] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 335.

[241] Vid. supra 3.4.2.3.1.

[242] No es casual que se ocupe una terminología conocida en el ámbito civil. Cfr. arts. 341 y ss. CPC.

ducir como prueba documental de cargo una carta manuscrita supuestamente confeccionada por el imputado y que contiene declaraciones que lo incriminan, debería contar con la negativa de éste a su reconocimiento y ofrecer la correspondiente pericia caligráfica. Distinto sería el caso si se impugnara la veracidad del contenido de un documento público recién en el juicio oral por quien emitió las declaraciones que en él se contienen, sin que nunca antes se hubiera puesto en tela de juicio tal veracidad.

La norma es amplia y se refiere a cualquier medio de prueba. Es perfectamente posible que se pueda alegar falta de autenticidad o de integridad, o ausencia de veracidad de las declaraciones, datos, información, mensajes, imágenes, u otro tipo de contenido ideológico recogido en películas cinematográficas, videograbaciones, fotografías, fonografías, versiones taquigráficas, software y, en general, cualquier sistema de reproducción de la imagen o del sonido. Sin embargo, ello no es tan evidente en el caso de los medios de prueba personales, como testigos y peritos, cuando se trata de la falta de veracidad de sus declaraciones. En efecto, la forma habitual de dejar en claro la inconsistencia o las contradicciones en sus declaraciones será atacando su credibilidad en el contrainterrogatorio, por ejemplo, a través de la lectura de declaraciones anteriores, esto es, por la vía que franquea el artículo 332 CPP. Además, en las personas puede presentarse una situación especial: en tanto la percepción sensorial tiene límites diferentes en los distintos sujetos, es posible que el testigo se represente como veraz la declaración que emite aunque los hechos no hayan sucedido como él los percibió e incurra en contradicciones evidentes. Algo similar podría ocurrir con un perito que no dominara correctamente las reglas de la ciencia o arte sobre la cual se ha solicitado su opinión experta o equivocase los hechos sobre los cuales aplicó sus conocimientos. Por tanto, y en nuestra opinión, la falta de veracidad que permitiría el recurso a esta norma debe recaer sobre hechos concretos fácilmente verificables, no sobre percepciones u opiniones. El expediente que concede el inciso 2º del artículo 336 CPP sólo podría utilizarse en la hipótesis excepcional que el testigo o perito mienta sobre algún hecho o antecedente determinado y no controvertido con anterioridad, cuya falsedad fuera fácilmente demostrable a través de otro medio de prueba. Así, por ejemplo, un testigo que negase haber estado

fuera de Chile en la época en que ocurrieron los hechos, y cuya estancia en el extranjero pudiera acreditarse con un oficio de Policía Internacional. En todo caso, siempre debe justificarse por el solicitante de prueba nueva que no fue posible prever su necesidad en la oportunidad que la ley señala para su ofrecimiento.

3.4.2.9. Prueba de las acciones civiles

El artículo 324 CPP contiene las normas que regulan la rendición de la prueba de las acciones civiles en el juicio oral. Dicha rendición se encuentra sujeta a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debe probar (*onus probandi*), y a las disposiciones del Código Procesal Penal en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria. Estas reglas son aplicables, también, a las cuestiones civiles prejudiciales a que se refiere el artículo 173 inciso 1° del Código Orgánico de Tribunales. Un tratamiento sistemático de la regulación de las acciones civiles en el proceso penal será realizado en otra parte de esta obra.[243]

3.5. ALEGATOS FINALES Y CLAUSURA DEL DEBATE (ART. 338 CPP)

Terminada la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala deberá otorgar la palabra a las partes para que expongan sus conclusiones. El orden de los alegatos finales o de clausura es el siguiente: primero, el fiscal; después, el acusador particular, si lo hubiere, y finalmente, el defensor. Concluida la primera ronda de alegatos, se otorgará al fiscal y al defensor la posibilidad de replicar. Se señala expresamente que las respectivas réplicas sólo podrán referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes, de manera que el juez presidente de la sala deberá controlar que a través de las réplicas no se realicen nuevos alegatos. El acusado siempre tendrá la última palabra, para que manifieste lo que estime conveniente. Finalizada la intervención del acusado, el tribunal declarará cerrado el debate.

[243] Vid. infra cap. XIV.

Para la determinación del tiempo de intervención de las partes en los alegatos finales y en las réplicas el tribunal deberá considerar la extensión que haya tenido el juicio a ese momento.

3.5.1. *Pedido de absolución por el ministerio público*

Con anterioridad nos hemos referido al supuesto en que, con ocasión de la rendición de pruebas durante el juicio, el fiscal pierda la convicción que lo llevó a formular su acusación, ya sea porque se afectó su prueba de cargo[244] o porque se produjo relevante prueba de descargo.[245] A nuestro juicio, nada impediría que el fiscal solicitara la absolución del acusado en el alegato de clausura si adquiere la convicción de que aquél es inocente o, al menos, que existen dudas razonables sobre su culpabilidad. En efecto, existe un importante principio que informa la actividad del ministerio público, el principio de objetividad,[246] que, en nuestra opinión, lo autorizaría plenamente para solicitar la absolución del acusado en las hipótesis que estamos examinando, pese a la previa formulación de la acusación.

Más problemática es, sin embargo, la interrogante acerca de si el tribunal se encontraría vinculado o no por el requerimiento absolutorio del fiscal. En este caso no sólo se formula una acusación, sino también hay rendición de pruebas[247] y, en consecuencia, el tribunal podría estimar que la acusación se encuentra suficientemente acreditada con la prueba producida en el juicio y emitir en base a ella una decisión de condena, desentendiéndose del pedido de absolución efectuado por el ministerio público. Se ha señalado que esta hipótesis infringiría el principio de congruencia entre acusación y sentencia, por entenderse que la acusación es, materialmente, el pedido de condena efectuado durante el juicio.[248] En el sistema chileno, sin embargo, no cabe

[244] Así, por ejemplo, en el caso que la propia víctima del delito declare que efectuó una imputación falsa al acusado o los testigos de cargo declaren de forma manifiestamente contradictoria con sus declaraciones iniciales, etc.

[245] Cfr. supra cap. VIII, 2.4.6.4. y supra 3.3.1.2.

[246] Cfr. t. I., cap. III, A.2.3.2.2 y cap. VII, B.1.3.

[247] Este destacado se hace para diferenciar esta hipótesis de la examinada supra 3.3.1.2., al inicio del juicio oral.

[248] Así se ha planteado en Argentina por MARIA SUSANA FRASCAROLI: "¿Condena sin pedido fiscal?", en CAFFERATA NORES (J.) (comp.), *Justicia pe-*

duda que el principio de congruencia está referido al escrito de acusación a que se refiere el art. 259 CPP y que la solicitud de condena y aplicación de una pena concreta al acusado –que en nuestro sistema debe plantearse en el alegato de clausura– *no* es la acusación. Convertir este último acto del debate en la única acusación válida desvirtuaría todas las funciones que se le atribuyen dentro del sistema acusatorio, entre ellas, la de permitir que el acusado prepare su defensa adecuadamente y con la antelación necesaria. En tanto el principio de congruencia constituye una garantía para el debido ejercicio del derecho de defensa en el juicio, es evidente que dicha garantía no se verá afectada si, formulada la acusación, el imputado tuvo posibilidad de defenderse de la misma durante el juicio y el tribunal emite su condena dentro de los límites de dicha acusación, no obstante el pedido de absolución del propio órgano requirente en el alegato de clausura. Interpuesta la acusación, el tribunal competente posee plena jurisdicción para resolver, en base a la prueba rendida, el caso sometido a su conocimiento,[249] con las limitaciones que sólo la ley le impone.

Por otro lado se ha afirmado que la condena sin una confirmación de la acusación en el juicio violaría el principio acusatorio, pues no bastaría con formular la acusación, sino que ella debería ser mantenida y ratificada en el juicio.[250] El principio acusatorio consiste, esencialmente, en que las funciones de acu-

nal y seguridad ciudadana. Contactos y conflictos, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, pp. 47 y ss., esp. 62, quien rechaza "la posición que sostiene que el requerimiento fiscal de elevación a juicio *es* la acusación (o mejor dicho, toda la acusación) y que por eso puede ser suficiente para dar base a una condena, aun en el caso que el fiscal solicite la absolución del acusado (...)". Añade que "la acusación que exige el debido proceso, para que sea válida una condena, no puede prescindir de un requerimiento punitivo expreso derivado de una calificación legal determinada y sobre la base de las pruebas recibidas y merituadas en el debate (y no sobre las que basaron el requerimiento de elevación a juicio, recogidas durante la investigación preliminar)". Concluye afirmando que "nos enrolamos así en la corriente que apunta a que todo lo que signifique comprimir la instrucción para darle espacio al juicio, está en el buen camino".

[249] Recuérdese que en nuestro sistema no existe un control negativo de la acusación, de modo que salvo en el caso de que no se corrijan oportunamente los vicios formales dirigidos a la acusación, su mera formulación debería conducir inexorablemente a la apertura del juicio (cfr. supra, cap. VIII, 2.2).

[250] FRASCAROLI: "¿Condena sin pedido fiscal?", cit., p. 62.

sar y juzgar no pueden recaer en la misma persona o ente; se trata, en consecuencia, del desdoblamiento formal del Estado en dos órganos específicos y separados que cumplen funciones diferentes y antitéticas. Una derivación de este principio, resumida en la fórmula latina *ne procedat iudex ex officio*, supone únicamente que el juicio tendrá lugar sólo si hay una acusación previa planteada por un ente distinto al tribunal del juicio. Con ello se quiere resguardar, como sabemos, la garantía de imparcialidad del tribunal que juzga.[251] La estricta separación entre las funciones de acusación y juzgamiento sugiere que ellas no pueden ser vinculantes entre sí, excepto en lo que dice relación con el principio de correlación entre acusación y fallo o de congruencia, por exigencias de la garantía de defensa. En consecuencia, el principio acusatorio no significa que el *ius puniendi* pertenezca al ministerio público, pues éste corresponde al Estado, del que forman parte también los jueces. En fin, el acusador no tiene un *derecho subjetivo* a la imposición de la pena, ni tampoco un poder vinculante que pueda apartar al tribunal del ejercicio de su jurisdicción. De lo contrario, se estaría reconociendo al acusador un poder de disponibilidad *exclusivo* sobre el derecho penal.[252]

Se objetará que en las fases previas al juicio existe tal disponibilidad, manifestada en el principio de oportunidad, en un senti-

[251] Cfr. t. I., cap. II, C.2.1.2. Así, ARMENTA DEU señala que "[l]a previa existencia de una acusación, ejercitada y sostenida por sujeto diferente al juzgador, configura la esencia inexcusable (...) del sistema acusatorio. Estos dos presupuestos garantizan plenamente la imparcialidad del sujeto enjuiciador, aspecto resaltado por la jurisprudencia, en unos casos por defecto, y en otros por exceso" (cfr. *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 26).

[252] Sobre el particular, vid. el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, de 15 de agosto de 2002 (Caso "Marcilese"). ARMENTA DEU rechaza que el principio dispositivo sea "consustancial" al principio acusatorio, o sea, una derivación lógica de éste, por más que aquél tuviera relevancia en los orígenes de la persecución penal de los delitos, ni menos que se señale que es "tanto más acusatorio aquel proceso en el que se puede disponer en mayor medida del derecho o pretensión que en el mismo se discute", asimilando así el proceso penal al civil (*Principio acusatorio y derecho penal*, cit., p. 28). Esto es más evidente en un sistema que, como el nuestro, mantiene como principio general y preponderante del procedimiento penal el de legalidad en la persecución penal, admitiendo de modo excepcional, restringido y controlado el principio de oportunidad y sus diferentes manifestaciones, y en cuyo ejercicio jamás el ministerio público tiene un poder discrecional exclusivo y, por tanto, exento de control jurisdiccional.

do estricto o en el más amplio que representan las salidas alternativas al procedimiento. Sin embargo, en tales casos la ley prevé expresamente el ámbito preciso de discrecionalidad que posee el ministerio público, existiendo diversos controles que permiten verificar que ella no se utilice más allá de los límites que el propio legislador le impuso, entre ellos, el control jurisdiccional. Por otro lado, las salidas alternativas requieren siempre el consentimiento del imputado y/o la víctima, y es el órgano jurisdiccional quien decide su concesión, aprobación o rechazo.

3.6. Registro del juicio y valor

El juicio oral debe ser registrado en forma íntegra, por cualquier medio que asegure fidelidad (art. 41 CPP), y la conservación del registro estará a cargo del tribunal de juicio oral en lo penal respectivo, de conformidad a lo previsto en el Código Orgánico de Tribunales, esto es, por la Unidad de Administración de Causas del tribunal (art. 43 inciso 1° CPP y 25 N° 4 COT). En la práctica actualmente existente, las audiencias de juicio oral se registran a través de un soporte computacional de audio que luego se graba en discos compactos.[253] Este registro es público no sólo para los intervinientes sino también para terceros, pues da cuenta de una actuación que es pública de acuerdo a la ley (art. 44 CPP).

La ley señala el único valor que cabe atribuir a tales registros. En efecto, el inciso 1° del artículo 42 CPP establece que el registro del juicio demostrará los siguientes aspectos:

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.

El registro no es el único medio para acreditar los aspectos precedentes, pues la propia ley autoriza para rendir prueba en el recurso de nulidad sobre las circunstancias que constituyen la causal invocada, aunque sólo en el caso que se hubiere ofrecido en el escrito de interposición del recurso (art. 42 en relación con el art. 359 CPP).

[253] CERDA (R.), *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, cit., p. 115.

La omisión de las formalidades del registro sólo lo privará de valor cuando ellas no pudieren ser suplidas con certeza sobre la base de otros elementos contenidos en el mismo o de otros antecedentes confiables que dieren testimonio de lo ocurrido en la audiencia (art. 42 inciso 2° CPP).

3.7. VALORACIÓN DE LA PRUEBA[254]

Cerrado el debate, los miembros del tribunal que presenciaron el juicio deben debatir acerca de si alcanzaron la convicción que requiere la ley sobre la comisión del hecho punible y la participación culpable atribuida en él al acusado, en base a la prueba producida en el juicio o si, por el contrario, esa misma prueba los conduce a absolver al acusado de los cargos efectuados en la acusación.

La reforma procesal penal significó un cambio radical en el sistema de valoración de la prueba. De la técnica de la prueba legal o tasada, consistente en la producción de reglas que predeterminan, de modo general y abstracto, el valor que debe atribuirse a cada tipo de prueba, se pasó al sistema de libre apreciación de la prueba, que implica que la eficacia de cada prueba para la determinación de los hechos sea establecida caso a caso siguiendo criterios no predeterminados y flexibles, basados esencialmente en presupuestos de la razón.[255] Se trata del paso de una forma de racionalidad a otra distinta. La primera está marcada por la escolástica en un primer momento, después por el logicismo de los humanistas y, finalmente, por la obsesión clasificatoria típica de la cultura barroca, esto es, se trata de una racionalidad analítica ligada a las jerarquías conceptuales y a las distinciones formalistas. En tanto, la segunda es expresión de la racionalidad moderna, libre de vínculos formales, basada en la lógica de la probabilidad e inspirada en criterios científicos y en el sentido común, adaptable a las exigencias de la verdad empírica. Inserto en esta última tendencia, el artículo 297 CPP establece

[254] Vid. supra cap. IX, C.2.4.

[255] Sobre la evolución histórica de ambos sistemas, vid. TARUFFO (M.), *La prueba de los hechos*, cit., pp. 387 y ss.; también, FERRAJOLI (L.), *Derecho y razón*, cit., pp. 136 y ss.

que los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero advierte que no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Se ha denunciado, empero, un fenómeno que suele advertirse con cierta frecuencia en la experiencia comparada, consistente en que, cuando se decide la abolición del sistema de prueba legal o tasada, éste no se sustituye por principios racionales generalmente aceptados sino por el vacío.[256] La libre convicción se vuelve entonces sinónima de discrecionalidad incontrolada y de subjetivismo irracional, en virtud de los cuales el juez se pronuncia acerca de los hechos sobre la base de criterios que no se pueden conocer ni racionalizar. La única forma de evitar este peligro es el desarrollo de una concepción *racional y justificada* de la libre valoración de la prueba, en la que la libertad del juez esté orientada a alcanzar una determinación tendencialmente verdadera de los hechos del caso –al menos en los límites en los que es posible sostener que la aproximación del juicio a la realidad empírica puede realizarse en el proceso–,[257] utilizando criterios racionales para ello y de modo controlable por las partes.[258]

La verificación fáctica en el proceso penal, al igual que en cualquier verificación histórica, tiene la forma de una inferencia inductiva, donde las premisas vienen constituidas por la descripción del acontecimiento que se ha de explicar y de las pruebas practicadas, mientras que la conclusión viene constituida por la enunciación del hecho que se considera probado por las premisas. A diferencia de la deducción, que es siempre tautológica, la verdad de las premisas de la inducción no implica

[256] TARUFFO se refiere expresamente al caso italiano; cfr. *La prueba de los hechos*, cit., pp. 396 y ss.

[257] Sobre las teorías de la verdad, necesariamente relativas, aplicables al proceso penal, vid. TARUFFO, cit., pp. 167 y ss. También, VIVES ANTON (T.), *La reforma del proceso penal*, II (Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal), Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 243 y ss., HASSEMER (W.), *Fundamentos del derecho penal* (trad. Arroyo Zapatero y Muñoz Conde), Barcelona, 1984; IGARTUA (I.), *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1994; HABERMAS (J.), "Teorías de la verdad" en *Teorías de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989.

[258] Algunos criterios de control racional son expuestos por TARUFFO, cit., pp. 422 y ss.

nunca la *verdad* de la *conclusión*, pues si las premisas son verdaderas no se da ninguna necesidad lógica sino sólo una relevante probabilidad de que la conclusión sea verdadera y sólo una relevante improbabilidad de que sea falsa. Tal grado de probabilidad, que permite considerar adecuada o convincente una o más pruebas, sólo puede ser entendido subjetivamente. Si no fuese así, el principio *in dubio pro reo* no permitiría nunca la condena ya que cualquier hipótesis es, por su naturaleza, probabilística y siempre es posible que sea objetivamente falsa. Sólo es posible exigir, por tanto, la ausencia de duda o de certidumbre subjetiva sobre los presupuestos de la condena. Los criterios de decisión para asegurar una justificación siempre relativa de la conclusión son los que permitirán considerar una inferencia inductiva más razonable o plausible que otras, o rechazable por irrazonable, no plausible o no justificada.[259]

En primer lugar, debe comprobarse la coherencia de la hipótesis acusatoria con los elementos probatorios producidos en el juicio y de su aceptabilidad justificada por una capacidad explicativa mayor que las demás hipótesis, esto es, por su aptitud para esclarecer coherentemente otros hechos e indicios inicialmente ignorados.[260] En segundo lugar, debe encontrarse debidamente garantizado el contradictorio, esto es, la posibilidad de refutación, pues una sola contraprueba puede ser suficiente para justificar una duda razonable acerca de la hipótesis acusatoria. El tercer criterio exige la imparcialidad de la elección realizada por el juez entre hipótesis explicativas en competencia. Para ser

[259] COLOMA, siguiendo a RAWLS, señala que el juicio oral constituye, desde la perspectiva de la calidad del conocimiento de los jueces, "un importante avance para el logro de una justicia procedimental imperfecta, en la cual no se asegura el logro de un resultado justo, pero sí se provee de condiciones necesarias para que ésta sea más fácil de alcanzar" (cfr. "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", cit., p. 9).

[260] Cfr. el modelo nomológico-deductivo elaborado por K. POPPER y difundido por CARL HEMPEL y P. OPPENHEIM, conforme al cual, la inferencia deductiva que permite ascender desde los hechos que se han de explicar (*explanandum*) a los hechos que son su explicación (*explanans*), se justifica porque puede ser invertida en una inferencia deductiva, que permite descender del *explanans* al *explanandum* gracias a la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada. Sobre el desarrollo, en la teoría de la prueba, de este modelo, cfr. FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., pp. 141 y ss.

aceptada como verdadera, la hipótesis acusatoria no sólo debe ser confirmada por varias pruebas y no ser desmentida por ninguna contraprueba, sino que también debe prevalecer sobre todas las hipótesis en conflicto. Cuando no son refutadas ni la hipótesis acusatoria ni la que está en competencia con ella, la duda se resuelve –conforme al principio *in dubio pro reo*–, contra la primera. Este principio equivale a una regla de clausura sobre la decisión de la verdad procesal fáctica que no permite la condena mientras junto a la hipótesis acusatoria permanezcan otras hipótesis *no refutadas* en competencia con ella.[261] Estos criterios de justificación de la inducción judicial se garantizan procesalmente a través de la imposición de la *carga de la prueba* al órgano acusador; por el *principio de contradicción*, entendido como derecho a la refutación o contraprueba de las hipótesis en competencia; y por el deber de *motivación del juez*, quien debe suministrar una justificación adecuada de la condena, o absolver –conforme al criterio pragmático del *favor rei*– no sólo si la hipótesis acusatoria resulta desmentida por la prueba rendida, sino también si no son desmentidas todas las hipótesis en competencia con ella.[262]

Como se aprecia, la garantía procesal que asume enorme significación en un sistema de libre valoración de la prueba es la que impone al tribunal el deber de motivar su fallo, esto es, hacer que aquél justifique mediante argumentaciones racionales su decisión sometiéndola a un control externo de verificación.[263] En este plano se insertan las normas contenidas en los incisos 2° y 3° del artículo 297 CPP. Especialmente problemática es la elaboración de criterios racionales y previsibles, aunque inevitablemente variables según los contextos culturales, espaciales y temporales, en la determinación del contenido de los límites que establece la ley a la libertad de valoración de los tribunales, como "los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados". Así, por ejemplo, los enunciados de la lógica son verdaderos, independientemente de cualquier mundo posible, por lo que deben ser diferenciados del uso que suele dársele al término "lógico" en el lenguaje

[261] FERRAJOLI, cit., p. 151; COLOMA, cit., pp. 20 y ss.
[262] FERRAJOLI, cit., pp. 152-155.
[263] Al respecto, vid. infra 3.10.

corriente para referirse a un comportamiento "razonable", en el que se omite justificar el tránsito de un antecedente o información hacia la respectiva conclusión ("si la empleada no retornó a su trabajo después de la desaparición de las mercaderías, es lógico concluir que ella las sustrajo").[264]

Particularmente problemático es el caso de las denominadas "máximas de experiencia".[265] El problema que ellas presentan es que, por definición, expresan nociones de sentido común cuyo único fundamento es el hecho de formar parte de la cultura del hombre medio en un cierto lugar y en un cierto momento.[266] Si su significado es incierto o queda librado a las preconcepciones del tribunal se puede llegar al subjetivismo irracional del que se daba cuenta denantes, impidiéndose el control externo del razonamiento que funda la decisión. En tanto resultan débiles como mecanismos generadores de conocimiento, su utilización debiera ser muy restrictiva.[267]

3.8. Decisión sobre absolución o condena

Inmediatamente después de clausurado el debate, los miembros del tribunal que hubieren asistido a él deberán pasar a deliberar en privado, a fin de adoptar una decisión de absolución o condena y pronunciar su sentencia definitiva. Concluida dicha deliberación el tribunal deberá pronunciar su sentencia en la audiencia respectiva, comunicando al acusado su decisión de

[264] COLOMA, cit., p. 24.

[265] Vid. cap. IX, 2.4.3.

[266] Como señala TARUFFO, en algunos casos, ellas constituyen vulgarizaciones de leyes lógicas o naturales, de modo que al menos teóricamente puede ejercerse un control sobre su aplicación en la valoración de la prueba; pero en otros casos expresan únicamente toscas generalizaciones, tendencias genéricas, opiniones o prejuicios difundidos, en cuya base está la cultura del sentido común sin convalidación o confirmación alguna de tipo científico. Incluso cuando expresan tendencias, frecuencias o prevalencias de ciertos fenómenos en determinados contextos, consisten en indicaciones y criterios muy generalizados y vagos, no cuantificables de modo aceptable (Cr. *La prueba de los hechos*, cit., pp. 208 y ss.). Sobre las máximas de experiencia y la prohibición de la utilización del conocimiento privado del juez para fundar su convicción, vid. VEGAS TORRES (J.), *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, cit., pp. 65 y ss.

[267] En este sentido, COLOMA, cit., p. 25.

absolución o condena respecto de cada uno de los delitos imputados e indicar, respecto de cada uno de ellos, los *fundamentos principales* tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones (arts. 339 y 343 inciso 1° CPP). La ley autoriza al tribunal para que, al momento de comunicar su decisión de absolución o condena, difiera la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena dentro de los plazos que establece el artículo 344 CPP.

La decisión sobre absolución o condena debe emitirse tan pronto el tribunal llegue a un acuerdo en conformidad con las normas correspondientes contenidas en el Código Orgánico de Tribunales.[268] Sin embargo, y excepcionalmente, el Código autoriza a prolongar la deliberación hasta por *veinticuatro horas*, cuando concurran copulativamente los siguientes dos requisitos, esto es, que la audiencia del juicio se hubiere prolongado por más de dos días y la complejidad del caso no permita pronunciar la decisión inmediatamente. En tal caso, se dará a conocer el hecho de la prolongación a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada (arts. 343 inciso 2° CPP).

La importancia de estas normas radica en que la omisión del pronunciamiento de la decisión de absolución o condena en conformidad a las mismas producirá *la nulidad del juicio*, el que deberá repetirse en el más breve plazo (art. 343 inciso 3° CPP). La severidad de la sanción procesal anudada a estas actuaciones tiene su fundamento en la necesidad de resguardar los principios que rigen el juicio oral. Ciertamente, si fuera posible prolongar indefinidamente el pronunciamiento de absolución o condena, los miembros del tribunal tenderían a suplir los vacíos o debilidades de la memoria con el acta del juicio, haciéndose ilusorios los principios de oralidad e inmediación de las pruebas.

No debe confundirse la comunicación de la decisión de absolución o condena con la lectura de la sentencia definitiva, resolución judicial que debe contener todas las menciones que indica el artículo 342 CPP. La omisión de la primera dentro de los plazos legales acarreará siempre la nulidad del juicio, mientras que la omisión de la lectura de la sentencia en los plazos

[268] Vid. t. I., cap. III, C.2.2.2.1.

que señala la ley sólo conllevará la nulidad del juicio si la decisión del tribunal hubiere sido de condena.[269]

3.8.1. *Estándar de convicción*

El artículo 340 CPP establece un exigente estándar de convicción para destruir la presunción de inocencia y poder condenar a una persona por el delito en virtud del cual ha sido enjuiciado. En efecto, dicho precepto legal, que guarda un importante parentesco con el artículo 456 bis del antiguo Código de Procedimiento Penal, expresa que "nadie podrá ser condenado por delito sino cuando el tribunal que lo juzgare adquiriere, *más allá de toda duda razonable*, la convicción de que realmente se hubiere cometido el hecho punible objeto de la acusación y que en él hubiere correspondido al acusado una participación culpable y penada por la ley". La ley establece, además, que no se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración (art. 340 CPP). De allí que no basta con la convicción: en cuanto al umbral mínimo, debe haberse desarrollado una mínima actividad probatoria, la que jamás podrá consistir en la mera declaración del acusado. En cuanto al umbral máximo, no es necesaria la *plena* convicción; basta la convicción exenta de dudas razonables.[270] Esta regla constituye un criterio de preferencia que expresa la primacía de la finalidad que ningún inocente sea condenado por sobre el objetivo de que ningún culpable sea absuelto.[271]

3.8.2. *La decisión de absolución (art. 347 CPP)*

Tan pronto el tribunal comunique su decisión de absolución deberá disponer, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en con-

[269] Vid. infra 3.10.6.

[270] Una profundización del contenido de este estándar se realiza supra cap. IX, C.3 (JLM). Acerca de los antecedentes de la tramitación parlamentaria de este precepto, vid. PFEFFER, cit., p. 340.

[271] COLOMA, cit., p. 26.

tra del acusado y ordenará se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que figurare. También se ordenará la cancelación de las garantías de comparecencia que se hubieren otorgado.

Las medidas cautelares reales no necesariamente han de ser alzadas, pues es perfectamente posible que una decisión de absolución penal vaya acompañada de un pronunciamiento condenatorio en el ámbito de las acciones civiles interpuestas en el proceso penal. Así lo da a entender la norma contenida en el artículo 349 CPP, cuando dispone que tanto en el caso de absolución como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta.[272]

3.8.3. *La decisión de condena (art. 343 inciso final CPP)*

En el caso de una decisión de condena, el tribunal deberá resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad que la emite. Debe recordarse, no obstante, que el tribunal sólo podrá apreciar la concurrencia de circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal no incluidas en la acusación si hubiere advertido tal circunstancia a los intervinientes durante la audiencia (art. 341 inciso 2° CPP).

En el caso de circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal ajenas al hecho punible, el tribunal podrá postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes.

3.9. AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PENA

El Código contempla la posibilidad de que el tribunal de juicio oral, una vez pronunciada la decisión de condena y siempre que lo estime necesario, cite a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señale. En caso alguno, la realización de esta audiencia debe alterar los plazos establecidos en el art. 344 CPP para la redacción de la sentencia (art. 345 CPP).

[272] Cfr. infra 3.10.2. y cap. XIV, 2.6.1.

Como se aprecia, esta audiencia sirve básicamente para dos fines:

a) Debatir acerca de las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal que sean ajenas al hecho punible; y
b) Debatir acerca de la procedencia o no de medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad contempladas en la Ley N° 18.216. La concesión de tales medidas presupone, por regla general, un informe de cumplimiento favorable emitido por la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile.[273] El artículo 15 de la Ley N° 18.216, modificada por el artículo 11 de la Ley N° 19.806, dispone que si dicho informe no hubiere sido incorporado al juicio oral, los intervinientes podrán acompañarlos en la oportunidad prevista en el art. 345 CPP.

En consecuencia, las partes deberán solicitar al tribunal del juicio oral la fijación de fecha para la realización de esta audiencia antes de la clausura del debate, ya que su realización es facultativa para el tribunal.

Las circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal ajenas al hecho punible que podrían ser objeto de un debate posterior son, fundamentalmente, las siguientes:

i) Circunstancias basadas en el comportamiento anterior al delito del sujeto: la irreprochable conducta anterior (art. 11 N° 6 CP); la reincidencia propia (art. 12 N^{os} 15 y 16 CP) e impropia (art. 12 N° 14 CP);

ii) Circunstancias basadas en el comportamiento posterior al delito del sujeto: la reparación celosa del mal causado (art. 11 N° 7 CP), la entrega voluntaria a la justicia (art. 11 N° 8 CP) y la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos (art. 11 N° 9 CP).[274]

[273] Sobre esta temática, vid. HORVITZ (M.I.), "Las medidas alternativas a la prisión (Algunas reflexiones en torno a las medidas previstas en la Ley N° 18.216)", en AA.VV, *Sistema penal y seguridad ciudadana*, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 21, U.D.P., 1992, pp. 131 y ss.

[274] Incorporada por el artículo 1° de la Ley N° 19.806, normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal (vid. supra nota 142). Antes de la modificación, el art. 11 N° 9 CP contemplaba la siguiente atenuante: "Si del proceso no resulta contra el procesado otro antecedente que su espontánea confesión". Evidentemente, ella no podía subsistir en el nuevo sistema del CPP, pues

3.10. SENTENCIA DEFINITIVA

La sentencia definitiva es la resolución jurisdiccional a través de la cual el tribunal efectúa una motivación pública de su decisión mediante la explicación de todas las inferencias inductivas que justifican y apoyan su conclusión a partir de todas y sólo las pruebas y elementos probatorios producidos durante la audiencia del juicio oral. En suma, la motivación de la sentencia es una garantía específica cuya principal función consiste en hacer posible un control *a posteriori* sobre las razones presentadas por el juez como fundamento de la decisión, lo que incluye el control sobre la valoración de las pruebas. Sólo través del juicio y la motivación de la sentencia es posible la legitimación retrospectiva de la decisión jurisdiccional, que viene exigida por el principio de legalidad, esto es, la verificación del contenido fáctico de las normas jurídico-penales que constituyen el presupuesto para la adjudicación de responsabilidad penal.

3.10.1. *Correlación entre acusación y sentencia*

Como señaláramos anteriormente, sólo pueden ser objeto del juicio y de la sentencia los hechos y circunstancias contenidos en la acusación. En efecto, conforme al artículo 341 inciso 1° del CPP, "la sentencia condenatoria no podrá exceder el contenido de la acusación. En consecuencia, no se podrá condenar por hechos o circunstancias no contenidos en ella". Como se advierte, la congruencia se refiere al sustrato fáctico de la acusación, no a la calificación jurídica, porque sólo en el primer caso se está poniendo en riesgo una adecuada defensa material del imputado. En efecto, recuérdese que el artículo 8.2 letra c) de la Convención Americana de Derechos Humanos, referida a las "garantías judiciales", señala que: "Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías

en el procedimiento ordinario y en los procedimientos especiales –en el que rigen supletoriamente las normas del primero– existe la limitación, ya examinada, que no se puede condenar a una persona con el solo mérito de su declaración (art. 340 inciso 3° CP). Y en el procedimiento abreviado, una limitación análoga se prevé en el artículo 412 inciso 2° CPP.

mínimas: (...) c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa". De este derecho arranca la prohibición de sorpresa, como manifestación del derecho de defensa material, que asiste a todo inculpado de un hecho punible.

No es susceptible del mismo razonamiento el cambio de calificación jurídica que pueda plantearse respecto de los hechos contenidos en la acusación. En efecto, los hechos son los mismos, pero puede haberse producido una errónea calificación jurídica de ellos en los escritos de acusación y mantenerse en el juicio oral, situación que podría ser corregida en la sentencia por ser resorte del tribunal tal cambio de calificación. Aunque la afectación del derecho de defensa sea menor en este caso, la necesidad de resguardar en forma óptima dicho derecho y evitar las sorpresas determinaron la introducción de una norma que matiza las facultades del tribunal. En efecto, el inciso 2° del artículo 341 CPP autoriza al tribunal para dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o, incluso, apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de responsabilidad penal no incluidas en ella, siempre que hubiere advertido a los intervinientes durante la audiencia.

Pero tal situación puede ocurrir al momento de deliberar privadamente. En tal caso, si uno o más jueces consideraren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación jurídica distinta de la establecida en la acusación, y ello no hubiere sido objeto de discusión durante la audiencia, deberán reabrir el debate a objeto de permitir a las partes discutir sobre ella (art. 341 inciso 3° CPP).

3.10.2. *Contenido (art. 342 CPP)*

La sentencia definitiva deberá contener los siguientes enunciados:

a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la de el o los acusadores;

b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación fue reclamada 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 dan por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297 CPP;

d) Las razones legales o doctrinales que sirvan para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo;

e) La resolución que condena o absuelve a cada uno de los acusados por cada uno de los delitos que la acusación les haya atribuido; la que se pronuncie sobre la responsabilidad civil de los mismos y fije el monto de las indemnizaciones a que haya lugar;

f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y

g) La firma de los jueces que la dictaron.

El inciso final del artículo 342 CPP se refiere a la determinación del redactor de la sentencia y de las eventuales prevenciones o disidencias. Expresa que la sentencia deberá ser redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designe mientras que la disidencia o prevención será redactada por su autor. Añade que la sentencia deberá indicar el nombre de su redactor y el de la disidencia o prevención, si corresponde.

El art. 342 CPP regula, en consecuencia, el deber de motivación de la sentencia que corresponde al tribunal que juzga. La importancia de los requisitos c), d) y e) del artículo 342 CPP, que contienen el núcleo central de dicho deber, esto es, el razonamiento justificativo respecto de los hechos que se consideran probados o no probados, de su calificación jurídica y de la decisión de absolución o condena, se manifiesta en la circunstancia que su omisión da lugar a un motivo absoluto de nulidad del juicio y de la sentencia. Debe recordarse que, conforme al artículo 297 CPP, al que alude la letra c) del art. 342 CPP, el tribunal debe hacerse cargo en su fundamentación de *toda* la prueba producida, *incluso de aquella que hubiera desestimado*, indicando en este último caso las razones tenidas en cuenta para dicha desestimación. Agrega que la valoración de la prueba en la sentencia requerirá el señalamiento de los medios de prueba mediante los cuales se dan por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se den por probados. El precepto legal citado exige,

también, que la fundamentación de la sentencia debe permitir reproducir el razonamiento utilizado para alcanzar sus conclusiones.[275]

Es importante destacar, finalmente, que tanto en el caso de absolución como en el de condena, el tribunal deberá pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta (art. 349 CPP). El fundamento de esta regulación se desarrolla más latamente en otra parte de este trabajo.[276]

3.10.3. *Sentencia condenatoria (arts. 348 y 351 CPP)*

La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley. Asimismo, deberá disponer el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente. Dichas disposiciones se encuentran en concordancia con los artículos 27 a 31 del Código Penal. Por último, la sentencia condenatoria deberá pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta.

Cuando se trate de una sentencia que condena a una pena temporal, ella deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento.

El artículo 350 CPP establecía reglas procesales para la imposición de la pena de muerte. Tras la promulgación de la Ley N° 19.734, de 5 de junio de 2001, que eliminó la pena de muerte de la mayoría de los delitos que la contemplaban, se planteó la pertinencia de mantener este precepto dentro del Código. Finalmente, el artículo 350 CPP fue derogado expresamente por el artículo 62 de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

Por su parte, el artículo 351 CPP repite una disposición que se contemplaba en prácticamente los mismos términos, en el antiguo art. 509 CdPP y que, en rigor, debiera estar incardinada

[275] Vid. supra 3.7. y cap. IX, C.2.4.3.
[276] Vid. infra cap. XIV, 2.6.

en el Código Penal. Ella contiene una regla de exasperación de pena que opera en los casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, entendiendo por tales a aquellos que afectan al mismo bien jurídico. Se establece que en los casos de reiteración de crímenes o delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno o dos grados. Pero si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pudieren estimarse como un solo delito, el tribunal deberá aplicar la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tuviere asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según fuere el número de los delitos. Sin embargo, podrán aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, al seguirse este procedimiento, corresponda al condenado una pena menor.

Finalmente, se prevé la hipótesis que en la sentencia se hubiere declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público. En tal caso, el tribunal ordenará, junto con su devolución, que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia.

3.10.4. *Audiencia de lectura de sentencia (art. 346 CPP)*

Una vez redactada la sentencia, se procederá a darla a conocer en la audiencia fijada al efecto, oportunidad a contar de la cual se entenderá notificada a todas las partes, aun cuando no asistan a la misma.

3.10.5. *Plazo para la redacción y lectura de la sentencia (art. 344 CPP)*

Al pronunciarse sobre la absolución o condena del acusado, el tribunal podrá diferir la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena hasta por un plazo de *cinco días*, fijando la fecha de la audiencia en la que tendrá lugar. Sin embargo, el transcurso de este plazo sin dar cumplimiento a la lectura del fallo no da lugar, todavía, a la nulidad del juicio, sino sólo a una

sanción disciplinaria por la comisión de una falta grave. Se deberá, pues, citar a una nueva audiencia, la que en caso alguno podrá tener lugar después del *séptimo día desde la comunicación de la decisión sobre absolución o condena.* Si en esta ocasión no se da lectura a la sentencia, se producirá la nulidad del juicio, a menos que la decisión hubiese sido de absolución. El acusado o acusados absueltos no tienen por qué verse perjudicados por la falta del tribunal, que nuevamente deberá ser objeto de una sanción disciplinaria.

3.10.6. *Ejecución de las sentencias condenatorias (Remisión)*

El Código Procesal Penal contiene algunas reglas sobre la ejecución de las sentencias condenatorias en el Título VIII del Libro IV del CPP. Por tratarse de una temática autónoma del juicio oral, efectuaremos su estudio sistemático en otro lugar de esta obra.[277]

[277] Vid. infra cap. XIII.

XI. LOS RECURSOS*

A. *INTRODUCCION*

1. GENERALIDADES

El régimen de recursos tiene una importancia fundamental dentro del sistema procesal penal, porque está en directa relación con los principios que la inspiran y resulta particularmente descriptivo de la organización del poder del Estado. Como ha observado DAMASKA, "la estructura del Poder Judicial afecta al proceso legal" y es erróneo "centrarse en el atractivo de la forma procesal sin preguntarse si tal forma es compatible con un aparato judicial particular".[1]

Desde una perspectiva histórica, los recursos son mecanismos de impugnación de las decisiones judiciales surgidos durante el desarrollo del sistema inquisitivo, como instancias de control burocrático asociadas a la centralización del poder y a su organización jerárquica.[2] Como narra MAIER, durante el desarrollo del sistema inquisitivo "el fallo era, casi por definición, impugnable; aparece la *apelación* y, en general, los recursos contra la sentencia, íntimamente conectados con la idea de delegación del poder jurisdiccional que gobernaba la administración de justicia. En efecto, el poder, que se delegaba en funcionarios inferiores, debía devolverse en sentido inverso a aquel de quien

---

* Capítulo preparado por Julián López M.

[1] DAMASKA (M.), cit., p. 86.

[2] MAIER (J.), cit., v. I, p. 299.

procedía y ello permitía el control de la utilización correcta del poder delegado".[3]

La correspondencia de la idea de recursos con la organización jerárquica del poder estatal ha sido destacada por DAMASKA, quien, analizando los sistemas procesales penales desde una perspectiva ya no histórica, sino funcional, distingue entre organizaciones basadas en un *ideal jerárquico* y un *ideal paritario* (o *coordinador*) y observa que "existe una obvia conexión entre el ordenamiento vertical del poder y la revisión jerárquica".[4] Cuando el Poder Judicial se organiza jerárquicamente, "la etapa de revisión no se concibe como un evento extraordinario, sino como una secuela de la adjudicación original que se debe esperar en el curso de los hechos".[5] Así las cosas, la revisión jerárquica es extensa: "hay pocos aspectos de las sentencias del poder inferior que sean inmunes a la supervisión: hecho, derecho y lógica son todos juego limpio para el escrutinio y la posible corrección".[6]

En el contexto del sistema procesal penal chileno anterior a la reforma, tributario del sistema inquisitivo traspasado a Iberoamérica a través de las Siete Partidas y fundado claramente en una organización profundamente jerárquica del Poder Judicial, la existencia de un intenso régimen de recursos parecía desde todo punto de vista justificada, y caracterizó al procedimiento penal previo a la reforma. No sólo la sentencia definitiva era esencialmente apelable, sino que también, con gran amplitud, las resoluciones adoptadas por el juez de instrucción durante la etapa de investigación (sumario). El recurso aparecía concebido claramente como una instancia de control de las decisiones

[3] MAIER (J.), cit., v. I, p. 449.

[4] Para DAMASKA, el *ideal jerárquico* de la organización estatal es una estructura que "corresponde en esencia a conceptos de burocracia clásica. Se caracteriza por un cuerpo profesional de funcionarios, organizados en una jerarquía que toma decisiones de acuerdo con normas técnicas", en cambio, el *ideal paritario* corresponde a una estructura "que no tiene una analogía inmediatamente reconocible en la teoría establecida. La define un cuerpo de personas no profesionales organizadas en un nivel único de poder que toma decisiones aplicando normas comunes no diferenciadas de los estándares de la comunidad". DAMASKA (M.), cit., p. 35.

[5] DAMASKA (M.), cit., p. 87.

[6] DAMASKA (M.), cit., p. 88.

de los tribunales inferiores más que como un derecho de los imputados o condenados. Así, la posibilidad de revisión de las resoluciones de los tribunales inferiores procedía no sólo a solicitud de cualquiera de las partes, sino también, en ciertos casos, operaba de oficio a través del mecanismo de la *consulta*, que se aplicaba no sólo a la sentencia definitiva dictada en procesos de cierta gravedad (arts. 533 y 534 CdPP), sino, incluso, a las decisiones sobre la libertad de los procesados (art. 361 inc. 2° CdPP). El alcance de la revisión era sumamente amplio, incluyendo todas las cuestiones de hecho y de derecho pertinentes a la causa "aunque no haya recaído discusión sobre ellas ni las comprenda la sentencia de primera instancia" (art. 527 CdPP). La posibilidad de la *reformatio in peius* se encontraba establecida expresamente por la ley, la que establecía que "aun cuando la apelación haya sido deducida por el procesado, podrá el tribunal de alzada modificar la sentencia en forma desfavorable al apelante" (art. 528 CdPP).[7]

La reforma procesal penal, al discutir el régimen de recursos, se vio obligada a lidiar con una organización jerárquica del Poder Judicial que se mantiene *statu quo*. Va a surgir de allí el establecimiento de un régimen de recursos que, aunque morigerado, mediante algunas concesiones a la concepción tradicional, parece en general inconsistente con la estructura misma del Poder Judicial organizada de una manera tan marcadamente jerárquica. La explicación para este fenómeno puede encontrarse ya en el Mensaje del CPP, conforme al cual la reforma al proceso penal se inserta dentro de la reforma al sistema penal, y esta última, dentro de la reforma al sistema de administración de justicia. El objetivo final, conforme al Mensaje, es "modernizar el Poder Judicial para garantizar la gobernabilidad de parte del sistema político, la integración social y la viabilidad del modelo de desarrollo económico".[8] Va a surgir entonces, de este modelo, un régimen de recursos que restringe las posibilidades

[7] Una descriptiva crítica al sistema de recursos vigente en el derecho procesal penal chileno bajo el CdPP de 1906, incluyendo las relaciones entre organización jerárquica y régimen de recursos, ha sido planteada ya entre nosotros por CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, cit., pp. 297-306.

[8] Mensaje del Ejecutivo en *Código Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Oficial, Santiago, 2002, p. 12.

de impugnación de las resoluciones de primera instancia y limita el ámbito del control superior en los términos necesarios para asegurar el principio de inmediación, lo que produce, evidentemente, una descentralización del poder jurisdiccional en cuanto el tribunal de primera instancia pasa, por regla general, a adoptar una decisión definitiva que no está sometida a revisión posterior. El alcance y ámbito de aplicación de los recursos en materia criminal va a quedar entregado, así, no ya a las necesidades propias del control burocrático, sino a la concepción del recurso como un *derecho del imputado,* que el sistema procesal penal está llamado a resguardar y proteger.

2. EL DERECHO AL RECURSO

La concepción del recurso como un derecho del imputado tiene su fuente en el texto de los tratados internacionales sobre derechos humanos, entre los cuales destacan la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ambos tratados han sido ratificados por Chile y se encuentran vigentes, entendiéndose incorporados a su derecho interno por disposición del art. 5° inc. 2° CPR.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos declara en su artículo 8.2.e) que entre las garantías mínimas a que tiene derecho toda persona, en plena igualdad, durante un proceso penal, se encuentra el "derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior". Por su parte, el art. 14.5 del PIDCP señala textualmente que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la Ley".

Interpretando estas convenciones, MAIER ha dicho que ellas "están llamadas a modificar... la base político-criminal del concepto de recurso en nuestro derecho procesal penal", en un triple sentido: en primer lugar, "el recurso contra la sentencia de los tribunales de juicio se debe elaborar como una garantía procesal del condenado, que tiene derecho a que su sentencia sea revisada por un tribunal superior, y, al mismo tiempo, perder por completo su carácter de medio de control estatal de los ór-

ganos judiciales superiores del Estado sobre sus inferiores"; en segundo lugar, el recurso contra la sentencia "ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento, que corresponde también a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente..."; y, en tercer lugar, "el recurso de casación se debe transformar: dejarán de regir las limitaciones impuestas al condenado para recurrir la sentencia según su gravedad... y se ampliará el ámbito de revisión del fallo hasta admitir la máxima posibilidad de crítica que permite el carácter público y oral del debate que sostiene necesariamente... a la sentencia".[9]

Un breve análisis de las características generales del régimen de recursos instaurado en Chile a partir del proceso de reforma procesal penal nos permitirá juzgar la consistencia del sistema chileno con este ideario.

3. CARACTERISTICAS GENERALES DEL REGIMEN DE RECURSOS EN EL CPP

El régimen de recursos que instaura el CPP chileno significa un nivel de avance importante hacia la consideración de los recursos como un derecho del imputado y no ya como un mecanismo para asegurar la centralización del poder estatal. Sin embargo, como veremos a continuación, no todas sus características parecen apuntar en esta misma dirección.

En lo que sigue, trataremos de analizar, a modo de introducción, las que a nuestro juicio son las características más descriptivas de este nuevo régimen.

3.1. DISMINUCIÓN DE LA INTENSIDAD DEL RÉGIMEN DE RECURSOS

La primera característica del nuevo régimen de recursos que establece el CPP es la disminución de su intensidad o, si se prefiere,

[9] MAIER (J.), cit., t. I, pp. 708-9.

de la frecuencia e importancia de su utilización como vía de impugnación.

La razón de esta disminución surge de una fuerte crítica a la situación vigente en esta materia antes de la reforma procesal penal. Como expresa el propio Mensaje del Proyecto de Ley que dio origen al nuevo Código Procesal Penal: "El modelo vigente funciona sobre la base de un muy intenso sistema de controles verticales. Se puede decir que todas las decisiones de relevancia que un juez del crimen adopta son objeto de revisión, incluso sin reclamación de parte, por sus superiores jerárquicos. Este sistema, que se explica históricamente por la necesidad de controlar a un órgano único en primera instancia, con exceso de atribuciones, ha contribuido con fuerza a la irracionalidad administrativa del sistema, a la desvalorización de las decisiones del juez individual y a las ya mencionadas burocratización y pérdida de individualidad de la función judicial y su proyección pública".[10]

La disminución de la intensidad del régimen de recursos se va a manifestar, en primer lugar, en la desaparición del mecanismo de la *consulta*, que permitía la revisión de oficio de ciertas resoluciones judiciales aun en el caso en que las partes no hubieren interpuesto recursos contra ellas. La desaparición de este mecanismo, que llegó a ser calificado como un "verdadero fósil jurídico",[11] supone definir la posibilidad de recurrir en términos del agravio y del interés de los intervinientes, quienes pasarán a tener así la exclusiva legitimación activa para provocar la revisión de las resoluciones judiciales en el marco del proceso penal.[12]

[10] Mensaje del Ejecutivo en *Código Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Oficial, Santiago, 2002, p. 40.

[11] CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, cit., p. 303.

[12] Discrepamos con CHAHUAN SARRAS, quien sostiene que la consulta sigue siendo un trámite exigido en el caso de delitos terroristas, conforme a lo previsto por el art. 19 N° 7 letra e) de la Constitución Política de la República, porque esta disposición exige tal trámite con respecto a "la resolución que otorgue la libertad provisional a los procesados por los delitos a que se refiere el art. 9°", norma que, así redactada, resulta actualmente inaplicable, porque en el nuevo sistema procesal penal no existen resoluciones que otorguen la "libertad provisional" ni "procesados", y no parece posible extender la norma a la resolución que niega lugar a la prisión preventiva solicitada con respecto al imputado. Cfr. CHAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 334.

La segunda manifestación de la menor intensidad del régimen de recursos va a consistir en una clara limitación de la facultad de recurrir, que no tendrá ya la misma amplitud del sistema anterior. Aunque el recurso de apelación no desaparece del todo, su ámbito de aplicación se restringe severamente al declararse improcedente respecto de las sentencias definitivas dictadas tras un juicio oral y de todo tipo de resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal. El ámbito del recurso de apelación queda reducido a las resoluciones más importantes dictadas por el juez de garantía en los casos excepcionalmente previstos por la ley.[13]

La instauración de estas limitaciones, que implican una atenuación de los sistemas de *control vertical*, esto es, el tipo de control proveniente de los superiores jerárquicos, se encuentra en el hecho compensada por la mayor intensidad del denominado *control horizontal*, esto es, el que proviene de una "efectiva intervención de las propias partes o interesados en la formación de la resolución judicial".[14] Teniendo en consideración la nueva división de los poderes procesales en distintos órganos de persecución penal, el Mensaje ha de explicar lo anterior señalando que "el sistema propuesto plantea un conjunto mucho más complejo de órganos y de relaciones entre ellos en el nivel de la instancia general. A partir de ese diseño, el sistema de controles de la actuación de cada uno de los funcionarios públicos que intervienen está dado por la intervención de los otros en las distintas etapas del procedimiento. Estas han sido diseñadas con el objetivo de evitar la concentración de facultades y lograr que cada una de las decisiones de relevancia sea objeto de consideración por más de uno de los órganos del sistema, así como de un debate previo con la mayor transparencia posible".[15]

[13] Vid. infra XI.C.3.

[14] CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, cit., p. 303.

[15] Mensaje del Ejecutivo en *Código Procesal Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Oficial, Santiago, 2002, p. 40.

3.2. Desaparición de la doble instancia como método de control de la sentencia definitiva

Aunque la hemos mencionado ya, integrando la característica anterior, la desaparición de la doble instancia como mecanismo de control de la sentencia definitiva merece, por su importancia, una consideración especial.

En efecto, como limitación al ámbito de aplicación de los recursos, la inadmisibilidad del recurso de apelación en contra de las resoluciones que se pronuncian sobre incidentes promovidos durante la audiencia del juicio oral fue absolutamente pacífica durante la tramitación del proyecto de ley que culminó en la dictación del CPP. Como resultaba obvio, un régimen que admitiera la posibilidad de interponer apelaciones contra este tipo de resoluciones entorpecería el normal desarrollo del debate.[16]

Completamente distinta fue, sin embargo, la decisión de declarar inadmisible el recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas en el procedimiento ordinario. La existencia de una larga tradición en nuestro país, que asignaba al recurso de apelación contra la sentencia definitiva el carácter de una garantía para el imputado, se hizo presente durante el debate legislativo, defendiendo la subsistencia del recurso de apelación en el nuevo sistema.[17]

En efecto, la supresión del recurso de apelación como método de control de la sentencia definitiva dictada tras un juicio oral fue, en primer lugar, justificada en el Mensaje del Proyecto del Ejecutivo como una necesidad impuesta por los principios de oralidad e inmediación. Refiriéndose a la apelación y a la consulta, señaló el Mensaje que se trataba de "mecanismos de control que no resultan en general compatibles con el nuevo sistema". Y agregó: "La primera razón para ello dice relación con la contradicción entre la forma de tramitación de esos recursos y la centralidad del juicio oral en el procedimiento propuesto.

[16] De hecho, esta misma circunstancia fue tenida en cuenta por los legisladores para declarar incluso inadmisible, a su respecto, el recurso de reposición (vid. art. 290 CPP).

[17] Vid. PEREIRA ANABALON (H.), "Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal", Gaceta Jurídica Nº 223, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, noviembre de 1999, pp. 15-21.

La vigencia de un sistema oral requiere que el fundamento fáctico de la sentencia provenga de la apreciación directa de las pruebas que los jueces obtienen en el juicio. En consecuencia, su revisión por parte de jueces que no han asistido al juicio y que toman conocimiento de él por medio de actas, lo priva de su centralidad confiriéndosela, en cambio, a la tramitación del recurso de apelación".[18]

La contradicción existente entre el recurso de apelación y los principios de inmediación y oralidad fue expuesta, luego, con gran vigor, durante la tramitación legislativa del proyecto. Conforme a los antecedentes contenidos en la historia de la ley, cuando en la Cámara de Diputados "se consultó qué pasaría si el proceso oral se aprobare y este recurso de apelación fuere equivalente a lo que existe actualmente", la respuesta fue tajante: "Se contestó que no habría juicio oral".[19] Y se añadió: "La oralidad del procedimiento requiere que el tribunal que conoce el juicio tenga el máximo poder de decisión. Si en vez de darle el poder de decisión final al tribunal que asiste al juicio oral se le otorga a otro tribunal, que conocerá de la causa por la vía de la lectura del expediente, se estaría poniendo el centro del debate en la lectura del expediente y no en el juicio oral", con lo cual "se terminaría privilegiando la opinión del tribunal menos informado por sobre la opinión del tribunal más informado".[20]

Por supuesto, la observación anterior podía ser respondida proponiendo establecer un recurso de apelación que no se basara en la revisión del expediente, sino en un debate oral que reprodujera íntegramente el juicio, pero la respuesta era también obvia. Estaba, en primer lugar, el problema de su "elevado costo", según se dejó constancia en la Cámara de Diputados.[21] Pero había un fundamento mayor, que explica también MAIER: "Si se tiene presente la necesidad de un juicio público como fundamento obligado de la sentencia –con sus consecuencias carac-

[18] Mensaje del Ejecutivo en *Código Procesal Penal,* Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición Oficial, Santiago, 2002, pp. 40-41.

[19] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 362.

[20] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 362. La mención a una preferencia por el tribunal menos informado sobre el tribunal más informado alude a una afirmación hecha por BINDING hace casi un siglo. Cfr. MAIER (J.), cit., t. I., p. 719.

[21] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 362.

terísticas: oralidad del debate, presencia ininterrumpida de todos sus protagonistas, en especial de los jueces que dictarán sentencia, únicos habilitados para emitir el fallo–, entonces cualquier posibilidad de nuevo examen amplio por un tribunal que no estuvo presente en él pasa por un nuevo juicio..." y "lo cierto es que este nuevo juicio, concebido de esa manera, no representa un reexamen del anterior o de su resultado, sino, por el contrario, una *segunda "primera instancia"*, cuyo resultado (sentencia) –acertado o desacertado– depende, exclusivamente, de su propio debate, que le sirve de base".[22] Lo que se trata de explicar es que la repetición del juicio convertiría a la primera instancia en algo banal. Como el nuevo juicio sería siempre un nuevo debate con sus propias características (nada ni nadie podría, por ejemplo, garantizar que concurrieran los mismos testigos y declararan de la misma manera), lo cierto es que el juicio anterior no tendría finalmente ninguna influencia en la decisión definitiva. Si se iba a confiar en el tribunal de alzada, era mejor encomendarle desde ya *al tribunal de alzada* la resolución de la controversia, y esto no era algo muy distinto de lo que proponía el propio proyecto si se consideraba que el tribunal de juicio oral en lo penal es un tribunal colegiado compuesto por tres miembros, el mismo número de jueces que integran las salas de las Cortes de Apelaciones en nuestro país.

El problema a resolver, entonces era de orden constitucional. La supresión del recurso de apelación abría una discusión en torno a la mejor manera de defender los principios constitucionales del debido proceso y de garantizar el derecho de defensa. Porque ésos son los valores que consideran comprometidos quienes se oponen a la supresión del recurso de apelación. Como expone FERRAJOLI: "El doble examen del caso bajo juicio es el valor garantizado por la doble instancia de la jurisdicción, doble instancia que es, al mismo tiempo, una garantía de legalidad y de responsabilidad contra la arbitrariedad. Al ser los jueces independientes, aunque sometidos a la ley, la principal garantía contra la arbitrariedad, el abuso o el error es la impugnación

[22] La expresión "*segunda 'primera instancia'*", destacada en el original, la reconoce MAIER utilizada anteriormente por ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, con referencia, por su parte, a "juristas alemanes". MAIER (J.), cit, t. I, p. 719, nota 441.

del juicio y su reexamen. A falta de doble examen, los principios de imparcialidad y de sujeción de los jueces tan sólo a la ley quedarían privados de garantía, en tanto la arbitrariedad, el abuso o el error no serían censurados y reparados en una segunda instancia de juicio".[23]

El argumento más fuerte que debía superar, entonces, la supresión del recurso de apelación, era la imputación de que las normas que así lo disponían atentaban contra los derechos fundamentales reconocidos por los arts. 8.2.h. de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14.5 del PIDCP.[24] Este argumento fue defendido ante el Senado por el profesor PEREIRA ANABALON, para quien las normas del proyecto eran inconstitucionales "en la medida que privan al imputado del derecho de recurrir de apelación contra la sentencia pronunciada en el juicio oral, por vulnerar la garantía del debido proceso de derecho y los arts. 5° y 19, N° 3°, inciso 5°, de la Constitución Política y 8°, N° 2, letra h) y 29 letra b) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".[25] Su planteamiento, sin embargo, no encontró terreno fértil. La historia legislativa deja constancia que, replicando, los profesores RIEGO Y TAVOLARI plantearon que, conforme a lo declarado por "tribunales internacionales" el derecho a recurrir no era sinónimo de "recurso de apelación", citando, según las actas, "dos fallos del tribunal español, en el sentido de que se cumple con el derecho a revisión por la casación abierta no excesivamente formalista, que permite a las partes obtener una revisión de lo ocurrido durante el juicio oral".[26] Tras escuchar la opiniones conver-

[23] FERRAJOLI (L.), *Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia*, cit., p. 38.

[24] La tesis de que el art. 14.5 PIDCP garantiza un derecho a la segunda instancia ha sido defendida en Italia por FERRAJOLI (L.), *Los valores...*, cit., pp. 38-39, y en España, entre otros, por LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.), cit., pp. 546-548.

[25] El argumento aparece así expuesto, a modo de conclusión, en PEREIRA ANABALON (H.), cit., p. 21.

[26] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 362. Es probable que la referencia a los tribunales internacionales aluda a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que interpretando el art. 6.1 del CEDH, ha declarado que el Convenio no obliga a los Estados a establecer tribunales de apelación o casación (vid. LOPEZ BARJA DE QUIROGA (J.), cit., pp. 549 y ss.). La Corte Interamericana de Derechos Humanos aún no se ha pronunciado sobre el tema, aunque sí lo ha hecho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al opinar que "el recurso de casación satisface los requerimientos de la Convención, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista, sino que permita con re-

gentes de los senadores DIEZ, VIERA GALLO, y del presidente de la Corte Suprema, en orden a que el recurso de apelación era incompatible con el juicio oral y que los pactos internacionales no se referían a la apelación, el Senado "coincidió con el mérito de la propuesta, en orden a que no sea apelable la sentencia pronunciada por el tribunal de juicio oral".[27]

La opción legislativa chilena está lejos de cerrar el debate doctrinario, porque hay quienes consideran el principio de la doble instancia como un valor constitucional de rango superior al principio de inmediación. Como afirma FERRAJOLI: "reexamen quiere decir renovación integral del juicio por parte de un juez distinto sobre la cuestión, aunque sea la parcial y específica sometida a la apelación. Aunque si bien es cierto... que en el sistema actual un reexamen de este tipo contradice el principio acusatorio de la inmediación, pienso que es éste precisamente el precio que se debe pagar por el valor de la doble instancia, si queremos salvar la esencial función garantista".[28]

A nuestro juicio, la decisión legislativa de suprimir en Chile el recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas dictadas en juicio oral está lejos de sacrificar ninguna garantía fundamental.[29] Habiéndose concebido en primera instancia un

lativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida, en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del imputado, en especial los de defensa y debido proceso (Informe 24/92, citado por MAIER (J.), cit., p. 721, nota 444). Las dos sentencias del "tribunal español" a que se hace referencia, son probablemente las sentencias del Tribunal Constitucional español dictadas con fecha 5 de julio de 1982 (STC 42/1982) y 3 de marzo de 1988 (STC 37/1988). En la primera sentencia, el TCE resolvió un recurso que comprendía la alegación del Ministerio Fiscal de que el art. 14.5 del PIDCP "consagra, para la jurisdicción penal, el principio de la doble instancia" (N° 6 de los antecedentes), declarando que el derecho contenido en dicho artículo "no es bastante para crear por sí mismo recursos inexistentes" (fundamento 3). En la segunda sentencia, el TCE declaró más específicamente que: "De la lectura del artículo 14.5 del Pacto 'se desprende claramente que no establece propiamente una doble instancia', sino un sometimiento del fallo y de la condena a un Tribunal Superior, y como esos requisitos se dan en nuestra casación, este tribunal ha entendido que tal recurso a pesar de su cognición restringida, cumple la función revisora y garantizadora exigida por el art. 14.5 del Pacto". (fundamento 5).

[27] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 363-364.

[28] FERRAJOLI (L.), cit., *Los valores...*, cit., p. 39.

[29] En Chile se han manifestado ya de acuerdo con la idea que el derecho al recurso no es sinónimo de un derecho a la doble instancia, CAROCCA PEREZ

tribunal colegiado integrado por tres miembros, cuyas decisiones son impugnables a través del recurso de nulidad, y habiéndose estructurado este último como un recurso desformalizado, que permite controlar, según veremos, el respeto a los derechos y garantías comprometidos en el procedimiento penal y la conformidad de la sentencia con las reglas de la sana crítica, la posibilidad de apelación habría resultado del todo superflua.[30] Lo que resulta realmente trascendente desde el punto de vista del derecho al recurso no es la doble instancia, sino la *doble conformidad.* A ella nos referiremos inmediatamente a continuación.

3.3. Exigencia de doble conformidad judicial

La tercera característica del régimen de recursos del CPP chileno es la exigencia de *doble conformidad,* también conocida de una manera menos elegante, fonéticamente, como "regla de la *doble conforme*".

En efecto, descartada la identidad entre derecho al recurso y la doble instancia propia del recurso de apelación, esa garantía ha sido identificada con el "derecho a lograr un nuevo juicio" cuando "mediante el recurso se comprueba que la condena, por fallas jurídicas en el procedimiento, en la percepción directa de los elementos de prueba por parte del tribunal que la dictó o, incluso, por fallas en la solución jurídica del caso, no puede ser confirmada como intachable y, por ende, no se sostiene frente al recurso".[31] La doble conformidad supone, entonces, que

(A.), *Nuevo proceso penal,* cit., p. 312; CHAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 335; y OTERO LATHROP (M.), cit., p. 119.

[30] De hecho, la preocupación por el respeto al derecho al recurso estuvo presente en la discusión legislativa del recurso de nulidad, particularmente en cuanto a la necesidad de establecer causales genéricas que le reconocieran un alcance amplio. Así, se dejó constancia en la discusión legislativa del proyecto en el Senado que "Se tuvo en cuenta que, si bien la exigencia del artículo 8° del Pacto San José de Costa Rica con respecto al derecho de revisión del fallo condenatorio por un tribunal superior no supone necesariamente una revisión de los hechos, requiere desde el punto de vista del condenado un recurso amplio, sin muchas formalidades, que facilite la revisión por parte del tribunal superior" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 369-370).

[31] MAIER (J.), cit., t. I, p. 720.

la condena debe ser capaz de subsistir el reexamen en un nuevo juicio, si se cumplen los requisitos que habilitan la revisión.

La exigencia de la doble conformidad puede ser reconocida como una característica del régimen de recursos chileno, porque está consagrado como vía de impugnación de la sentencia dictada en un juicio oral el *recurso de nulidad,* concebido como un recurso amplio, sin restricciones de acceso provenientes de un excesivo formalismo, y que permite en términos generales la invalidación del juicio oral y la sentencia cuando existe una infracción sustancial de derechos o garantías constitucionales referida a las formalidades del juicio o a los hechos que se hubieren dado por probados, permitiendo la revisión del respeto a los límites a la valoración de la prueba impuestos por las reglas de la sana crítica.

Debe tenerse presente, sin embargo, que la exigencia de la doble conformidad supone la doble conformidad con la sentencia condenatoria, lo que podría dar lugar hasta a tres juicios. Como explica FERRAJOLI, el derecho al recurso reconocido por el art. 14.5 PIDCP conlleva "el derecho del imputado a tener no sólo un doble juicio concordante en caso de condena", sino que "en hipótesis debería querer decir también un tercer juicio, cuando el primero fuera de absolución y el segundo de condena".[32] Esta posibilidad está reconocida explícitamente por el inciso final del art. 387 CPP.

3.4. CARÁCTER BILATERAL DE LA FACULTAD DE RECURRIR E IMPUGNABILIDAD DE LAS SENTENCIAS ABSOLUTORIAS

La cuarta característica del régimen de recursos en el CPP chileno es el carácter bilateral de la facultad de recurrir, esto es, la posibilidad de que la parte acusadora recurra en contra de la sentencia definitiva, incluyendo el caso de sentencia absolutoria.

Tal posibilidad está contemplada, en términos generales, en el art. 352 CPP, conforme al cual "podrán recurrir en contra de las resoluciones judiciales el ministerio público y los demás intervinientes agraviados por ellas".

[32] FERRAJOLI (L.), *Los valores...*, cit., pp. 38-39.

Es interesante mencionar que durante la discusión legislativa del proyecto de CPP, el Fiscal Nacional solicitó que se precisara que los fiscales tendrían derecho a recurrir "aunque el ministerio público no resulte agraviado, en interés de la ley o de la justicia".[33] Esta solicitud fue rechazada por el Senado, que estimó que "el fundamento inherente al recurso es el agravio, de modo que, para no asignar un papel de privilegio frente a los demás intervinientes, sólo podría recurrir cuando es agraviado".[34] El Senado, entendiendo que la preocupación del Fiscal Nacional era la dificultad que podría eventualmente presentar la determinación del agravio, dejó expresa constancia "que se considera que el ministerio público es agraviado cuando no fueren acogidas sus peticiones de cualquier manera, sea en la calificación del delito, en la extensión de la pena o en el grado de participación que le haya cabido al imputado, es decir, tanto si la sentencia concede menos como si concede más de lo que el fiscal hubiere pedido".[35]

Si alguna duda podría haber quedado en torno a la posibilidad de recurrir en contra de sentencias absolutorias, una somera revisión del CPP chileno la disipa completamente, ya que existen a lo menos tres disposiciones que se refieren claramente a esta posibilidad.

Así, el art. 109 letra f) CPP consagra como un derecho de la víctima "impugnar... la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento"; el art. 153 ordena al tribunal poner término a la prisión preventiva cuando dictare sentencia absolutoria, sobreseimiento definitivo o temporal, "aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas", y el art. 387 inc. 2º CPP, se pone en el caso de que la sentencia "que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria".[36]

No obstante la clara situación normativa de este tema en la ley chilena, debe decirse que la posibilidad de impugnar sentencias absolutorias está lejos de ser generalmente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia de otros países.

---

[33] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 353.

[34] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 353.

[35] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 353-354.

[36] Pueden mencionarse también los artículos 355 y 379 inc. 1º CPP, que distinguen los efectos de los recursos según se hubieren interpuesto o no en contra de una "sentencia definitiva condenatoria".

Así, por ejemplo, MAIER considera que "el recurso contra la sentencia ya no puede ser concebido como una facultad de todos los intervinientes en el procedimiento que corresponde a los acusadores, en especial al acusador público (fiscal), para remover cualquier motivo de injusticia de la sentencia, conforme a las pretensiones de los otros intervinientes distintos del condenado penalmente". A su juicio, el recurso debería perder su carácter bilateral "para transformarse en un derecho exclusivo del condenado a requerir la *doble conformidad* con la condena, condición de la ejecución de una pena estatal; ello equivale a decir que sólo la condena penal dictada por un tribunal de juicio es recurrible y sólo lo es por el condenado: la absolución –salvo el caso de aplicación de una medida de seguridad y corrección– y la condena no recurrida a favor del imputado quedan firmes por su solo pronunciamiento y cualquier persecución penal posterior debe ser considerada un *bis in idem*".[37]

El principio bajo el cual se resuelve el problema en los Estados Unidos es, precisamente, el que nosotros conocemos como *non bis in idem.* En efecto, la Corte Suprema norteamericana ha considerado que, cuando un jurado en un caso criminal llega a un veredicto de "no culpable" (*not guilty),* la prohibición contra la doble incriminación impide la nueva persecución de la misma ofensa. La garantía constitucional invocada allá es la prohibición de doble exposición (*double jeopardy prohibition),* que está incorporada en la Quinta Enmienda y que dispone, en lo pertinente, que "ninguna persona será sometida a ser puesta dos veces en peligro de vida o aislamiento por la misma ofensa" (*no person shall be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb*). El caso fundamental es *United States v. Ball,*[38] que data

[37] MAIER (J.), cit., t. I, p. 709. Dice también MAIER, analizando el problema desde el concepto de "derecho al recurso" consagrado en la CADH que "la Convención regional no se propone ni se puede proponer 'defender' al Estado, sino, por el contrario, conceder una garantía a quien sufre la coacción estatal. La Convención –como nuestra Constitución cuando define los derechos y garantías de los habitantes– se refiere, precisamente, a las garantías procesales frente a la acción y a la fuerza aplicada por el Estado. Interpretar estas garantías en perjuicio del garantizado, como naturalmente lo hacen nuestros tribunales en múltiples fallos, incluida nuestra Corte Suprema, representa una verdadera hipocresía". MAIER (J.), cit., p. 711.

[38] 163 U.S. 662 (1896).

del año 1896 y que ha sido considerado como la "piedra angular" de la jurisprudencia sobre doble exposición.[39] La justificación de política pública de la regla se encuentra expresada con toda claridad en *United States v. Scott:*[40] "permitir un segundo juicio después de una absolución, sin importar cuán errónea la absolución pueda haber sido, presentaría un inaceptable alto riesgo de que el Gobierno con sus recursos abrumadoramente superiores pudiera agotar al acusado para que, 'aunque inocente', pudiera ser encontrado culpable".[41]

No obstante lo criticable que, desde una perspectiva doctrinaria, pueda ser el carácter bilateral de la facultad de recurrir, ella debe ser admitida, sin embargo, como una característica más del régimen de los recursos en el CPP chileno.

3.5. PROHIBICIÓN DE LA *REFORMATIO IN PEIUS*

La última característica general que, a nuestro juicio, debe ser reconocida al régimen de recursos del CPP chileno es la prohibición de la *reformatio in peius.* Aunque nos hemos referido ya a esta garantía en otra parte de esta obra,[42] convendrá aquí recordar que consiste en la prohibición que pesa sobre el tribunal que revisa una resolución jurisdiccional por la interposición de un recurso, de modificarla en perjuicio del imputado, cuando ella sólo hubiese sido recurrida por él o por otra persona autorizada por él, en su favor.

El principio está reconocido entre las disposiciones generales aplicables a todo recurso, en el art. 360 CPP.

---

[39] Vid. LaFAVE, W., ISRAEL, J., y KING, N., cit., p. 1182.

[40] 437 U.S. 82 (1978).

[41] "To permit a second trial after an acquittal, however mistaken the acquittal may have been, would present an unacceptably high risk that the Government with its vast superior resources, might wear down the defendant so that, 'even though innocent, he may be found guilty'". (Traducción nuestra.) *United States v. Scott,* 437 U.S. 82 (1978), citado por LaFAVE, W., ISRAEL, J., y KING, N., cit., p. 1182.

[42] Vid. tomo I, III.D.3.1.3.4.

4. REGLAS APLICABLES

Los recursos en materia penal están regidos por reglas especiales relativas a cada uno de ellos, que están contenidas en el Libro Tercero. El Título II de dicho libro contiene las reglas especiales relativas al recurso de reposición, el Título III, las reglas relativas al recurso de apelación y el Título IV, las relativas al recurso de nulidad. Se aplican supletoriamente, a todos ellos, las disposiciones generales sobre recursos en materia penal, contenidas en el Título I (arts. 352 a 361). Supletoriamente a las anteriores, se le aplican también, por remisión del art. 361 CPP, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP (arts. 281 a 351).

La decisión legislativa de generar disposiciones generales aplicables a todos los recursos y de resolver la aplicación supletoria de las normas relativas al juicio oral tuvo por objeto específico evitar la aplicación supletoria de las reglas de procedimiento que regulan las vistas de las causas en materia civil.[43] Aunque lo anterior se logró, en gran medida, ocasionalmente se producen vacíos menores que deben ser llenados mediante la aplicación del art. 52 CPP, que considera aplicables en forma supletoria a todas las anteriores las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

Debe advertirse, sin embargo, que esta última afirmación no es pacífica. Como decíamos durante la tramitación legislativa del proyecto que culminó en el nuevo CPP, el Senado modificó el texto del art. 424 del proyecto del Ejecutivo que declaraba aplicables, supletoriamente, en materia penal, las disposiciones sobre la apelación civil, "contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Penal", reemplazando esa norma por la que aparece hoy en el actual art. 361 CPP que se remite, en cambio, a las reglas sobre el juicio oral, contenidas en el Título III del Libro Segundo de este Código. Esta decisión se adoptó porque "el Senado estimó que una remisión a las normas

[43] Vid., PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 356.

comunes de la apelación civil, podría entrabar el recurso, porque son sistemas incompatibles, y porque el CPC está enfocado hacia un procedimiento inquisitivo y escrito".[44]

Parte de la doctrina ha entendido que lo anterior significa que, en materia de recursos, no son nunca aplicables las disposiciones comunes a todo procedimiento del Código de Procedimiento Civil, asumiendo que el artículo 361 CPP limitaría así, en esta materia, la remisión general que el artículo 52 del Código de Procedimiento Penal hace a las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro I del Código de Procedimiento Penal.

En nuestra opinión, el artículo 361 CPP no suprime completamente la remisión del CPP a las normas comunes del CPC, sino que sólo intercala, con carácter preferente en el orden supletorio, las reglas del juicio oral. Allí donde las reglas del juicio oral no alcanzan a resolver el vacío, entendemos, sin embargo, que es perfectamente posible acudir a las normas comunes a todo procedimiento que rigen en materia civil, porque de lo contrario el vacío legal queda sin solución.

Como veremos a lo largo de este capítulo, existen ocasiones en que el CPP parece asumir que, si no incluye una regla especial, tendrán aplicación supletoria las reglas del procedimiento civil. Así, por ejemplo, lo hace el artículo 357 inc. 1° CPP cuando declara que "la vista de los recursos penales no podrá suspenderse por las causales previstas en los numerales 1, 5, 6 y 7 del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil". En otras ocasiones, la norma procesal civil parece servir conceptualmente de base a la aplicación de la norma procesal penal. Así sucede, por ejemplo, cuando el art. 369 CPP declara que la apelación se concederá "en el solo efecto devolutivo", norma que presupone el contenido normativo del art. 191 CPC, o cuando el art. 362 CPP regula la procedencia de los recursos aludiendo a las categorías conceptuales que resultan de la clasificación de las resoluciones judiciales contenida en el art. 158 CPC. Existe, por último, una serie de circunstancias en que se da un com-

[44] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 360.

pleto vacío normativo, que no puede ser llenado sino con referencia al Código de Procedimiento Civil. Así ocurre, por ejemplo, con el art. 365 CPP que ordena al tribunal "conceder o denegar el recurso" sin precisar los aspectos a los cuales se extiende el control de admisibilidad, o como ocurre con la posibilidad de decretar una "orden de no innovar", que el CPP supone posible en diversas disposiciones, pero sin regularla del modo establecido en el art. 192 CPC.

En todas estas circunstancias, no vemos razón alguna en el texto de la ley, ni en los motivos que tuvo el Senado para declarar la aplicación supletoria preferente de las reglas del juicio oral, para negar la posibilidad de aplicar, supletoriamente a esas reglas, las disposiciones comunes del Código de Procedimiento Civil. Indudablemente, esta aplicación supletoria debe ser cuidadosa porque no puede autorizar al intérprete para soslayar la aplicación preferente de las reglas del juicio oral. Pero en todo lo que no aparezca allí regulado, se trata de una remisión que sigue, a nuestro juicio, legitimada y amparada normativamente por el art. 52 CPP.

B. *RECURSO DE REPOSICION*

1. CONCEPTO

El recurso de reposición ha sido definido como "el remedio procesal tendiente a obtener que en la misma instancia en la cual fue dictada una resolución se subsanen, por el mismo juez, por la totalidad de los miembros del tribunal al que éste pertenece, o por el mismo tribunal, los agravios que aquélla pudo haber inferido".[45]

La característica fundamental del recurso de reposición es que se interpone por la parte agraviada ante el mismo tribunal que dictó la resolución impugnada, con el objeto de que este mismo la revise y resuelva su revocación o modificación.

[45] LINO (E.), cit., p. 37.

2. REGLAS APLICABLES

El recurso de reposición en materia penal está regido por las reglas especiales relativas a este recurso contenidas en el Título II del Libro Tercero CPP (arts. 362 y 363) y las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, contenidas en el Título I del Libro Tercero CPP que le resulten aplicables (arts. 352 a 355 y art. 360 CPP). Supletoriamente a las anteriores, se le aplican también, por remisión del art. 361 CPP, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP que le resulten aplicables y, finalmente, en forma supletoria a todas las anteriores, por remisión del art. 52 CPP, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil relativas al recurso de reposición (especialmente, art. 181 CPC).

3. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

En el procedimiento penal chileno, el recurso de reposición procede en contra de las sentencias interlocutorias, autos y decretos (art. 362 CPP). Atendiendo a la clasificación de las resoluciones judiciales establecida por el art. 158 CPC esto significa que, por regla general, la reposición penal permite impugnar todas las categorías de resoluciones judiciales con la sola excepción de la sentencia definitiva.[46]

El CPP establece una diferencia en cuanto al plazo, forma de interposición, tramitación y fallo del recurso de reposición, según se dirija en contra de una resolución dictada en una audiencia oral o fuera de ella.

---

[46] El art. 158 CPC establece: "Las resoluciones judiciales se denominarán *sentencias definitivas, sentencias interlocutorias, autos* y *decretos*. Es *sentencia definitiva* la que pone fin a la instancia, resolviendo la cuestión o asunto que ha sido objeto del juicio. Es *sentencia interlocutoria* la que falla un incidente del juicio, estableciendo derechos permanentes a favor de las partes, o resuelve sobre algún trámite que debe servir de base en el pronunciamiento de una sentencia definitiva o interlocutoria. Se llama *auto* la resolución que recae en un incidente no comprendido en el inciso anterior. Se llama *decreto, providencia* o *proveído* el que, sin fallar sobre incidentes o sobre trámites que sirvan de base para el pronunciamiento de una sentencia, tiene sólo por objeto determinar o arreglar la substanciación del proceso".

4. PLAZO, FORMA, EFECTOS Y TRAMITACION DEL RECURSO

4.1. Resoluciones dictadas fuera de audiencias

El recurso de reposición en contra de las resoluciones dictadas fuera de audiencias debe interponerse en el plazo de tres días (art. 362 inc. 1° CPP). Se trata de un plazo de días corridos, fatal e improrrogable que, si venciere en día feriado, debe entenderse ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado (arts. 14 y 16 CPP).

El recurso debe interponerse por escrito y debe ser fundado (art. 362 inc. 1° CPP). Por recurso "fundado" debe entenderse aquel que expresa sus fundamentos de hecho y de derecho y contiene peticiones concretas que se someten a la resolución del tribunal.

El tribunal debe pronunciarse, por regla general, de plano, pero puede, facultativamente, oír a los demás intervinientes si estima que la complejidad del asunto lo hace aconsejable (art. 362 inc. 2° CPP).

Si la reposición se interpone respecto de una resolución que también es susceptible de apelación, el agraviado debe interponer también, subsidiariamente, ese recurso, para el caso de que la reposición fuere denegada, ya que si así no lo hace, la ley entiende que la parte ha renunciado al recurso de apelación (art. 362 inc. 3° CPP).

La interposición del recurso, por regla general, no tiene efectos suspensivos, a diferencia de lo que ocurre con la interposición del mismo recurso en el procedimiento civil (art. 362 inc. final CPP). La disposición es una reiteración de lo previsto por el art. 355 CPP como regla general de los efectos de la interposición de los recursos en el CPP. Excepcionalmente, el recurso de reposición suspende el cumplimiento de la resolución cuando se interpusiere subsidiariamente un recurso de apelación que produzca este efecto (art. 362 inc. final CPP).

4.2. Resoluciones dictadas en audiencias orales

La situación de las resoluciones dictadas en audiencias orales está regulada por el art. 363 CPP, conforme al cual la reposición de

este tipo de resoluciones deberá promoverse verbalmente, tan pronto se dictaren, y sólo serán admisibles cuando no hubieren sido precedidas de debate.

La tramitación se efectúa en este caso verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronuncia el fallo (art. 363 CPP).

La posibilidad de impugnar resoluciones dictadas en audiencias orales sufre una excepción en el art. 290 CPP, que declara inadmisibles todo tipo de recursos en contra de las resoluciones que recayeran en incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia del juicio oral.

El antecedente que se tuvo en consideración para excluir la posibilidad de reposición en la audiencia del juicio oral es la opción legislativa por encomendar la resolución de los incidentes al tribunal colegiado y no al Presidente, lo que el Senado estimó que constituía garantía suficiente para las partes.[47]

Aunque el art. 290 CPP constituye norma especial respecto al art. 363 CPP, no debe entenderse que excluya absolutamente la posibilidad de que se interpongan recursos de reposición durante la audiencia del juicio oral, ya que éste podría caber en contra de los *decretos, providencias o proveídos*, que no activan la aplicación de la excepción en cuanto son, por definición, resoluciones que no recaen sobre incidentes.

En la impugnación de resoluciones dictadas en audiencias orales no cabe la apelación subsidiaria, ya que la interposición del recurso de apelación debe hacerse siempre por escrito (art. 367 CPP). Es por ello que la situación de la apelación subsidiaria está regulada en el art. 362 CPP, que se refiere a la reposición de las resoluciones dictadas fuera de audiencias.

[47] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 295-296.

C. *RECURSO DE APELACION*

1. CONCEPTO

El recurso de apelación se encuentra legalmente definido, en términos generales, por el art. 186 CPC como aquel que "tiene por objeto obtener del tribunal superior respectivo que enmiende, con arreglo a derecho, la resolución del inferior".

De una manera más precisa, podría ser definido como un recurso ordinario que puede interponer la parte agraviada por una resolución judicial, ante el tribunal que dictó una resolución, con el objeto de que su superior jerárquico, tras un nuevo examen de sus fundamentos de hecho y de derecho, la enmiende con arreglo a derecho, resolviendo su revocación o modificación en la forma solicitada por el recurrente.

La definición anterior pretende destacar las características más importantes de la apelación: se trata de un recurso ordinario, porque para su interposición no se requiere de una causal específica de interposición, bastando el requerimiento general de *agravio,* propio de todo recurso; se trata de un recurso que, formalmente, se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución (tribunal *a quo*), quien lo debe elevar, para su conocimiento y fallo, al tribunal jerárquicamente superior (tribunal *ad quem*) y, finalmente, da lugar a una amplia revisión de la resolución generando la *segunda instancia,* lo que implica que el tribunal superior puede revisar todas las cuestiones de hecho y de derecho consideradas en la resolución y que hayan sido impugnadas a través del recurso.

2. REGLAS APLICABLES

El recurso de apelación en materia penal está regido por las reglas especiales relativas contenidas en el Título III del Libro Tercero CPP (arts. 364 y ss.) y las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, contenidas en el Título I del Libro Tercero CPP (arts. 352 a 361). Supletoriamente a las anteriores, se le aplican también, por remisión del art. 361 CPP, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP (arts. 281 a 351) y, finalmente, en forma supletoria a to-

das las anteriores, por remisión del art. 52 CPP, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

3. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

En el procedimiento penal chileno, el recurso de apelación procede sólo contra las resoluciones dictadas *por los jueces de garantía* y sólo en los casos previstos por la ley (art. 370 CPP). Son inapelables todas las resoluciones dictadas por el tribunal de juicio oral en lo penal (art. 364 CPP).[48] Existe también, sin embargo, la posibilidad de apelar contra las resoluciones dictadas por otros tribunales en los casos de procedimientos especiales previstos por el CPP.

En definitiva, entonces, al tenor de las disposiciones legales pertinentes del CPP, son impugnables por la vía del recurso de apelación las siguientes resoluciones:

3.1. RESOLUCIONES DICTADAS POR EL JUEZ DE GARANTÍA

Las resoluciones dictadas por el juez de garantía son apelables en los siguientes casos (art. 370 letra a) CPP):

a) Cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días.[49]

No obstante lo anterior, constituyen excepciones a esta regla las siguientes resoluciones respecto de las cuales se declara expresamente improcedente el recurso:

---

[48] CHAHUAN SARRAS ha observado, correctamente, que esta norma es especial con respecto al art. 149 CPP, de manera tal que la resolución dictada por un tribunal de juicio oral que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la medida de prisión preventiva, no es apelable. CHAHUAN SARRAS (S.), cit., pp. 344-345.

[49] El plazo mínimo de treinta días de suspensión fue impuesto por el Senado, dejando constancia de que "la razón de esto es que el procedimiento admite la posibilidad de suspensión por muy variadas razones y de distinta entidad, de forma tal que si cualquier suspensión que se decretare habilitara para recurrir de apelación ante la Corte de Apelaciones, se podría ver seriamente entrabada la normal prosecución del caso" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 366).

i) La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento simplificado (art. 399 CPP).

ii) La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento por delito de acción privada (arts. 405 y 399 CPP).

b) Cuando la ley lo señalare expresamente.

La ley señala expresamente la procedencia del recurso de apelación en contra de resoluciones dictadas por el juez de garantía, en los siguientes casos:

1. La resolución que declara inadmisible la querella (art. 115 inc. 1° CPP);
2. La resolución que declara el abandono de la querella (art. 120 inc. final CPP);
3. La resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la prisión preventiva, cuando hubiere sido dictada en una audiencia (art. 149 CPP);
4. La resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca una medida cautelar general del art. 155 CPP (art. 155 inc. final CPP y art. 149 CPP);
5. La resolución que niega o da lugar a medidas cautelares reales (art. 158 CPP);
6. La resolución que se pronuncia acerca de la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 inc. 6° CPP);
7. La resolución que revoca la suspensión condicional del procedimiento (art. 239 CPP);
8. La resolución que decreta el sobreseimiento definitivo por no haber comparecido el fiscal a la audiencia de cierre de la investigación o haberse negado en ésta a declararla cerrada, encontrándose vencido el plazo legal para hacerlo (art. 247 CPP);
9. El sobreseimiento temporal y definitivo (art. 253 CPP);
10. La resolución que recae en las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, opuestas a la acusación como excepciones de previo y especial pronunciamiento (art. 271 inc. 2° CPP);
11. El auto de apertura del juicio oral, pero sólo por el ministerio público por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276 CPP (art. 277 inc. final CPP); y
12. La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado (art. 414 CPP).

En ningún otro caso las resoluciones judiciales dictadas por el juez de garantía son apelables.[50]

3.2. Resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones

Las resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones actuando como tribunal de primera instancia en procedimientos especiales regidos por el CPP son apelables para ante la Corte Suprema en los siguientes casos:

1. Resolución que se pronuncia sobre la petición de desafuero (art. 418 CPP).
2. Resolución que se pronuncia sobre la querella de capítulos (art. 427 CPP).

[50] En numerosas disposiciones legales, el CPP declara expresamente la improcedencia del recurso de apelación, normas que resultan superfluas en cuanto se trata de casos que no están comprendidos en ninguna de las dos hipótesis del art. 370 CPP. Así, por ejemplo, se declara la improcedencia de *todo tipo de recursos* en contra de la resolución que se pronuncie sobre el juicio inmediato (art. 235 inc. final CPP), la que resuelve incidentes promovidos en el transcurso de la audiencia del juicio oral (art. 290 CPP); la que regula los gastos de traslado y habitación que deben ser pagados al testigo en el caso del art. 312 CPP (art. 312 inc. 3° CPP); y la resolución que fallare el recurso de nulidad (art. 387 inc. 1° CPP). La improcedencia del *recurso de apelación* se declara también, específicamente, en contra de las resoluciones que negaren solicitudes del querellante en materia de forzamiento de la acusación (art. 258 inc. final). Como ha dicho MATURANA MIQUEL, estos preceptos "tienen un carácter redundante y perturbador" (MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 84). Un ejemplo de las perturbaciones que este tipo de reiteraciones provoca es el que se produce en el inciso final del art. 235 CPP, que en su inciso primero se refiere a la resolución que se pronuncia sobre la solicitud de juicio inmediato y en el inciso segundo ordena al juez, al término de la audiencia, dictar el auto de apertura del juicio oral. Al señalar el inciso final que "las resoluciones que el juez dictare *en conformidad a lo dispuesto en este artículo* no serán susceptibles de recurso alguno", se permite que, con una interpretación exegética, se argumente que el auto de apertura del juicio oral no es apelable en ese caso, lo que contradice el art. 277 inc. final CPP sin que exista ninguna razón para ello. Una interpretación razonable de la disposición exige entender el inciso final como referido exclusivamente al inciso primero de la norma y considerar la imprecisión en que ella incurre como una simple falta de prolijidad legislativa, que tiene aparentemente su origen en la circunstancia de que la posibilidad de impugnar el auto de apertura a través del recurso de apelación se planteó recién en el Senado, sin que se revisara ni ajustara, consecuentemente, el texto del art. 235 CPP.

3.3. Resoluciones dictadas por un Ministro de Corte Suprema

La sentencia dictada por un Ministro de Corte Suprema, actuando como tribunal unipersonal de excepción que se pronuncie sobre la extradición pasiva, es apelable para ante la Corte Suprema (art. 450 CPP).

4. LEGITIMACION ACTIVA

El recurso de apelación puede ser interpuesto por la parte agraviada, sea ésta el ministerio público o cualquiera de los demás intervinientes (art. 352 CPP).

Es importante reiterar aquí que la posibilidad de revisión en segunda instancia de una resolución judicial está completamente condicionada, en el nuevo CPP chileno, a la iniciativa de parte, ya que desaparece completamente el trámite de la *consulta.*

La única excepción aparente a esta afirmación se encuentra en la hipótesis prevista por el art. 414 inc. 2° CPP, que faculta al tribunal de alzada que conoce la apelación interpuesta en contra de la sentencia definitiva dictada en el procedimiento abreviado para pronunciarse de oficio acerca de la concurrencia de los presupuestos establecidos en el art. 406 CPP para haber dado a la causa la tramitación conforme al procedimiento abreviado.[51]

4.1. Renuncia y desistimiento del recurso

Conforme a las reglas generales aplicables a todos los recursos, el recurso de apelación se puede renunciar por el agraviado, ya sea en forma expresa o tácita.

La renuncia expresa está reconocida explícitamente en el CPP y tiene lugar una vez notificada la resolución contra la cual procediere (art. 354 CPP). La renuncia tácita opera, en cambio, por el solo hecho de no interponerse el recurso por la parte agraviada dentro del plazo legalmente establecido al efecto. Adicio-

[51] Vid. infra XII. B.

nalmente, el CPP considera también como una forma de renuncia tácita la circunstancia de que, al interponerse recurso de reposición, no se interpusiere también en forma subsidiaria el recurso de apelación para el caso de que la reposición fuere denegada (art. 362 inc. 2 ° CPP). Debe entenderse, por cierto, que esta forma de renuncia tácita opera sólo cuando la reposición es interpuesta en contra de resoluciones dictadas fuera de audiencia, ya que la apelación subsidiaria de la reposición planteada durante una audiencia oral es improcedente, toda vez que la apelación sólo puede interponerse por escrito.

El defensor no puede renunciar a la interposición del recurso de apelación sin mandato expreso del imputado (art. 354 CPP). A nuestro modo de ver, esta disposición se refiere exclusivamente a la renuncia expresa y no a la tácita, ya que la decisión de no interponer recursos o de optar entre una o más alternativas disponibles forma parte del ámbito de discrecionalidad que debe reconocerse a la defensa técnica, y ha sido tradicionalmente comprendida en nuestro país como parte de las facultades ordinarias del mandato judicial.[52]

Una vez interpuesto el recurso, el recurrente puede desistirse de él en cualquier momento anterior a su resolución, desistimiento que no afecta a los demás recurrentes ni a los adherentes al recurso (art. 354 inc. 2° CPP). El defensor requiere también mandato expreso del recurrente para desistirse del recurso interpuesto, de manera que si no cuenta con éste, el desistimiento es ineficaz (art. 354 inc. final CPP).

5. TRAMITACION DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL *A QUO*

5.1. PLAZO

El recurso de apelación debe interponerse ante el tribunal que dictó la resolución impugnada (art. 365 CPP) en el plazo de cinco días (art. 366 CPP). Se trata de un plazo de días corridos, fatal e improrrogable, que si venciere en día feriado, debe entenderse

[52] Vid., por todos, MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 79.

ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado (arts. 14 y 16 CPP).[53]

5.2. Forma de interposición del recurso

El recurso debe interponerse por escrito, lo que obviamente excluye la posibilidad de que se utilice como una forma de reacción inmediata frente a una resolución dictada en el transcurso de una audiencia (art. 367 CPP).

El recurso debe, además, ser fundado, lo que implica la indicación de sus fundamentos de hecho y de derecho y de las peticiones concretas que se formulan al tribunal (art. 367 CPP). La exigencia de fundamentación del recurso de apelación es una novedad del CPP con respecto al CdPP de 1906, que se justifica porque, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo sistema, en el procedimiento penal de la reforma se encuentra garantizada la defensa técnica obligatoria. Al discutirse esta disposición en el Senado, éste estimó que la exigencia de fundamentación era "acertada", porque "evita la presentación de recursos sin fundamentos y facilita su resolución en segunda instancia".[54]

La exigencia de fundamentación del recurso tiene una excepción en el caso de que la apelación se interponga en carácter de subsidiaria de la reposición, de conformidad con lo previsto por el art. 362 inc. 3° CPP. Al respecto, se debe entender aplicable supletoriamente la disposición del art. 189 inc. 3° CPC, que dispone que, en estos casos, no es necesario que la apelación sea fundada ni contenga peticiones concretas, siempre que el recurso de reposición cumpla con ambas exigencias.

[53] Pese a su ubicación dentro de las disposiciones generales relativas a los recursos, no resulta aplicable al recurso de apelación el art. 353 CPP que aumenta el plazo para la interposición de recursos en caso de que el juicio oral se hubiere conocido por un tribunal que se hubiere constituido y funcionado en una localidad situada fuera de su lugar de asiento, toda vez que el art. 364 CPP declara inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.

[54] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 365.

5.3. Efectos de la interposición del recurso

La interposición del recurso no tiene efectos suspensivos, ya que la ley dispone que el tribunal debe concederlo en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señale expresamente lo contrario (art. 368 CPP). La disposición es una reiteración de lo previsto por el art. 355 CPP como regla general de los efectos de la interposición de los recursos en el CPP.

La ley señala expresamente que el recurso se concede en ambos efectos solamente en tres casos:

1. Cuando se trata de la apelación interpuesta por el ministerio público en contra del auto de apertura del juicio oral, por la exclusión de pruebas decretada por el juez de garantía de acuerdo a lo previsto en el inciso tercero del artículo 276 CPP (art. 277 inc. final CPP).
2. Cuando se trata de la apelación de la sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado (art. 414 inc. 1° CPP).
3. Cuando se trata de la apelación de una sentencia definitiva condenatoria, en los casos en que la ley admite este recurso en contra de sentencias definitivas (art. 355 CPP).[55]

En todos los demás casos en que la apelación se concede en el solo efecto devolutivo debe entenderse aplicable, supletoriamente, la disposición del art. 192 CPC, que permite al tribunal de alzada, a petición del apelante y por resolución fundada, dictar una orden de no innovar a efectos de suspender los efectos de la resolución recurrida o paralizar su cumplimiento, según sea el caso.[56]

---

[55] La consideración de esta hipótesis supone afirmar que el art. 355 CPP es norma especial con respecto al art. 368 CPP, lo cual pudiera ser controvertido considerando que la primera norma se encuentra en el Título I, que contiene las disposiciones generales aplicables a todo recurso, en tanto que la segunda se encuentra en el Título II que contiene las disposiciones relativas al recurso de apelación. No obstante lo anterior, estimamos que la especialidad del art. 355 se define por su aplicación específica a las sentencias condenatorias, en tanto el art. 368 CPP se refiere, en general, a todo tipo de resolución y cualquiera sea su contenido. La conclusión viene apoyada además por la lógica del sistema y cobra relevancia si se considera la posibilidad de interponer apelación en contra de la sentencia definitiva condenatoria dictada en procedimientos especiales acogiendo la petición de desafuero (art. 418 CPP), la querella de capítulos (art. 427 CPP), y la solicitud extradición pasiva (arts. 450 y 451 CPP).

[56] En el mismo sentido opina MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 108.

La conclusión anterior viene impuesta por la remisión del art. 52 CPP a las normas del Libro I del Código de Procedimiento Civil, y aparece reforzada por la existencia de dos normas excepcionales en los artículos 115 y 120 inc. final CPP, que disponen que la resolución que declarare inadmisible la querella y la que declare su abandono serán susceptibles del recurso de apelación, pero "sin que *en la tramitación del recurso* pueda disponerse la suspensión del procedimiento". Consideradas esas normas como excepcionales, debe entenderse *a contrario sensu* que en todos los demás casos la suspensión del procedimiento puede decretarse durante la tramitación del recurso, lo que no puede hacerse sino a través de la orden de no innovar.[57]

5.4. CONTROL DE ADMISIBILIDAD ANTE EL TRIBUNAL *A QUO*

El recurso de apelación está sujeto a un doble trámite de admisibilidad: primero, ante el tribunal *a quo,* y luego, ante el tribunal *ad quem.*

En la discusión legislativa del actual art. 365 CPP, la Cámara de Diputados dejó constancia que "respecto de la admisibilidad, se repite el sistema actual del doble control tanto en el tribunal *a quo* como en el *ad quem*", opción que fue discutida y confirmada durante la discusión del proyecto en el Senado.[58]

El examen de admisibilidad incluye, de conformidad a las reglas generales que gobiernan este trámite en el procedimiento civil, el control de que la apelación no haya sido interpuesta

[57] El hecho de que la posibilidad de suspensión durante la tramitación está concebida como algo distinto del efecto suspensivo, aparece también explícito en la discusión del art. 120 CPP, ya que el Senado reemplazó la frase original del proyecto del Ejecutivo ("pero la interposición del recurso no suspenderá el procedimiento") por la frase que aparece en el texto definitivo de la norma ("sin que *en la tramitación del recurso* pueda disponerse la suspensión del procedimiento"), con el objeto de aclararla, "ya que la sola interposición del recurso no puede suspender el procedimiento, y a lo que apunta la norma es a evitar que, durante su tramitación, pueda adoptarse esa medida" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 144).

[58] En el Senado se discutió la posibilidad de que el tribunal *a quo* no se pronunciara sobre la procedencia del recurso, dejando la decisión exclusivamente en manos del tribunal superior. La opción fue desechada, teniéndose presente que "las posibilidades de rechazo en esa etapa son formales, generalmente cuando es extemporáneo o improcedente" y que "ante una negativa injustificada del tribunal *a quo,* existe siempre el recurso de hecho" (PFEFFER (E.), cit., p. 364).

fuera de plazo o respecto de una resolución inapelable o no sea fundada o no contenga peticiones concretas (art. 201 inc. 1° CPC). En cualquiera de estos casos, el tribunal respectivo debe declararla inadmisible, resolución que es susceptible de reposición dentro de tercero día (art. 201 inc. 2° CPC).

Al conceder el recurso, el tribunal *a quo* debe resolver si lo hace en el solo efecto devolutivo, lo que constituye la regla general, o en ambos efectos, lo que constituye la excepción.[59]

5.4.1. *Remisión de antecedentes*

Concedido el recurso por el tribunal *a quo*, éste debe remitir al tribunal de alzada copia fiel de la resolución y de todos los antecedentes que sean pertinentes para un acabado pronunciamiento del recurso (art. 371 CPP).

Considerando que el recurso de apelación impone al tribunal superior la revisión de todos los aspectos de hecho y de derecho involucrados en la resolución impugnada, parece obvio que, tratándose de la impugnación de resoluciones pronunciadas por los jueces de garantía, los antecedentes a remitir corresponden a todas las copias de los registros de la investigación que el juez haya tenido a la vista al momento de resolver y de los que se hayan originado con ocasión de la discusión y dictación de la resolución impugnada, lo que puede llegar a incluir copias de los registros de actuaciones ante el juez de garantía (art. 40 CPP), de las actuaciones del ministerio público (art. 227 CPP) y de las actuaciones policiales (art. 228 CPP).

En la discusión legislativa suscitada por esta norma en el Senado, se explicitó que para evitar la pérdida de tiempo que bajo el sistema antiguo implicaba la remisión de copias insuficientes de los antecedentes originales, su intención es "que el tribunal *a quo* se deje copias de todos los antecedentes y envíe al tribunal de alzada la resolución y todos los antecedentes, originales o copias, que fueren pertinentes".[60] Del mismo modo, se acordó dejar constancia que "los documentos no sólo se refieren a

[59] Vid. supra XI.C.5.3.
[60] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 366.

aquellos que tienen soporte de papel, sino a cualquier medio tecnológico que permita su lectura o su percepción visual o auditiva", estimándose que correspondía a la Corte Suprema, a través de auto acordado, uniformar los criterios de los tribunales en cuanto a "la regulación de la admisión y forma en que deben registrarse los documentos tecnológicos".[61]

5.4.2. *Recurso de hecho*[62]

Si, como resultado del control de admisibilidad efectuado por el tribunal *a quo*, éste deniega el recurso de apelación siendo procedente; lo concede siendo improcedente; lo concede en ambos efectos, procediendo concederlo en el solo efecto devolutivo; o lo concede en el solo efecto devolutivo, procediendo concederlo en ambos efectos, la parte agraviada tiene derecho a interponer, ante el tribunal de alzada, el denominado *recurso de hecho*, con el fin de que sea el superior jerárquico el que resuelva si se da o no lugar al recurso y cuáles deben ser sus efectos (art. 369 inc. 1° CPP). La doctrina nacional conoce a la primera de las cuatro hipótesis mencionadas anteriormente como *recurso de hecho propiamente tal* o *verdadero recurso de hecho*, y a las tres restantes como *falso recurso de hecho*.[63] La diferencia se funda en que sólo en el primer caso el recurso supone una interpelación directa ante el superior jerárquico para que conozca de un recurso de apelación que el tribunal de primera instancia no ha elevado a su conocimiento.

El plazo para la interposición del recurso de hecho es de tres días (art. 369 inc. 1° CPP). Se trata de un plazo de días corridos, fatal e improrrogable, que si venciere en día feriado, debe en-

[61] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367.

[62] La doctrina nacional habitualmente analiza el recurso de hecho como un capítulo separado dentro del análisis de los recursos (vid., por todos, MORALES ROBLES (E.), cit., pp. 95-104). No seguimos esta opción por parecernos que otorga al recurso de hecho una importancia desproporcionada dentro del régimen de recursos, que no se justifica teniendo en consideración su ubicación normativa y sus alcances, reducidos a la impugnación de la decisión sobre admisibilidad del recurso de apelación.

[63] Vid., por todos, CASARINO (M.), cit., pp. 278-279.

tenderse ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado (arts. 14 y 16 CPP).[64]

Presentado el *recurso de hecho*, el tribunal de alzada debe solicitar, cuando corresponda, los antecedentes que serían necesarios para conocer del recurso de apelación conforme a lo previsto por el art. 371 CPP (art. 369 inc. 2° CPP).[65] Esta situación se dará, solamente en el caso del *verdadero recurso de hecho*, ya que en los demás casos el tribunal superior tendrá ante sí los antecedentes al momento de resolver. El recurso de hecho se debe fallar en cuenta. Si se acoge el recurso de hecho, el tribunal *ad quem* debe retener los antecedentes solicitados o recabarlos si no los hubiere pedido, para pronunciarse sobre la apelación (art. 369 inc. 2° CPP).[66]

6. TRAMITACION DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL *AD QUEM*

6.1. INGRESO DEL RECURSO

El ingreso del recurso es un trámite administrativo que se cumple por el secretario o secretaria del tribunal de alzada y que

[64] Resulta interesante notar que no existe una norma que permita ampliar el plazo para la interposición del recurso con el aumento del término del emplazamiento, pese a que en el Senado se adoptó un acuerdo en tal sentido. En efecto, durante la tramitación del proyecto en el Senado "se hizo presente que la brevedad del plazo para interponer el recurso de hecho no tiene en cuenta la lejanía de las Cortes de Apelaciones en regiones apartadas del país, sugiriendo que se amplíen por la tabla de emplazamiento", ante lo cual el Senado "estimó inconveniente hacer dicha referencia en una norma particular, porque sería necesario formularla en cada oportunidad". Esto lo movió a "establecer una norma nueva (353), en las reglas generales de los recursos, que señala que los plazos de éstos se entienden ampliados por la tabla de emplazamiento cuando corresponda" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 366). Basta leer, sin embargo, el tenor del art. 353 CPP para observar que el acuerdo quedó en pura intención, porque la norma aprobada en definitiva sólo permite el aumento del plazo cuando "el juicio oral hubiere sido conocido por un tribunal que se hubiese constituido y funcionado en una localidad situada fuera de su asiento" y no cuando el tribunal de primera instancia funcione fuera de la comuna en que resida el de alzada, como parece haber sido la intención original.

[65] Nótese que, a diferencia de lo que ocurre en materia civil conforme a lo dispuesto por el art. 204 CPC, en materia penal el tribunal *ad quem* no debe pedir al inferior un informe a objeto de resolver en base a su mérito.

[66] La doctrina nacional habitualmente analiza el recurso de hecho como un capítulo separado dentro del análisis de los recursos (vid., por todos, MORALES

consiste en certificar la fecha de ingreso estampándola en los antecedentes remitidos y en incorporar el recurso al *libro de ingresos* asignándole un *número de ingreso* con el cual se lo identifica en la Corte.

Este trámite, cuya importancia fundamental en materia civil se justifica por la carga que tienen las partes de comparecer dentro de un plazo determinado a contar de esa fecha –carga que no existe en materia penal–, conserva aquí cierta importancia porque –como veremos– a partir de él debe contarse el plazo que tiene el recurrido para adherir a la apelación en la segunda instancia.[67]

6.2. Adhesión a la apelación

La adhesión a la apelación puede ser definida, siguiendo el art. 216 inc. 2° CPC, como la petición de reforma de la sentencia apelada en la parte que la estima gravosa el apelado. Se trata de la revisión de la resolución que solicita la parte que no interpuso recurso de apelación contra la resolución de primera instancia, para que sea revisada también en la parte que a ella resulta desfavorable.

El CPP no contempla normas especiales en materia de adhesión al recurso de apelación, pero reconoce explícitamente la posibilidad de que exista, al señalar en el art. 354 inc. 2° CPP, entre las disposiciones generales aplicables a todo recurso, que el desistimiento del mismo no se extiende a los demás recurrentes ni a "los adherentes al recurso".[68]

ROBLES (E.), cit., pp. 95-104). No seguimos esta opción por parecernos que otorga al recurso de hecho una importancia desproporcionada dentro del régimen de recursos, que no se justifica teniendo en consideración su ubicación normativa y sus alcances reducidos a la impugnación de la decisión sobre admisibilidad del recurso de apelación.

[67] Como veremos, también, en el capítulo correspondiente, la certificación resulta también importante en materia penal en cuanto abre el plazo de cinco días que tienen los recurridos en el recurso de nulidad para solicitar que se le declare inadmisible, adherirse a él o formularle observaciones por escrito (art. 382 CPP).

[68] Por otra parte, la posibilidad de adherir a los recursos está expresamente prevista para el recurso de nulidad en el art. 382 inc. 2° CPP, y no se aprecia ninguna razón para haber limitado su aplicación exclusivamente a ese recurso.

A falta de reglas especiales relativas a la adhesión a la apelación en materia penal, ¿cuáles son las normas que regulan la adhesión a este recurso y, en particular, la oportunidad para interponerla?

Existen dos soluciones igualmente insatisfactorias:

La primera, propuesta por MATURANA MIQUEL, es aplicar el art. 382 CPP, que establece para la adhesión *al recurso de nulidad* el plazo de los cinco días siguientes al ingreso del recurso a la Corte, norma que considera aplicable al recurso de apelación conforme a lo dispuesto por el art. 361 CPP.[69] Esta solución supone que las disposiciones especiales relativas al recurso de nulidad pueden ser aplicadas supletoriamente al recurso de apelación conforme al art. 361 CPP, lo que es sumamente discutible ya que, cuando esa norma dispone que "los recursos se regirán por las normas de este Libro", sólo está, a nuestro juicio, reafirmando el carácter especial de sus disposiciones, pero no convirtiendo en aplicables indistintamente las normas de un recurso al otro, que es precisamente lo que se pretende cuando se afirma que una disposición ubicada en el Título IV, relativo al recurso de nulidad (art. 382 CPP), podría ser aplicable supletoriamente al recurso de apelación, que está regulado en el Título III del mismo Libro.

La segunda, que podría ser planteada como alternativa, es acudir supletoriamente, por remisión del art. 52 CPP, a las normas que regulan la adhesión a la apelación en el procedimiento civil, y que están contenidas en los artículos 216 y 217 CPC. Sin embargo, la aplicación supletoria de estas normas ofrece también dificultades, porque el art. 217 permite adherir a la apelación, en primera instancia, hasta "antes de elevarse los autos al superior" y en segunda "dentro del plazo que establece el art. 200" (CPC), declarando aplicable a la adhesión a la apelación "lo establecido en los artículos 200, 201 y 211" (CPC). Como sabemos, sin embargo, en la apelación penal no se elevan "autos", sino "antecedentes" (art. 371 CPP), y no son aplicables las disposiciones de los arts. 200, 201 y 211 CPC, por lo que la posibilidad real de aplicar supletoriamente dicha norma queda completamente en entredicho.

[69] MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 147-148. En la misma línea está CERDA SAN MARTIN (R.), *Etapa intermedia...*, cit., p. 276.

Así las cosas, la oportunidad para adherir a la apelación es discutible. Mientras la primera solución restringe la posibilidad a los cinco días siguientes al ingreso del recurso a la Corte, la segunda abre la posibilidad de que la adhesión se presente también, en primera instancia, antes de la elevación de los antecedentes al tribunal de alzada, problema que deberá ser resuelto jurisprudencialmente.

Cualquier sea la solución que se adopte, en todo caso, parece claro que la adhesión al recurso debe cumplir los mismos requisitos que la ley exige para interponerlo (arts. 382 CPP y 217 inc. 1° CPC) y que el desistimiento del recurso no afecta a la adhesión si ésta ya se ha interpuesto en el momento en que el desistimiento se presenta (arts. 354 inc. 2° CPP y 217 inc. 2° CPC).[70-71-72]

6.3. CONTROL DE ADMISIBILIDAD ANTE EL TRIBUNAL *AD QUEM*

Ingresado el recurso ante el tribunal *ad quem*, éste debe proceder a efectuar el control de admisibilidad en segunda instancia, según hemos visto precedentemente.[73-74] El examen de admisibilidad incluye los mismos aspectos del control que se efectúa ante el tribunal de primera instancia, conforme a lo previsto por

[70] Por otra parte, la posibilidad de adherir a los recursos está expresamente prevista para el recurso de nulidad en el art. 382 inc. 2° CPP, y no se aprecia ninguna razón para haber limitado su aplicación exclusivamente a ese recurso.

[71] MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 147-148. En la misma línea está CERDA SAN MARTIN (R.), *Etapa intermedia...*, cit., p. 276.

[72] Como se aprecia, la diferencia interpretativa no afecta, en definitiva, la conclusión en torno al plazo para adherir a la apelación en segunda instancia, pero sí abre la posibilidad de que se pueda adherir a la apelación ante el tribunal *a quo*.

[73] Se refiere, obviamente, al secretario del tribunal de alzada, ya que en el sistema de la reforma procesal penal desaparece la figura del secretario en primera instancia.

[74] Vid. supra XI.C.5.4. MATURANA MIQUEL considera que, previo al control de admisibilidad por el tribunal *ad quem*, debe abrirse un plazo de cinco días para que las demás partes soliciten que se le declare inadmisible, se adhieran a él o le formulen observaciones por escrito, lo que afirma por considerar que el art. 382, que así lo establece para el recurso de nulidad, sería aplicable al recurso de apelación por remisión del art. 361 CPP. Discrepamos de esta afirmación en cuanto entendemos que el art. 361 permite la aplicación supletoria de las disposiciones generales del Libro Tercero, pero no de las normas especiales establecidas para otro tipo de recursos. Vid. supra XI.C.6.2.

los arts. 213 inc. 1° CPC y 201 inc. 1° CPC, que son aplicables supletoriamente, en lo pertinente.

Si el tribunal encuentra mérito para considerar inadmisible o extemporáneo el recurso, debe declararlo así o mandar traer los autos en relación sobre este punto (art. 213 CPC); si por el contrario estima que es admisible, se ha entendido que debe fijar día y hora para la celebración de la audiencia de vista del recurso, siguiendo las reglas supletorias de los arts. 281 y 325 CPP (art. 361 CPP).[75]

La resolución que declara inadmisible el recurso de apelación es susceptible del recurso de reposición, conforme a lo previsto por el art. 362 CPP.

6.4. VISTA DEL RECURSO

La vista del recurso de apelación debe hacerse en una audiencia pública, conforme a lo previsto por el art. 358 CPP. Lo anterior significa que, en materia penal, el recurso de apelación no se ve jamás *en cuenta.*

6.4.1. *Comparecencia de las partes*

En materia penal no es aplicable el art. 200 del CPC, que exige a las partes comparecer haciéndose parte mediante la presentación de un escrito ante el tribunal de alzada dentro del plazo de los cinco días siguientes a su ingreso a ese tribunal. El proyecto del Ejecutivo contenía originalmente una norma que declaraba expresamente que tal disposición no era aplicable, la que fue suprimida por el Senado, que consideró que el tema quedaba suficientemente claro al tenor del actual art. 358 CPP, ya que esta disposición incluía la materia "al dar normas sobre la incomparecencia de los recurrentes y de los recurridos a la audiencia, que suponen la exclusión de la carga procesal consistente en hacerse parte del recurso dentro de un plazo determinado".[76]

---

[75] MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 147.

[76] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 356. En materia penal no existe, entonces, el fenómeno de la *deserción* de la apelación, regulado en el art. 201 inc. 1° CPC.

La comparecencia, entonces, debe verificarse directamente en el momento de inicio de la audiencia para la vista del recurso. Si no comparece a ella uno o más recurrentes, se debe declarar el abandono del recurso a su respecto; si no comparece uno o más de los recurridos, se procede a la vista del recurso en su ausencia (art. 358 CPP).

6.4.2. *Suspensión de la vista*

En la tramitación de los recursos interpuestos en materia civil rige, como es sabido, un complejo sistema que permite la suspensión de la vista de las causas, en virtud del cual se permite que no se vean el día fijado para ello.[77]

Durante la tramitación del proyecto de CPP, el Senado manifestó su preocupación por "la incidencia que las reglas comunes de suspensión de la vista de la causa podrían tener en el despacho regular de las causas criminales".[78] Esta preocupación dio origen a los artículos 356 y 357 CPP que, en lo sustancial, reducen considerablemente las hipótesis en que procede la suspensión en materia penal e imponen al tribunal de alzada, con carácter general, el deber de adoptar las medidas necesarias para

[77] La materia se rige, fundamentalmente, por lo dispuesto en el art. 165 CPC, que permite la suspensión de la vista de una causa o su retardo dentro del mismo día por las siguientes causales: 1.° Por impedirlo el examen de las causas colocadas en lugar preferente, o la continuación de la vista de otro pleito pendiente del día anterior; 2.° Por falta de miembros del tribunal en número suficiente para pronunciar sentencia; 3.° Por muerte del abogado patrocinante, del procurador o del litigante que gestione por sí en el pleito; 4.° Por muerte del cónyuge o de alguno de los descendientes o ascendientes del abogado defensor, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista; 5.° Por solicitarlo alguna de las partes o pedirlo de común acuerdo los procuradores o los abogados de ellas; 6.° Por tener alguno de los abogados otra vista o comparecencia a que asistir en el mismo día ante otro tribunal; 7.° Por ordenarlo así el tribunal, por resolución fundada, al disponer la práctica de algún trámite que sea estrictamente indispensable cumplir en forma previa a la vista de la causa, con excepción de que la orden de traer algún expediente o documento a la vista, no suspenderá la vista de la causa y la resolución se cumplirá terminada ésta. En la hipótesis del numeral 5°, la suspensión a solicitud unilateral de una parte es un derecho que puede ejercer cada parte por una sola vez y hasta por un máximo de dos veces cualquiera sea el número de partes; la suspensión de común acuerdo procede, adicionalmente, por una sola vez (art. 165 CPC).

[78] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 356.

que las salas que han de conocer de recursos penales no vean alterada su labor, toda vez que le corresponde a este tribunal "confeccionar la tabla o disponer la agregación extraordinaria de recursos o determinar la continuación para el día siguiente de un pleito" (art. 357 inc. 2° CPP).

El deber en cuestión está relacionado con la norma del art. 356 CPP, conforme al cual no puede suspenderse la vista de un recurso penal por faltar los jueces necesarios para integrar la sala. Para estos efectos, la sala correspondiente debe integrarse con otros jueces no inhabilitados que conformaren ese día el tribunal, interrumpiéndose la vista de las causas civiles que dichos jueces estuvieran originalmente llamados a conocer ese día, si ello fuere necesario. La norma no se aplica cuando el problema de integración afecta a todo el tribunal y no sólo a una o más de sus salas. Por ello, el art. 356 CPP dispone que la audiencia se suspenderá "si no se alcanzara, con los jueces que conformaren ese día el tribunal, el mínimo de miembros no inhabilitados que debieren intervenir en ella".

El art. 357 CPP, por su parte, prohíbe la suspensión por las causales previstas en los numerales 1, 5, 6 y 7 del art. 165 CPC,[79] y distingue la posibilidad de aplicación de las causales restantes según si existen o no personas privadas de libertad en la causa en que incide el recurso. Del estudio coordinado de estas disposiciones se puede determinar si existe o no el derecho a suspender, conforme a la siguiente distinción:

A. Si no existieren personas privadas de libertad en la causa:

En este caso, la vista del recurso se puede suspender por las siguientes causales:

1°) Por falta de miembros *del tribunal* (no *de la sala*) en número suficiente para pronunciar sentencia (arts. 356 y 357 inc. 1° CPP; y art. 165 N° 2° CPC).

2°) Por muerte del abogado patrocinante, procurador o litigante que gestione por sí en el pleito. En este caso, la vista se suspende por quince días contados desde la notificación al patrocinado o mandante de la muerte del abogado o procurador, o de la muerte del litigante que obraba por sí mismo, en su caso (art. 357 inc. 1° CPP y art. 165 N° 3° CPC).

[79] Vid supra nota 80.

3°) Por muerte del cónyuge o de alguno de los descendientes o ascendientes del abogado defensor, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista (art. 357 inc. 1° CPP y art. 165 N° 4° CPC).

4°) Si lo solicitare el recurrente o todos los intervinientes facultados para concurrir a ella, de común acuerdo. Conforme al texto de la norma, este derecho puede ejercerse una sola vez "por el recurrente o por todos los intervinientes", por medio de un escrito que deberá presentarse hasta las doce horas del día hábil anterior a la audiencia correspondiente, a menos que la agregación de la causa se hubiere efectuado con menos de setenta y dos horas de anticipación a la vista, caso en el cual la suspensión puede solicitarse hasta el momento anterior al inicio de la audiencia (art. 357 inc. final CPP). Aunque la redacción de la norma parece dar a entender que la suspensión hecha una sola vez por el recurrente excluiría la posibilidad de la suspensión de común acuerdo, y viceversa, en mi opinión se trata de un problema de redacción, debiendo entenderse que el recurrente puede suspender por sí solo una vez y, adicionalmente, todos los intervinientes pueden hacerlo de común acuerdo, también por una vez. La anterior parece la única interpretación que justifica la incorporación de la hipótesis de suspensión de común acuerdo como causal de suspensión, ya que, como ella siempre exige la intervención del recurrente, si la intención legislativa hubiera sido permitir por una sola vez la suspensión en términos absolutos, le habría bastado al legislador con dejar esta facultad en manos del recurrente, sin hacer mención de los restantes intervinientes.[80]

B. Si existieren personas privadas de libertad en la causa:

En este caso, la posibilidad de suspender la vista de la causa sufre una excepción casi absoluta. La única causal de suspensión que la ley acepta, en estas circunstancias, es la muerte del abogado del recurrente, del cónyuge o de alguno de sus ascendientes o descendientes, ocurrida dentro de los ocho días anteriores al designado para la vista del recurso (art. 357 inc. 3° CPP).

[80] Debe recordarse, además, que ésta es la forma en que opera el derecho a suspensión de la vista de la causa en materia civil, conforme a lo previsto por el art. 165 CPC que, evidentemente, sirvió de modelo a esta norma.

Como resulta obvio de la relación que esta norma tiene con el art. 165 N^{os} 3° y 4° CPC, la referencia al cónyuge, ascendientes y descendientes debe entenderse hecha a los familiares del *abogado* y no de la *parte* recurrente.

Como observación de *lege ferenda,* cabe señalar que la norma parece completamente justificada cuando el recurrente es el defensor, ya que en este caso aparece comprometido el derecho de defensa, pero no parece igualmente justificada cuando el recurrente es algún otro interviniente, ya que en el conflicto de valores producido por la situación debiera primar, a nuestro juicio, el valor constitucional de la libertad personal comprometido por la privación de la libertad y no el de la más adecuada representación de los intereses de la persecución penal en la vista del recurso.

6.4.3. *Vista propiamente tal*

La vista del recurso de apelación se inicia con el *anuncio,* que se cumple colocando al efecto en lugar conveniente el respectivo número de orden que corresponde al recurso en la tabla, y que se debe mantener fijo hasta que se pase a otro asunto (art. 163 CPC).

A partir de ese momento, la vista de los recursos penales se diferencia de la vista de las causas en materia civil, ya que la primera está concebida de una manera marcadamente adversarial, al modo de un debate contradictorio. El legislador tuvo en consideración, para estos efectos "la necesidad de dar reglas especiales para la tramitación de los recursos, por razones de coherencia con los principios que inspiran el procedimiento penal desarrollado en este Código", estimando "que no resultaría congruente, por ejemplo, la inmediación del tribunal y la contradictoriedad que inspiran el juicio oral con la aplicación de las actuales normas sobre vista de la causa que se aplican en los tribunales superiores".[81] Para estos efectos, se consagró la existencia de una "audiencia pública" para la vista de las causas (art. 358 CPP), lo que alude, según constancia del Senado, a que se proceda a ella "en un marco de mayor desformalización que el habitual".[82]

[81] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 356.
[82] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 356.

La primera manifestación de esta circunstancia se encuentra en la inexistencia de la *relación*, esto es, aquel trámite de carácter público que consiste en la exposición oral, resumida y sistemática, que, desde un punto de vista objetivo, realiza un funcionario judicial denominado relator para dar a conocer al tribunal los fundamentos básicos del recurso, con el cual se inicia la vista de las causas en el procedimiento civil. La supresión de este trámite en el procedimiento penal tuvo su origen en la discusión legislativa del proyecto en la Cámara de Diputados, que "estimó más acorde con la naturaleza controversial del nuevo proceso penal el conocimiento directo por parte del tribunal de las argumentaciones y pruebas, si procedieren, que le presenten las partes".[83]

De esta manera, inmediatamente a continuación del *anuncio* se otorga la palabra a el o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que se formulan al tribunal de alzada. A continuación, se otorga la palabra a los recurridos y finalmente se vuelve 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. El carácter contradictorio del procedimiento se ve reforzado por la facultad que se concede a cualquier miembro del tribunal y en cualquier momento del debate para "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" (art. 358 inc. 4° CPP).

En el recurso de apelación en materia penal no está prevista la posibilidad de rendir prueba, a diferencia de lo que ocurre en la tramitación del recurso de nulidad (art. 359 CPP). Aunque el proyecto originalmente contemplaba esta posibilidad para el recurso de apelación, ella fue suprimida por la Cámara de Diputados, la que consideró pertinente limitarla al recurso de nulidad y siempre que recaiga sobre las circunstancias que constituyen la causal invocada.[84]

[83] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 358. El criterio fue acogido por la Comisión Mixta, dejando expresa constancia de que la improcedencia explícita de este trámite impedía "prácticas no previstas en nuestro ordenamiento legal", como las llamadas "relaciones privadas", nombre con el que se conoce en la jerga judicial a la exposición oral que algunos tribunales suelen requerir del relator antes del ingreso de las partes a la Sala de Audiencia.

[84] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 359.

6.5. FALLO DEL RECURSO

Concluido el debate, la regla general ordena al tribunal pronunciar sentencia de inmediato. Excepcionalmente, sin embargo, el CPP permite que "si no fuere posible", se dicte en un día y hora que debe dar a conocer a los intervinientes en la misma audiencia (art. 358 inc. final CPP).

Lo anterior supone que, en ambos casos, la "dictación" de la sentencia está concebida como un acto que se realiza en una audiencia y que se comunica a las partes mediante su lectura.

La sentencia debe ser redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designe y el voto disidente o la prevención, por su autor (art. 358 inc. final CPP).

El tribunal que conoce de un recurso sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por éstos o más allá de los límites de lo solicitado (art. 360 inc. 1° CPP). Esta regla es una manifestación del principio acusatorio que inspira al sistema y tiene una manifestación aun más concreta en la prohibición legal de la *reformatio in peius*, que aparece reconocida en el inciso final del mismo artículo, impidiendo al tribunal modificar una resolución judicial en perjuicio del recurrente, si tal modificación no ha sido requerida por la otra parte.[85]

La prohibición de *reformatio in peius* establecida en el CPP chileno favorece a todos los intervinientes en el procedimiento penal, pero sólo tiene dimensión de garantía constitucional en cuanto beneficia al imputado, según hemos visto en otro capítulo de esta obra.[86]

---

[85] Nótese que la consagración legislativa de la prohibición de la *reformatio in peius* en el inciso final del art. 360 CPP es bastante deficiente, en cuanto afirma que sería aplicable "si la resolución judicial hubiere sido objeto de recurso por *un solo* interviniente". Esto, por cierto, es un error. Perfectamente una resolución puede haber sido impugnada por varios intervinientes (v. gr., varios imputados), o impugnada por razones o con peticiones diversas sin que esto tenga relevancia para la aplicación del principio. En cualquier caso, los problemas interpretativos que podría haber generado, por sí solo, el inciso final del art. 360 CPP, se resuelven con la norma del inciso primero, que limita el pronunciamiento sobre el recurso a "las solicitudes formuladas por los recurrentes".

[86] Vid. tomo I, III.D.3.1.3.4.

La regla consistente en que el tribunal que conoce de un recurso de apelación sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes admite una excepción: en caso de que existan una pluralidad de imputados por un mismo delito, la decisión favorable a uno de ellos favorece a los demás que no hubieren interpuesto el recurso, a menos que los fundamentos fueren exclusivamente personales del recurrente, lo que el tribunal debe declarar expresamente (art. 360 inc. 2° CPP).[87]

D. *RECURSO DE NULIDAD*

1. LA NULIDAD PROCESAL

El recurso de nulidad ha sido considerado entre nosotros como "el corolario de la consagración del régimen de nulidad procesal que en el nuevo Código se contempla".[88] La estrecha relación existente entre la nulidad procesal y el recurso de nulidad exige que, antes de abocarnos al análisis de este recurso, nos refiramos brevemente al tema de la nulidad procesal.[89]

1.1. CONCEPTO

La nulidad procesal ha sido definida por ALSINA como "la sanción por la cual la ley priva al acto jurídico de sus efectos normales cuando en su ejecución no se han observado las formas prescritas para ellos".[90] Explicando el concepto, señala COUTURE que "siendo el derecho procesal un conjunto de formas dadas

[87] Nótese que la disposición es nuevamente deficiente en cuanto utiliza la fórmula "Si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entablare el recurso contra la resolución...". Por cierto, el recurso puede ser entablado por más de un imputado (v. gr., dos imputados, existiendo tres), sin que existan razones para negar la extensión al tercero por el hecho de que *dos imputados* y no *sólo uno* hayan interpuesto el recurso.

[88] CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal,* cit., p. 318.

[89] Cumplimos así el compromiso adquirido en el tomo I de esta obra. Vid. tomo I, II.D.2.2.1.

[90] ALSINA (H.), *Las nulidades en el proceso civil,* Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, p. 31, citado por COLOMBO CAMPBELL (J.), *Los actos procesales,* cit., t. II, p. 445.

de antemano por el orden jurídico, mediante las cuales se hace el juicio, la nulidad consiste en el apartamiento de ese conjunto de formas necesarias establecidas por la ley".[91]

Como se aprecia, entonces, el problema de la nulidad procesal aparece íntimamente vinculado a los vicios de forma, esto es, constituye la sanción procesal para la infracción de una regla de carácter formal.[92] Normativamente, se trata de la sanción impuesta a "las actuaciones o diligencias defectuosas del procedimiento" debido a la "inobservancia de las formas procesales", según los términos que utiliza al efecto el art. 159 CPP.

Ahora bien, resulta actualmente pacífico que no todo vicio de forma conlleva necesariamente la nulidad de los actos procesales, sino que, por aplicación del *principio de trascendencia*, sólo resulta anulable el acto cuando ella acarrea un perjuicio para los intervinientes. Como explica COUTURE, analizando el problema desde una perspectiva de derecho procesal civil, "no hay nulidad de forma si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de la defensa en juicio".[93] Entre nosotros, TAVOLARI OLIVEROS ha expresado el mismo principio señalando que "si no se reclama un perjuicio resultante precisamente de la inobservancia de tales formas, que ha de consistir, concretamente, en indefensión: si no se prueba ese perjuicio, no es posible emitir la declaración de nulidad".[94]

Los conceptos expuestos, aunque tienen su origen en el tratamiento que se ha dado a la nulidad en el marco del proceso civil, se encuentran, sin lugar a dudas, en la base de la regulación de la nulidad procesal en el CPP chileno.[95]

---

[91] COUTURE (E.), cit., p. 374.

[92] Para una crítica a la teoría unitaria de la nulidad incluyendo el "binomio formas-invalidez" véase BINDER (A.), *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 47 y ss.

[93] COUTURE (E.), cit., p. 251.

[94] TAVOLARI OLIVEROS (R.), *El proceso en acción*, cit., p. 264.

[95] Al respecto, véase la discusión legislativa de los arts. 159 y 160 CPP. PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 181-183.

1.2. REQUISITOS

Los arts. 159 y 160 CPP rezan textualmente:

"Art. 159. *Procedencia de las nulidades procesales.* Sólo podrán anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionaren a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento".

"Art. 160. *Presunción de derecho del perjuicio.* Se presumirá de derecho la existencia del perjuicio si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República".

Si se analizan en su conjunto las normas anteriormente transcritas, parece lógico concluir que la nulidad procesal requiere para su declaración en el procedimiento penal chileno de la existencia copulativa de tres requisitos:

1°) La inobservancia de formas procesales;

2°) La existencia de un perjuicio que debe consistir en que la inobservancia de las formas procesales atente contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento;

3°) La necesidad de que el perjuicio sea reparable únicamente con la declaración de nulidad.

No obstante lo anterior, el problema más importante que plantea la lectura conjunta de estas dos normas es que ellas dan lugar a un arduo problema interpretativo, porque exigen responder si, a partir de ellas, debe entenderse que en el derecho procesal penal chileno se requiere siempre de la afectación de una garantía constitucional para la declaración de la nulidad procesal, o es posible concebir inobservancia de formas procesales que, no obstante no conllevar infracción de garantías constitucionales, den lugar a la declaración de nulidad.

Una primera aproximación al problema consiste en entender que el art. 159 CPP exige siempre la infracción de la garantía del debido proceso y que el art. 160 CPP no constituye más que una forma de objetivar la existencia del perjuicio al que alude el art. 159 CPP. Como explica OTERO LATHROP: "el agravio

debe ser real, en cuanto perjudique efectivamente los derechos procesales de la parte. Esto es, *entrabe, limite o elimine su derecho constitucional al debido proceso*" (el destacado es nuestro). Y explica la relación entre los arts. 159 y 160 CPP señalando que "hay... un evidente subjetivismo para resolver si se produjo o no el vicio y si efectivamente existió o no perjuicio. El Código Procesal Penal precisamente para evitar este subjetivismo ha establecido, como una presunción de derecho, la existencia del perjuicio en las situaciones contempladas en los artículos 160 y 374".[96] Bajo esta interpretación, el artículo 160 CPP vendría a ser, entonces, una forma objetivada del perjuicio al que alude al art. 159 CPP cuando expresa que éste existe "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento". De hecho, esta interpretación es la que parece haber inspirado la discusión legislativa de la norma, ya que existe constancia de que el Senado "aceptó la idea de instaurar una presunción de derecho del perjuicio, *en forma análoga a los motivos absolutos de nulidad que se contemplan en el recurso respectivo*, lo que permite superar las dificultades que se han producido por el ritualismo del recurso de casación".[97]

Esta aproximación no nos resulta persuasiva, porque si la alusión del art. 159 CPP al atentado "contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" debe entenderse como una referencia al derecho al debido proceso, cada vez que estuviéramos en la hipótesis del art. 159 CPP estaríamos, a su vez, en la hipótesis del art. 160 CPP, porque se trataría inevitablemente de una infracción que "habría impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Esta identidad entre ambas convertiría una de las dos disposiciones legales en superflua y tornaría inoperantes otras disposiciones del mismo título del CPP, que están fundadas precisamente en una distinción entre ellas. Así ocurre, por ejemplo, con la que

[96] OTERO LATHROP (M.), cit., p. 109.

[97] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 183 (el destacado es nuestro). Nótese, sin embargo, que la Cámara de Diputados, teniendo ante sí un texto idéntico, en sus aspectos esenciales, planteó a su turno "aprensiones por la no existencia de causales objetivas de nulidad". PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 182.

distingue entre la posibilidad de declarar la nulidad de oficio (art. 163 CPP) u obtener el saneamiento de la nulidad en conformidad a la ley (art. 164 CPP). Más decisivo, sin embargo, resulta el hecho de que esta interpretación contradice el propio tenor del art. 160 CPP, porque éste establece una presunción de derecho de perjuicio alternativa al caso de infracción de garantías de rango constitucional, al señalar que se aplica también en el caso de que la infracción haya impedido "el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos... *en las demás leyes de la República*". De esto se deduce, claramente, que puede existir nulidad procesal por infracción de normas de rango legal sin que sea siempre necesario que esté comprometida simultáneamente una garantía de rango constitucional. Por otra parte, la pretensión de que el art. 160 CPP vendría a "objetivar" el perjuicio exigido por el art. 159 CPP resulta desde todo punto de vista ilusoria, si se tiene en consideración que no puede haber nada más subjetivo que la determinación de lo que significa "haberse impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Tan evidente es lo anterior que los motivos absolutos de nulidad del art. 374 (que supuestamente cumplirían la misma función del art. 160 CPP) fueron impuestos con la declarada intención de objetivar una expresión de similares características a la del art. 160 CPP, contenida a su vez en el art. 373 letra a) CPP. El legislador habría actuado de manera absolutamente inconsistente si hubiera considerado que la expresión usada en el art. 373 letra a) era tan subjetiva que requería ser objetivada, y hubiere luego utilizado una expresión similar a ella con la intención de "objetivar" la norma del art. 159 CPP.[98]

[98] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 183 y 370. Nótese que el art. 373 letra a), cuyo tenor fue supuestamente "objetivado" por los motivos absolutos de nulidad, considera causal del recurso que, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, "se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes". La expresión legislativa de la presunción de derecho que, supuestamente, cumple la misma función de los motivos absolutos "objetivando" el art. 159, declara que se presumirá de derecho la existencia del perjuicio "si la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República". Como se aprecia, el art. 160 CPP se parece mucho más al art. 373 letra a) CPP que al catálogo de motivos absolutos de nulidad del art. 374 CPP,

La única interpretación que permite la coexistencia lógica de las disposiciones de los arts. 159 y 160 CPP supone que, cuando la primera de estas disposiciones alude a una inobservancia que "atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento", no está aludiendo a la garantía del debido proceso, sino a la posibilidad de que la inobservancia tenga la potencialidad de *influir finalmente en lo dispositivo de la sentencia.* En este sentido apunta correctamente CAROCCA PEREZ cuando sostiene que la exigencia del perjuicio impondría como requisito que las infracciones a las normas de procedimiento "se tradujeren en una desventaja respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable".[99] Puesto así, el art. 159 CPP no manifiesta ninguna exigencia respecto a la jerarquía de la norma infringida, la que podría ser constitucional o legal, como lo admite el art. 160 CPP. Bajo este concepto, el art. 160 CPP cobra un sentido completamente nuevo y distinto, ya que al presumir de derecho la existencia del perjuicio cuando existe la infracción de un derecho o garantía constitucional o legal, afirma que el afectado está eximido de demostrar que la inobservancia formal ha incidido en la sentencia definitiva, lo que implica que estaría privilegiando, en tales casos, la protección de la garantía con prescindencia del efecto que su infracción hubiere tenido en la resolución de la controversia, aspecto en el cual el art. 160 CPP sí se encuentra emparentado con los motivos absolu-

por lo que mal puede pretenderse asignar a ambas normas una misma función dentro del régimen de las nulidades procesales.

[99] CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* cit., p. 146. Resulta difícil afirmar, sin embargo, que CAROCCA PEREZ comparta este planteamiento, ya que éste afirma también que la norma del art. 159 CPP vendría a reflejar una nueva tendencia "a nivel de derecho comparado" que habría abandonado el examen de adecuación de los actos a las reglas de procedimiento poniendo la atención en el acto, reservándola como una infracción de "las garantías de orden procesal". En sus propias palabras: "Vale decir, ya no se considera cada acto procesal aisladamente, sino que en su conjunto como actividad y sólo en el evento de que la infracción legal haya traído aparejada para un litigante *la privación de una garantía constitucional,* tales como el derecho a la defensa, la igualdad procesal, el derecho a la prueba, etc., se admite que se pueda declarar la nulidad de un proceso o parte de él". Con este planteamiento, como es lógico, se acerca más bien a la primera postura o, a lo menos, integra ambas de una manera que no parece, todavía, suficientemente consistente. Cfr. CAROCCA PEREZ, (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* cit., p. 146.

tos de nulidad del art. 374 CPP, ya que a ellos no se aplica la exigencia de influencia en lo dispositivo de la sentencia.[100]

Como consecuencia de lo anterior, parece claro que la nulidad procesal no requiere siempre de la inobservancia de una norma de rango constitucional, sino que basta, por el contrario, la infracción de una norma de rango legal cuyo resultado sea el de "atentar contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento", perjudicando sus posibilidades de obtener una decisión favorable.[101] Lo anterior no implica atenuar los alcances del principio de trascendencia, sino especificar que la necesidad de *perjuicio* no debe vincularse a la infracción de una garantía constitucional, sino al efecto de la infracción en la decisión de la controversia. A nuestro juicio, la errónea identificación que ha venido desarrollando la doctrina entre el principio de trascendencia y la infracción de garantías constitucionales tiene su fundamento en el análisis unitario de la institución, enfocado en la estructura del proceso civil. Allí, por cierto, el entorpecimiento de las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes comporta siempre una infracción de rango constitucional tanto para el actor como para el demandado, porque no existe entre ellos una relación de poder y, por tanto, las posibilidades de actuación de ambos caen siempre dentro del alcance de garantías de orden constitucional. Pero en el proceso penal, en que el lugar del actor es ocupado por el Estado, los derechos fundamentales están establecidos a favor del imputado y las normas que garantizan las posibilidades de actuación del Estado en el procedimiento son normas de *fair play* que tienen un rango meramente legal, por la sencilla razón de que el Estado no es titular de derechos constitucionales en el marco del proceso penal.[102]

---

[100] Vid. infra XI.D.2.5.1.

[101] En el mismo sentido se ha manifestado, HERNANDEZ BASUALTO (H.) al negarse a considerar la hipótesis de prueba ilícita basada en la nulidad del acto como una especie dentro del género de prueba ilícita basada en la infracción de garantías constitucionales, señalando que "tal conclusión pasaría por alto que las reglas sobre nulidad procesal no son tan exigentes, y que es perfectamente posible una declaración de nulidad aun cuando no se esté en presencia de una garantía fundamental amagada", HERNANDEZ BASUALTO (H.), cit., p. 44.

[102] Vid infra XI.D.2.4. Distinta, por cierto, es la situación del delito de acción penal privada, donde el actor es un particular que sí puede invocar en su favor

Lo anterior no va en desmedro de las posibilidades del ministerio público de solicitar la declaración de nulidad. Por el contrario, sólo en la medida en que no se identifique la exigencia de perjuicio del art. 159 CPP con la infracción de derechos o garantías constitucionales, el ministerio público tendrá derecho a promover el incidente de nulidad procesal. Dicho de otra manera, dado que el ministerio público no es titular de derechos fundamentales, la inobservancia de las formas procesales que atente contra sus posibilidades de actuación en el procedimiento sólo tendrá cabida en la medida que se acepte la procedencia de la nulidad procesal por mera infracción de normas de rango legal.

Por último, debe tenerse presente que la aceptación de que la nulidad procesal procede cuando la infracción tiene rango simplemente legal permite aplicar también la institución a los casos de la llamada *prueba irregular*, en que el vicio que afecta a la obtención de prueba no alcanza a constituir violación de derechos fundamentales.[103]

1.3. INICIATIVA

El incidente de nulidad procesal puede promoverse a petición de parte o de oficio. La legitimación activa para solicitar la declaración de nulidad la tiene el interviniente que ha sido perjudicado por el vicio y que no ha concurrido a causarlo (art. 162 CPP). No obstante, el tribunal puede declarar de oficio la nulidad cuando su fundamento fuere una infracción que hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución o en las demás leyes de la República (art. 163 CPP). En los demás casos, cuando el tribunal estimare que se ha producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, el tribunal tiene iniciativa para provocar la declaración de nulidad o su saneamiento, poniendo el vicio

derechos constitucionales, y habría que decir lo mismo de la víctima como acusador particular.

[103] Vid. supra IX.B.4.5.2.

en conocimiento del interviniente a quien estimare que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin de que "proceda como creyere conveniente a sus derechos" (art. 163 CPP).

1.4. Oportunidad y forma de promover el incidente

La nulidad procesal puede ser declarada respecto de cualquier acto viciado, sea que éste haya tenido lugar en la etapa de investigación, durante la audiencia de preparación, o durante el desarrollo del juicio oral.

La oportunidad y forma de promover el incidente de nulidad procesal varía conforme a lo dispuesto por el art. 161 CPP. Al tenor de esta norma, el incidente debe promoverse "en forma fundada y por escrito" dentro de los cinco días siguientes a aquel en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiguiere" o "verbalmente antes del término de la misma audiencia", si "el vicio se hubiere producido en una actuación verificada en una audiencia". A nuestro modo de ver, la aplicación de la segunda hipótesis supone que el perjudicado haya *estado presente* en la audiencia, ya que, de lo contrario, debe acudirse a la forma y oportunidad prevista para la primera hipótesis. De no entenderse así, todos los vicios cometidos en una audiencia en perjuicio del interviniente que no compareció quedarían saneados por el solo hecho de la incomparecencia, lo cual no parece razonable, particularmente si se tiene en consideración que, en muchos casos, será la propia audiencia la que será impugnada como acto viciado. Así, por ejemplo, si se hubiere omitido la citación de un interviniente a una audiencia de recepción anticipada de prueba y la audiencia se celebrare sin su consentimiento, es evidente que no podría impedirse al afectado promover el incidente de nulidad de la misma audiencia bajo el argumento de que debería haberlo promovido durante su desarrollo.

En relación con la alusión que la ley hace, dentro de la primera hipótesis, al momento en que el perjudicado "hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto", debemos entender, que se trata del conocimiento del "acto viciado" al que se refiere el art. 163 CPP, lo que supone conocimiento del vicio que afectaba al acto, ya que no se puede pretender el saneamiento de la

nulidad por el transcurso del plazo si el vicio permanecía oculto a la parte afectada por él. De hecho, ésta es la forma en que entendemos el alcance del art. 163 CPP en cuanto exige poner el "acto viciado"... "...en conocimiento del interviniente". La norma cubre casos en que al tribunal no le basta con que la parte tenga conocimiento de la existencia del acto, sino que desea asegurar que la parte lo ha saneado con plena conciencia de la existencia del vicio que el tribunal estima haberse producido.

La oportunidad para promover incidentes de nulidad con respecto a actuaciones verificadas durante la etapa de investigación se extingue, por preclusión, con la audiencia de preparación del juicio, de manera tal que la ley prohíbe reclamar de ellas con posterioridad a dicha audiencia (art. 161 CPP).

1.5. Saneamiento de la nulidad

La nulidad procesal puede sanearse expresa o tácitamente.

El saneamiento expreso se produce cuando el interviniente perjudicado por el acto acepta expresamente sus efectos; el saneamiento tácito se produce cuando el interviniente perjudicado no impetra su declaración en la oportunidad prevista por la ley o acepta tácitamente los efectos del acto viciado (art. 164 CPP).

El art. 164 CPP considera también como una hipótesis de saneamiento que el acto "cumpliere su finalidad respecto de todos los interesados", aunque excluye de esta hipótesis los casos en que la infracción hubiere impedido el pleno ejercicio de las garantías y derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República conforme al art. 160 CPP. En este punto la ley, más que establecer una hipótesis adicional de saneamiento, reafirma la exigencia general de perjuicio del art. 159 CPP.

1.6. Efectos de la declaración de nulidad

La declaración de nulidad de un acto conlleva también la nulidad de los actos consecutivos que de él emanaren o dependieren, pero corresponde al tribunal, al declarar la nulidad, determinar

concretamente cuáles son los actos a que la nulidad se extiende (art. 165 incisos 1° y 2° CPP). Esto no impide, por cierto, que la sanción de nulidad pueda aplicarse posteriormente a actos que emanan o dependen del acto viciado y que se ejecuten o celebren con posterioridad a la declaración de nulidad original.

Al declarar la nulidad, el tribunal puede ordenar que los actos viciados se renueven, rectifiquen o ratifiquen si esto resulta posible, pero tal facultad tiene un límite, que consiste en que no se puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, con la sola excepción que constituyen en esta materia los efectos del *recurso de nulidad* (arts. 165 inc. 3° y 386 CPP). En este punto, el CPP ofrece ejemplos, señalando que "de este modo, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declarare la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no podrá ordenar la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraerán el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral" (art. 165 inc. 3° CPP).

2. EL RECURSO DE NULIDAD

2.1. CONCEPTO

El recurso de nulidad puede ser definido, en Chile, como un recurso extraordinario que se interpone por la parte agraviada por una sentencia definitiva dictada en procedimiento ordinario, simplificado o de acción penal privada, ante el tribunal que la dictó, con el objeto de que el superior jerárquico que sea competente, en conformidad a la ley, invalide el juicio oral y la sentencia, o solamente esta última, 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 encuentran vigentes o cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido en lo dispositivo del fallo.

De la definición anterior se desprenden las características más importantes del recurso de nulidad: se trata de un recurso

extraordinario, porque para su interposición se requiere la concurrencia de una causal expresamente señalada en la ley; se trata de un recurso que, formalmente, se interpone ante el mismo tribunal que dictó la resolución (tribunal *a quo*), quien lo debe elevar, para su conocimiento y fallo, al tribunal jerárquicamente superior que corresponda, según el caso (tribunal *ad quem*); y, finalmente, da lugar a una revisión que está restringida a las causales de nulidad invocadas, las que, en el caso de verificarse como concurrentes, permiten la invalidación del juicio oral y la sentencia, o solamente de esta última, según corresponda.

2.2. Reglas aplicables

El recurso de nulidad está regido por las reglas especiales relativas a este recurso contenidas en el Título IV del Libro Tercero CPP (arts. 364 y ss.) y las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, contenidas en el Título I del Libro Tercero CPP (arts. 352 a 361). Supletoriamente a las anteriores, se le aplican también, por remisión del art. 361 CPP, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP (arts. 281 a 351) y, finalmente, en forma supletoria a todas las anteriores, por remisión del art. 52 CPP, las normas comunes a todo procedimiento contempladas en el Libro Primero del Código de Procedimiento Civil.

2.3. Resoluciones impugnables

El recurso de nulidad procede sólo en contra de la sentencia definitiva dictada por el tribunal del juicio oral en el procedimiento ordinario (arts. 372 CPP y 277 inc. final CPP) o por el juez de garantía en el procedimiento simplificado (art. 399 CPP) o en el procedimiento de acción penal privada (art. 405 CPP).[104]

Aunque el art. 372 CPP expresa que el recurso de nulidad procede para invalidar "el juicio oral y la sentencia", ello alude

[104] Procede también, aunque sólo por las causales de los arts. 373 letra a) y 374 CPP, en contra de la sentencia definitiva que se pronunciare en el procedimiento de extradición pasiva (art. 450 CPP).

únicamente a la extensión de los efectos de la declaración de nulidad de la sentencia en ciertos casos, pero no significa que el juicio oral, como tal, pueda ser impugnado por la vía de este recurso.[105] Debe recordarse, al efecto, que los recursos son medios de impugnación de resoluciones y no de actuaciones judiciales, según hemos tenido oportunidad de hacer notar ya, con anterioridad.[106]

2.4. Legitimación activa

En general, la legitimación activa del recurso de nulidad se concede a todos los intervinientes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 352 CPP. Debe recordarse que este derecho lo tiene la víctima aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento, conforme a lo previsto por el art. 109 letra f) CPP.

Se ha planteado, sin embargo, el problema de determinar si puede el ministerio público interponer recursos de nulidad fundados en la *infracción de derechos o garantías* (art. 373 letra a) CPP), o si, por el contrario, su posibilidad de ejercer tal recurso se encuentra limitada a la hipótesis de *errónea aplicación del derecho* (art. 373 letra b) CPP). Entre nosotros, CAROCCA PEREZ se ha manifestado partidario de un criterio restrictivo, señalando que "aunque el Código Procesal Penal no es claro, teniendo en cuenta que las garantías se le conceden al imputado en contra del Estado, sólo él puede recurrir por esta causal, sin que lo pueda hacer el ministerio público, ya que importaría que el Estado obtiene provecho de sus propias infracciones constitucionales".[107] MATURANA MIQUEL manifiesta discrepancia con esta posición, sosteniendo que "en el sistema acusatorio rige el principio de igualdad de armas, y si respecto del ministerio público se hubiere visto violado uno de sus derechos dentro del proceso, sufre un perjuicio que le permite también recurrir por este medio".

[105] En este sentido, nos parece incorrecta la afirmación de CHAHUAN SARRAS, en cuanto considera que el recurso de nulidad permite impugnar "sentencias o trámites" e incluye entre éstos el juicio oral. Cfr. CHAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 356.

[106] Vid supra IX.B.4.6.4.1.

[107] CAROCCA PEREZ, (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, cit., p. 265.

Añade que "además en nuestro sistema no se aprecia por qué razón se podría sostener semejante posición respecto del ministerio público y además de la víctima que pueda actuar como acusador particular, lo que importaría romper respecto de ella el principio de igualdad que se le debe reconocer para intervenir en el proceso al otorgársele mayores derechos con semejante interpretación solamente al imputado".[108]

La discusión ha alcanzado ya a la Corte Suprema chilena, quien ha venido desarrollando una línea jurisprudencial algo vacilante y no completamente consolidada a la fecha. Al comienzo, esta discusión se planteó de manera bastante tímida, como se puede observar, por ejemplo, en la sentencia dictada con fecha 30 de septiembre de 2002 en el recurso rol N° 2.538-02. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad en contra de una sentencia absolutoria invocando la infracción de las garantías del art. 19 N° 3° incs. 1° y 5° (igualdad ante la ley y debido proceso) fundado en que durante el juicio oral el tribunal se había negado a suspender la audiencia para obtener la comparecencia forzosa de un testigo de cargo que la fiscalía consideraba fundamental. La sentencia rechazó el recurso sosteniendo que el concepto de *debido proceso* "forma parte de la temática de los derechos humanos y nació hacia el interior de la defensa de estas garantías en todo orden de situaciones y en especial el de la legalidad del juzgamiento, por lo que la mayoría de las disposiciones establecidas en tales convenciones se refieren a la actividad jurisdiccional y especialmente en el plano de aquella que regula el proceso penal".[109] Aunque podría considerarse que esta decisión no implicaba todavía un pronunciamiento explícito sobre el tema que nos ocupa, tal carácter sí parecía desprenderse de la preocupación que tuvo el ministro Pérez Zañartu al expresar en su voto disidente que "el artículo 19 N° 3° incisos 1° y 5° de la Constitución Política de la República establece la garantía del debido proceso, que obliga al tribunal a utilizar un procedimiento y una investigación racional y justa" y que "esta garantía constitucional debe respetarse respecto de todas las partes del

[108] MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 238, nota 30.

[109] Recurso de nulidad rol N° 2.538-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor), Enrique Cury Urzúa, Milton Juica Arancibia y Nibaldo Segura Peña. Considerando 6°.

juicio, y en este caso tanto el ministerio público, representante de la sociedad en la investigación en todo proceso penal, como a favor del o de los imputados".[110]

La discusión apareció nuevamente en sentencia de 2 de octubre de 2002 dictada en el recurso rol 1.989-02. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad contra una sentencia absolutoria, invocando nuevamente la infracción del art. 19 N° 3° CPP, esta vez porque el tribunal del juicio oral se había negado a suspender la audiencia para asegurar la comparecencia de la víctima, cuya declaración era considerada por la fiscalía como "la parte más sustancial de la prueba ofrecida por el ministerio público".[111] La sentencia, aunque comienza cuestionando que esa fuera la oportunidad para entrar de lleno en el tema, termina adoptando una clara posición al respecto. Dice textualmente, en su considerando 2°: "Que, desde luego, no es ésta la sede apropiada para discurrir sobre la cuestión de si la garantía del debido proceso alcanza también a la actividad del ministerio público, pero, en todo caso, una vez más debemos expresar nuestras dudas sobre el particular. El ministerio público, como se sabe, es el titular exclusivo de la investigación y el que ejercita y sustenta la acción penal pública (artículo 77 del Código Procesal Penal). Se trata, por consiguiente, de un codetentador de la potestad punitiva del Estado. Ahora bien, el proceso penal es la forma institucionalizada del ejercicio de la violencia en que se materializa tal potestad punitiva, la cual, desde el momento en que fue monopolizada por el poder central, 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 elevadas de la organización jurídica mediante la garantía de un procedimiento estrictamente 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. Esa formalización y regulación es lo que constituye el 'debido proceso', que, contra lo que pareciera despren-

[110] Recurso de nulidad rol N° 2.538-02. Voto disidente del ministro señor José Luis Pérez Zañartu. Considerandos 1° y 2°.

[111] Vid. parte expositiva de la sentencia de la Corte Suprema en recurso de nulidad rol N° 1.989-02.

derse de las argumentaciones del recurrente a este respecto, no tiene realmente por objeto instaurar el 'fair play' entre contendientes de poderío equiparable, sino asegurar el respeto del más débil por parte de la potestad punitiva centralizada. En gran medida el giro hacia un derecho procesal contradictorio, oral y público, se funda en el propósito de preservar este equilibrio delicado e incierto, haciendo descender al estrado y someterse al escrutinio del juez y la sociedad al que investiga y persigue, en contraste con la posición de privilegio que le acordaba el viejo sistema inquisitivo, característico del Estado absoluto, y por eso desprestigiado en el presente. Por supuesto –y quizás por lo mismo que venimos argumentando– no puede excluirse por completo la posibilidad de que también el ministerio público esté en situación de invocar la garantía del 'debido proceso', pero, a la luz de cuanto se ha expresado, cabe afirmar que ello sólo ocurrirá en casos excepcionalísimos. En términos generales no creemos que el presente se cuente entre ellos...".[112]

En sentencia de 31 de marzo de 2003 dictada en el recurso rol N° 4.969-02, la Corte Suprema pareció encontrar uno que satisfacía el criterio de los "casos excepcionalísimos" impuesto en su fallo anterior. Se trataba de un recurso de nulidad deducido nuevamente por el ministerio público en contra de una sentencia absolutoria, invocando infracción del art. 19 N° 3° incisos 1° y 5° CPR. El fundamento de hecho era que el tribunal del juicio oral se había negado a recibir durante la audiencia la declaración del testigo Alejandro Eugenio Cárcamo Castillo debido a que en el Acta de Apertura del juicio oral aparecía erróneamente individualizado con el apellido paterno "Carmona", en lugar de "Cárcamo". La sentencia, tras considerar que, pese al error en cuestión, no existían dudas acerca de la individualidad del testigo ofrecido, sostuvo que "como corolario de todo lo expuesto se puede concluir que el Tribunal Oral de Talca, al negar lugar a la recepción del

[112] Recurso de nulidad rol N° 1.989-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Enrique Cury Urzúa (redactor), Milton Juica Arancibia, Nibaldo Segura Peña y abogado integrante señor Fernando Castro A. Considerando 6°. El fallo tuvo nuevamente el voto disidente del ministro José Luis Pérez Zañartu, que reprodujo en términos literales los considerandos ya transcritos de su voto disidente en la sentencia de 30 de septiembre de 2003. Vid. considerandos 1° y 2° del voto disidente.

testimonio de Alejandro Eugenio Cárcamo Castillo, uno de los testigos oculares de los hechos investigados, que, como el mismo fallo se permite aceptar, estaba en el lugar del homicidio, ha infringido formalidades del juicio de tal importancia que le han impedido la rendición de probanzas que ofreció uno de los intervinientes. Con ello, el ministerio público no pudo hacer uso de un medio probatorio que *lo priva injustificadamente del derecho a rendir prueba que la Constitución le garantiza* impidiendo que el tribunal reflexionara sobre ello deduciendo las consecuencias que estimara del caso" (el destacado es nuestro). A renglón seguido consideró que "por todo lo expuesto, el tribunal debe acoger la causal de nulidad del artículo 373 letra a) del Código Procesal Penal alegada por el recurrente en relación con el artículo 19 N° 3° de la Constitución Política de la República, ya que se ha negado al interviniente la rendición de la prueba de cargo ofrecida en su oportunidad".[113] La decisión, sin embargo, tuvo la fuerte disidencia de los ministros señores Chaigneau y Juica, quienes, discrepando aparentemente con el criterio de los "casos excepcionalísimos" utilizado en la sentencia de 2 de octubre de 2002, reiteraron los considerandos relativos a los orígenes y alcance del concepto de debido proceso que habían sido expuestos anteriormente en la sentencia de 30 de septiembre de 2002[114] y añadieron: "Que así planteadas las cosas, no se entiende cómo podría haberse incurrido en violación del debido proceso de las garantías del ministerio público. Si bien es cierto que la Constitución asegura a todas las personas, incluso las públicas, la garantía de que la sentencia dictada esté fundada en un proceso previo legalmente tramitado seguido conforme a un procedimiento e investigación racionales y justos, no es menos verdadero que en materia de persecución penal la Constitución ha querido conceder esta garantía a quien es perseguido por el Estado y no a su órgano persecutorio, máxime cuando éste tiene una organización

[113] Recurso de nulidad rol N° 4.969-02. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Enrique Cury Urzúa, José Luis Pérez Zañartu y Nibaldo Segura Peña (no hay constancia del redactor). Considerandos 13° y 14°.

[114] Cfr. decisión de mayoría de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor), Enrique Cury Urzúa, Milton Juica Arancibia y Nibaldo Segura Peña, considerandos 6° y 7°, recurso de nulidad rol N° 2.538-02, con voto disidente de los ministros señores Alberto Chaigneau del Campo y Milton Juica Arancibia, considerandos A, B y C, recurso de nulidad rol N° 4.969-02.

constitucional propia que le permite asegurar la presentación de las pruebas que demostrarían su pretensión punitiva".[115]

La clara definición de posiciones expresada en esta sentencia en torno al punto que nos ocupa pareció, sin embargo, diluirse parcialmente en sentencia de 9 de abril de 2003. En este caso, el ministerio público había recurrido de nulidad en contra de una sentencia condenatoria por el delito de abuso sexual de una menor, invocado violación del art. 19 N° 3° CPR, por el hecho de haberse negado el tribunal del juicio oral a suspender la audiencia para asegurar la comparecencia de una perito médico cuya declaración –estimaba la fiscalía– hubiera permitido acreditar el acceso carnal y con ello obtener sentencia condenatoria por el delito de violación. La Corte, tras estimar que la causa de la incomparecencia del perito (un feriado y viaje al extranjero) no era justificada, y que el ministerio público podría haber obtenido oportunamente su declaración bajo la modalidad de prueba anticipada, omitió toda referencia a si éste podía o no invocar la infracción de derechos o garantías y pareció asumir que sí podía, al resolver: "Que de todo lo antes expuesto se deduce que no se ha conculcado el derecho del ministerio fiscal a rendir una determinada prueba violándose el debido proceso, sino que ello ocurrió por cuanto dicho ministerio no la solicitó y por tanto no la rindió en la oportunidad fijada por la ley, por lo que no se ve cómo se habría violado sustancialmente la garantía constitucional alegada por el recurrente".[116] Sólo la prevención del ministro Chaigneau pareció recordar ligeramente la existencia de una controversia jurídica sobre la materia, al precisar que "sólo tiene presente para decidir como se ha hecho la circunstancia que al ministerio público no le asiste la facultad de reclamar violación del debido proceso en razón de no recibirse una prueba suya, toda vez que dispone de una organización y facultades que le permiten asegurar la presentación oportuna de las mismas".[117]

---

[115] Recurso de nulidad rol N° 4.969-02. Voto disidente de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo (redactor) y Milton Juica Arancibia. Considerando D.

[116] Recurso de nulidad rol N° 558-03. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa, Nibaldo Segura Peña y los abogados integrantes señores Fernando Castro A. (redactor) y Emilio Pfeffer P. Considerando 10°.

[117] Recurso de nulidad rol N° 558-03. Prevención del ministro señor Alberto Chaigneau del Campo.

En nuestra opinión, el ministerio público está impedido de interponer recursos de nulidad fundados en la infracción de derechos y garantías constitucionales, toda vez que, en el proceso penal, tales derechos están establecidos como salvaguardas frente al ejercicio del poder estatal para la persecución de los delitos y no en favor del Estado.[118] Para resolver el problema suscitado por la invocación de estos derechos por parte del ministerio público debe recordarse que, bajo el principio acusatorio formal, el Estado como monopolizador del poder de persecución penal divide las funciones de acusar y decidir en dos órganos distintos, que no por ello dejan de ser los representantes y detentadores, en su conjunto, de la totalidad de ese poder. De esta manera, cada vez que el ministerio público invoca la afectación de derechos fundamentales por parte del tribunal del juicio cae en una contradicción esencial, cual es la de afirmar que el Estado, al cual representa como acusador, ha sufrido una afectación en sus derechos por parte del propio Estado, al que el tribunal representa como decisor y, como si lo anterior fuera poco, lo hace para solicitar que se le conceda una nueva oportunidad para obtener la condena del acusado. A nuestro modo de ver, no se puede aceptar que el Estado se beneficie de su propia culpa o dolo ni puede obligarse al acusado a sufrir perjuicios por los errores cometidos por los órganos de la persecución penal.

Es cierto que el ministerio público puede ver afectadas sus posibilidades de obtener éxito en su pretensión punitiva por la violación de las reglas de procedimiento cometida por el tribunal, pero otra cosa es considerar que esas violaciones puedan considerarse atentatorias contra un derecho o garantía constitucional del ministerio público. Como hemos visto, la violación de las formas procesales que atenta contra las posibilidades de actuación del ministerio público está explícitamente sancionada en nuestro sistema a través de la nulidad procesal del art. 159 CPP, pero no siempre a través del recurso de nulidad, que no tiene en este punto la misma extensión. Lo anterior implica que los vicios de procedimiento cometidos durante un juicio oral en

[118] Vid. HORVITZ (M.) "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", REJ, N° 3, año 2003, pp. 133-143.

perjuicio del ministerio público pueden dar motivo a la declaración de nulidad de la audiencia a través del incidente de nulidad regulado por el Título VII del Libro I CPP, pero no a través del recurso de nulidad regulado en el Título IV del Libro III CPP.

2.4.1. *Renuncia y desistimiento del recurso*

Conforme a las reglas generales aplicables a todos los recursos, el recurso de nulidad se puede renunciar por el agraviado, antes de su interposición, ya sea en forma expresa o tácita. Si el recurso ya ha sido interpuesto, el recurrente puede también desistirse del mismo (art. 354 CPP).

Las normas que facultan la renuncia y desistimiento del recurso de nulidad se encuentran dentro de las disposiciones generales aplicables a todo recurso que analizamos en el capítulo relativo al recurso de apelación, al cual nos remitimos, en lo pertinente.[119]

2.5. CAUSALES

Como hemos dicho, el recurso de nulidad es un recurso extraordinario, ya que, de conformidad con lo dispuesto por el art. 372 CPP, se concede para invalidar el juicio oral y la sentencia definitiva, o solamente ésta, "por las causales expresamente señaladas por la ley".

Las causales de nulidad del CPP chileno fueron concebidas por el legislador teniendo en mente la intención de establecer un "recurso amplio... que facilite la revisión por parte del tribunal superior", considerándose que si se hubiera estructurado sobre la base de causales demasiado específicas se habría vulnerado la garantía del derecho a revisión del fallo condenatorio reconocido por el art. 8° de la CADH o "Pacto de San José de Costa Rica".[120]

Por esta razón, el CPP contempla dos *causales genéricas*,[121] que se consagran en el art. 373 CPP. Esta disposición reza textualmente:

---

[119] Vid supra XI.C.4.1.1.

[120] Vid. PFEFFER, cit., pp. 369-70.

[121] Tomamos la expresión de la discusión legislativa (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369).

"*Causales del recurso.* Procederá la declaración de nulidad del juicio oral y de la sentencia:

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

A continuación, analizaremos estas causales en el mismo orden.

2.5.1. *Infracción sustancial de derechos o garantías*

La infracción sustancial de derechos o garantías es la primera causal genérica del recurso de nulidad. Conforme a la discusión legislativa de la norma en el Senado, el objetivo al que apunta sería "la cautela del racional y justo procedimiento", lo que se lograría "mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule".[122] La misma identificación entre el concepto de infracción sustancial de derechos o garantías ocurrido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, por una parte, y garantía del debido proceso, por la otra, ha manifestado buena parte de la doctrina nacional.[123]

En realidad, sin embargo, lo que protege el recurso de nulidad conforme a lo expresado por el art. 373 letra a) son todos los "derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes", lo que excede con mucho el marco del derecho al debido proceso, a menos, claro, que se entienda que todos los derechos y garantías de la Constitución y los tratados pueden ser incluidos dentro de dicho concepto de debido proceso,

[122] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369.

[123] Vid., por todos, CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, pp. 318-320.

algo que nos hemos resistido a aceptar ya, anteriormente.[124] Por lo pronto, debe tenerse presente que la protección de las garantías constitucionales durante el desarrollo del procedimiento penal no sólo comprende los derechos del imputado, sino también de "terceros", como se desprende de los arts. 80 A inc. 3° CPR y 9° CPP, y que las garantías comprometidas por la investigación no son sólo de orden judicial, sino que incluyen libertades individuales de alcance más amplio, como ocurre, por ejemplo, con el derecho a la privacidad.[125]

Lo que parece haber motivado la confusión entre la hipótesis del art. 373 letra a) y la garantía del debido proceso es la exigencia que esta norma contempla en orden a que la infracción de derechos o garantías se haya cometido "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia". Aunque la referencia al juicio debe, naturalmente, entenderse hecha al juicio oral, ello no significa que una inobservancia formal ocurrida durante la etapa de investigación o la etapa intermedia no pueda también dar lugar a la invocación de esta causal, ya que lo normal será que la infracción sustancial de derechos o garantías que afecta al acto en esas etapas vicie también de nulidad el acto de recepción de la prueba así obtenida y que se rinde luego durante el desarrollo del juicio oral.[126]

---

[124] Sobre nuestros reparos a la utilidad del concepto de debido proceso en Chile, vid. tomo I, II.C.2.2.1.2.

[125] Vid. supra IX.B.1.2.

[126] En este sentido, resulta preocupante el criterio insinuado por nuestra Corte Suprema en sentencia de 4 de junio de 2003 en la que, observando que el vicio imputado se habría cometido en la etapa de investigación y recordando que el artículo 373 letra a) CPP se refiere a infracciones cometidas "en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia", sostuvo que "De lo anterior se sigue que la infracción denunciada para fundar el recurso ha de haberse cometido en las oportunidades señaladas, lo que no ocurre en la especie, puesto que el reproche se dirige a una actuación procesal anterior a la apertura del juicio oral, de manera que el recurso planteado no puede admitirse, atendido que la naturaleza de la resolución recurrida no la hace impugnable por este medio". Recurso de nulidad ingreso N° 1.932-03, considerando 3°. De asentarse un criterio interpretativo de este tipo, la totalidad de los problemas planteados por la admisión incorrecta de prueba ilícitamente obtenida quedaría sin control a través del recurso de nulidad, lo que contradice abiertamente el sentido del art. 277 inciso final CPP y afecta uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de garantías. Confiamos en que las decisiones posteriores de nuestra Corte Suprema corregirán el error aquí planteado.

Así entendido el problema, es perfectamente posible la interposición de un recurso de nulidad fundado en los efectos que en la dictación de la sentencia produjo, por ejemplo, la vulneración de una garantía de la que es titular una persona diversa del imputado o de una garantía que no tiene naturalmente una dimensión judicial, como es el derecho a la privacidad.[127] La conclusión anterior parece evidente si se considera que, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 276 inc. 3° y 277 inc. final CPP, el auto de apertura no es apelable en cuanto niega lugar a la solicitud de exclusión de prueba ilícita, lo que, sin embargo, se entiende "sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dictare en el juicio oral, conforme a las reglas generales". Como se aprecia, entonces, resulta completamente procedente y la ley ha previsto explícitamente la posibilidad de que el recurso de nulidad tenga por fundamento la infracción de un derecho o garantía ocurrido durante las etapas de obtención de prueba, lo que parece quedar excluido por la errónea identificación de la causal del art. 372 letra a) con la garantía del debido proceso.[128] En los casos que proponemos, la admisión de la prueba ilícita en la tramitación del juicio oral y la apreciación que el juez hace de ésta en la sentencia definitiva es lo que constituye la infracción sustancial de derechos o garantías ocurrido *en la tramitación del juicio* o *en el pronunciamiento de la sentencia,* en los términos del art. 373 letra a) CPP.[129]

La infracción de derechos o garantías debe haber sido *sustancial,* lo que implica que no toda infracción determina automáticamente la nulidad del juicio oral y la sentencia. El carácter *sustancial* de la infracción supone, en primer lugar, que la infracción sea de tal entidad que comprometa los aspectos esenciales de la garantía, decisión que debe ser adoptada sobre la base del criterio de proporcionalidad. En este punto, la idea de infracción sustancial podría ser perfectamente asociada a la teoría del entorno jurídico desarrollada por la jurisprudencia alemana en relación con la prueba ilícita, que exige que la infracción cons-

[127] Vid. supra IX.B.1.2.

[128] Vid supra IX.B.4.7.2.1.

[129] En la misma línea, CERDA SAN MARTIN (R.), *Etapa intermedia...*, cit., p. 292.

titucional alegada afecte en forma esencial el ámbito de derechos del recurrente y no sea de una importancia secundaria o no tenga importancia alguna para él.[130] Nuestra Corte Suprema ha avanzado ya, en esta línea, declarando que, al requerir la ley que la infracción sea "sustancial", está exigiendo que "sea trascendente, de mucha importancia o gravedad, de tal modo que el defecto sea, en definitiva, insalvablemente ineficaz frente al derecho constitucional del debido proceso".[131]

A nuestro juicio, la exigencia de "infracción sustancial" pretende sustituir, para efectos del recurso de nulidad fundado en la letra a) del art. 373 CPP, la exigencia de "influencia en la parte dispositiva de la sentencia", que el art. 375 contempla con respecto a "los errores de la sentencia recurrida", expresión que entendemos aplicable exclusivamente al art. 373 letra b) CPP.[132] No obstante, sea que el art. 375 CPP se considere o no aplicable a la hipótesis del art. 373 letra a) CPP, nos parece que la exigencia de *influencia sustancial en lo dispositivo de la sentencia* le resulta plenamente aplicable, toda vez que el recurso de nulidad supone la exigencia general del agravio, aplicable a todo recurso, y la exigencia general del perjuicio aplicable a toda nulidad. Para que la infracción sustancial de derechos o garantías pueda servir, así, de fundamento suficiente a un recurso de nulidad, debe haber "ocasionado a los intervinientes un perjuicio reparable sólo con la declaración de nulidad", que existirá "cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento" conforme a lo previsto por el art. 159 CPP.[133]

---

[130] Vid. supra IX.B.4.3.1.3.

[131] Sentencia de la Corte Suprema en recurso de nulidad rol N° 3.319-02 (considerando 9°), RPP N° 4, diciembre de 2002, p. 41. En el caso planteado la infracción constitucional imputada se basaba en el incumplimiento de las formas previstas para la incautación, registro y conservación de un arma, las que fueron consideradas insuficientes para satisfacer el estándar legal de "sustancialidad".

[132] En la misma línea, aparentemente, CAROCCA PEREZ (A.), *Nuevo proceso penal*, p. 321. En contra, también aparentemente, CHAHUAN SARRAS (S.), cit., p. 356.

[133] MATURANA MIQUEL participa de esta idea en cuanto considera aplicable al recurso de nulidad el requisito que establece el art. 159 CPP conforme al cual la inobservancia de las formas procesales debe haber importado "una violación de un derecho o garantía que ha atentado contra las posibilidades de actuación del interviniente del procedimiento que deduce el recurso". Discrepamos, sin

Como hemos dicho anteriormente, esta exigencia debe ser interpretada precisamente en el sentido de *influencia en lo dispositivo del fallo* o, si se prefiere, como "desventaja de la parte respecto a sus posibilidades de obtener una decisión jurisdiccional favorable".[134] De esta manera, el carácter *sustancial* de la infracción supone también, en segundo lugar, que ella influya en lo dispositivo del fallo.

La conclusión anterior viene reafirmada por la consagración en el art. 374 CPP de los motivos absolutos de nulidad, ya que, conforme a la discusión de la norma en el Senado, se trata de situaciones que "importan necesariamente perjuicio para el interviniente, y sustancial, desde el momento en que constituyen una infracción manifiesta a las garantías".[135] Si el legislador consideró necesario establecer, en ciertos casos, causales específicas para excluir al recurrente de la necesidad de demostrar el perjuicio ocasionado por la infracción de derechos o garantías resulta evidente que, en los casos no cubiertos por esas causales específicas, dicho perjuicio se debe demostrar, lo que supone una relación directa entre la infracción cometida y la decisión jurisdiccional adoptada.

2.5.1.1. Los motivos absolutos de nulidad

El art. 374 CPP establece los denominados "motivos absolutos de nulidad", que fueron establecidos con la intención de crear formas objetivadas de la causal genérica del art. 373 letra a) CPP.[136]

embargo, con su pretensión de que esta exigencia sea suficiente para definir el concepto de "infracción sustancial", ya que ella deja de lado el problema de la entidad de la infracción con respecto al derecho comprometido. Cfr. MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 245.

[134] Vid supra XI.D.1.2.

[135] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.

[136] Precisamente por esta razón hemos optado por analizar los motivos absolutos de nulidad dentro de la causal genérica de "infracción sustancial de derechos o garantías". Alternativamente, se las estudia en forma independiente de las causales genéricas de nulidad bajo la dominación de "causales específicas", lo que nos parece también válido como método de sistematización alternativo (cfr. MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 242-254; CERDA SAN MARTIN (R.), cit., pp. 279-292.

Se trata, conforme quedó constancia en las actas legislativas, de "casos en que el propio legislador determina que, por la gravedad de los hechos en que se sustentan, ha existido infracción sustancial de las garantías".[137] Lo anterior significa que en las hipótesis del art. 374 CPP nos encontramos ante causales objetivas de nulidad procesal en que no cabe entrar a discutir si la infracción es sustancial o no, esto es, si afecta o no la garantía en sus aspectos esenciales y si influye o no en lo dispositivo del fallo.

Los motivos absolutos de nulidad enumerados por el art. 374 CPP son los siguientes:

a) Cuando la sentencia hubiere sido pronunciada por un tribunal incompetente, o no integrado por los jueces designados por la ley; cuando hubiere sido pronunciada por un juez de garantía o con la concurrencia de un juez de tribunal de juicio oral en lo penal legalmente implicado, o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente; y cuando hubiere sido acordada por un menor número de votos o pronunciada por menor número de jueces que el requerido por la ley, o con concurrencia de jueces que no hubieren asistido al juicio.

Este motivo absoluto de nulidad está vinculado con el derecho al juez imparcial[138] y natural,[139] el derecho al juicio previo[140] y el derecho al juicio oral.[141]

Debe tenerse presente que, para que se active esta hipótesis, basta la concurrencia de un solo juez legalmente implicado o cuya recusación estuviere pendiente o hubiere sido declarada por tribunal competente.[142] Aquí no es aplicable la disposición del art. 76 inc. final CPP, porque la inhabilidad del juez no ha sido declarada durante el desarrollo del procedimiento, conforme lo exige dicha norma, y no se ha excluido al juez implicado o recusado del proceso de deliberación. La participación del juez implicado o recusado en la deliberación contamina así toda la sentencia, aun cuando el pronunciamiento hubiere sido unánime.

[137] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.
[138] Vid. tomo I, II.C.2.1.3.
[139] Vid. tomo I, II.C.2.1.2.
[140] Vid. tomo I, II.C.2.2.1.
[141] Vid. tomo I, II.C.2.3.2.
[142] En el mismo sentido MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 247.

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.

Esas personas son los jueces que integran el tribunal de juicio oral en lo penal, el fiscal y el defensor.

Las garantías comprometidas por este motivo absoluto de nulidad son, entre otras, el derecho al juicio previo y el derecho de defensa, sin excluir, por cierto, el derecho al juicio oral en cuanto garante de la inmediación.

En relación con la aplicación de la hipótesis a los jueces, debe tenerse presente que la ausencia de un solo juez no es causal suficiente de nulidad, ya que ella puede ser suplida a través de su reemplazo por uno de los denominados "jueces alternos",[143] que son aquellos convocados adicionalmente, conforme a lo previsto por el art. 281 inc. 5° CPP.[144] Aun cuando no existiera juez alterno, la ausencia de un solo juez no es suficiente para configurar el motivo absoluto de nulidad si se puede aplicar lo dispuesto por los arts. 284 inc. 2° y 76 CPP, que permiten la validez del juicio y la sentencia si los dos jueces restantes que hubieren concurrido a toda la audiencia alcanzaren la unanimidad en el pronunciamiento del fallo. En relación con la exigencia de presencia continua del fiscal, debe tenerse presente que ello se entiende sin perjuicio de la hipótesis de forzamiento de la acusación conforme a lo dispuesto por el art. 258 CPP, en que se ha autorizado al querellante para formular y sostener la acusación en lugar del ministerio público. Cualquier infracción a la obligación de presencia ininterrumpida de los jueces y del ministerio público que no quede comprendida en estas situaciones excepcionales conlleva la nulidad del juicio oral y la sentencia, conforme a lo previsto por el inciso final del art. 284 CPP. En lo que se refiere al defensor, la exigencia de presencia ininterrumpida durante todo el juicio oral adquiere un carácter absoluto, porque no admite excepciones: el art. 286 CPP precisa que se trata de un requisito de validez de la audiencia anticipando su consagración como motivo absoluto de nulidad.

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga.

[143] Vid. CERDA SAN MARTIN (R.), cit., pp. 64-65.
[144] Vid. tomo I, III, C.2.2.2.

La garantía comprometida por este motivo absoluto de nulidad es, por cierto, el derecho de defensa. Las facultades que la ley otorga al defensor han sido ya analizadas anteriormente en esta obra.[145]

Nótese que la ley no ha considerado como motivo absoluto de nulidad la circunstancia de que se le hubiere impedido *al fiscal* ejercer las facultades que la ley le otorga. Este hecho, es, a nuestro juicio, una manifestación de que la ley no ha considerado las facultades del ministerio público como parte de un derecho o garantía constitucional que pudiere haber sido afectado, lo que reafirma la idea de que el ministerio público carece de legitimación activa para interponer el recurso de nulidad por infracción del art. 373 letra a) CPP.[146]

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio.

Las garantías comprometidas en este caso son el derecho al juicio oral y público, a cuyos alcances nos hemos referido ya, con anterioridad.[147]

e) Cuando en la sentencia se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el artículo 342, letras c), d) o e).

La disposición debe ser relacionada con la exigencia legal de fundamentación de las sentencias, que en la disposición aludida requiere que ésta contenga: "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297" (art. 342 letra c) CPP); "las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar el fallo" (art. 342 letra d) CPP); y "la resolución que condenare o absolviere 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" (art. 342 letra e) CPP).

---

[145] Vid. tomo I, III.D.3.2.4.

[146] Vid. supra XI.D.2.4.

[147] Vid. tomo I,II.C.2.3 y supra X.2.1.

Un primer aspecto que debe ser analizado con relación a esta causal es el alcance que el legislador pretendió darle como medio de controlar el respeto a las normas relativas a la apreciación de la prueba, cuya infracción estaba originalmente considerada como causal del denominado "recurso extraordinario". Este recurso había sido propuesto por la Cámara de Diputados y tenía por objeto permitir la impugnación de "la sentencia definitiva *condenatoria* del juicio oral que *se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia*".[148] Aunque esa iniciativa no prosperó en el Senado, se dejó constancia que el motivo absoluto de nulidad contemplado en la letra e) del art. 374 CPP, "consiste en que la sentencia hubiera omitido alguno de los contenidos que necesariamente deben figurar en ella, entre los cuales se cuenta la valoración de los medios de prueba que fundamentaren las conclusiones acerca de los hechos y circunstancias que se dieren por probados", y se añadió a renglón seguido que: "*De esta manera* se recoge la inquietud que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario, pero con mayor propiedad, puesto que la causal que éste contemplaba, en orden a que los jueces del juicio oral se hubiesen apartado en forma manifiesta y arbitraria de la prueba rendida o, lo que es lo mismo, que apreciaron mal la prueba, no se compadece con el hecho de que ellos tienen la facultad de apreciar libremente la prueba, salvo ciertos límites que tienen que ver con las reglas de lógica formal, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Si se apreció bien o mal la prueba, por tanto, no es un aspecto que esté sujeto al control de un tribunal superior. Otra cosa es la revisión que éste puede hacer acerca de la relación lógica entre la valoración de la prueba que los sentenciadores hacen y las conclusiones a que llegan en su fallo".[149]

[148] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367 (el destacado es nuestro).

[149] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370. En el Informe del Senado se dejó constancia de las razones por las cuales se prefirió esta solución a la alternativa propuesta por la Cámara de Diputados al crear un recurso extraordinario que procedía contra "la sentencia condenatoria del juicio oral que se aparte manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida en la audiencia" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367). Consideró al respecto, el Senado, que "La idea que tuvo la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario fue la de cubrir un ámbito de arbitrariedad que hoy es remediable por el recurso de casación cuando se infringen las leyes reguladoras de la prueba, en el contexto de la prueba legal o tasada. Pero, dentro del nuevo Código, que instaura un sistema de apreciación de la prueba

Resulta evidente, entonces, que el sistema procesal chileno, no obstante reservar los problemas de apreciación de la prueba al tribunal de primera instancia, faculta al tribunal superior que conoce del recurso de nulidad para revisar que la libre apreciación de la prueba no entre en contradicción con los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. Esta es la conclusión que surge de la vinculación entre el motivo absoluto de nulidad del art. 374 letra e) CPP, que consagra como tal la omisión en la sentencia del requisito del art. 342 letra c) CPP, que, a su vez, requiere que la sentencia contenga "la exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamentaren dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 297". El art. 297 CPP, por su parte, señala en su inciso 1° que "los tribunales apreciarán la prueba con libertad, pero no podrán contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados". Lo que el tribunal de alzada hará, entonces, cuando observe la vio-

no sometido a predeterminadas valoraciones legales, no resultaría procedente recurrir de casación fundada en la violación de las normas de apreciación de la prueba. Se quiso, entonces, que en casos excepcionales, generados por ejemplo por el hecho de que la presión social en un lugar determinado hubiere llevado al tribunal de juicio oral a apreciar abiertamente en forma arbitraria la prueba rendida y, sobre esa base, dictar sentencia condenatoria en circunstancias que debió absolver, pudiera subsanarse esa injusticia. Y la forma de remediarla no sería anulando el fallo y dictando sentencia de reemplazo, sino ordenando la repetición del juicio oral. Se consideró razonable esa preocupación, pero surgió el temor de que el recurso extraordinario, en la práctica, se transforme en ordinario, y, so pretexto de que el tribunal se ha apartado manifiesta y arbitrariamente de la prueba rendida, se pida habitualmente que la Corte de Apelaciones revise los registros del juicio oral. Eso, por una parte, recargaría el sistema indebidamente, al permitir que se eleven a la Corte de Apelaciones todas, o casi todas, las causas falladas por el tribunal de juicio oral con resultado de condena. Por otra parte, sería incongruente con el rechazo del recurso de apelación, lo que se acordó por entender que el tribunal de juicio oral, que es el que recibió la prueba, es el más idóneo para valorarla y dictar la sentencia, ya que, en el fondo, desde el punto de vista de la valoración de la prueba, se permitiría que la Corte de Apelaciones hiciera, vía recurso extraordinario, lo que no se quiso que se realizara vía recurso de apelación" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369). Sobre la significación de la "libre valoración de la prueba" y el deber de motivar la sentencia de modo íntegro, lógico y racional, véase también supra X.3.3.

lación, en la sentencia, de los límites impuestos a la valoración de la prueba, es declararla nula por falta de una debida fundamentación de la sentencia.[150]

La vinculación entre apreciación de la prueba, motivación de la sentencia y control de ambas a través del régimen de recursos, ha sido destacada, entre otros, por FERRAJOLI, para quien "los criterios, los métodos y las reglas de la inducción son criterios, métodos y reglas epistemológicos antes que jurídicos" pero que, al ser incorporados en la ley (como lo hace nuestro art. 297 inc. 1° CPP), pasan a ser "doblemente normativos, esto es, no sólo como reglas lógicas, sino también como reglas jurídicas". Y sigue: "se obtiene así que, tanto para ellas como para todas las normas, la única garantía de efectividad es la censura jurisdiccional de su violación. A diferencia de la inducción científica, donde la falta de respeto a las reglas de la lógica tiene como sanción el rechazo de las tesis así inducidas por parte de la comunidad científica, la inducción judicial concluye con una sentencia, y, por tanto, la falta de respeto a tales reglas puede ser reparada sólo mediante la censura por parte de otro órgano de autoridad. En este sentido, se puede decir que el control lógico del razonamiento probatorio constituye una unidad con la garantía de la motivación y, más aún, con la garantía de la prueba".[151]

En segundo lugar, resulta importante destacar que la garantía comprometida en este artículo es el derecho al juicio previo, en cuanto éste conlleva el derecho a la sentencia judicial de condena como fundamento de la pena y la obligación de fundamentación de las sentencias como una garantía del imputado.[152] Esta constatación deja en evidencia la íntima vinculación de este motivo absoluto de nulidad con la sentencia condenatoria en materia penal, pero plantea al mismo tiempo un problema: ¿constituye también un motivo absoluto de nulidad cuando

[150] Hemos dicho ya que este control es necesario para evitar, en casos extremos, la arbitrariedad del tribunal de primera instancia en la formación de su convicción, pero que, al mismo tiempo, genera el riesgo de que los tribunales superiores lo utilicen a través de una interpretación amplia, como un mecanismo para entrar en una revisión de los hechos, amenazando el principio de inmediación que busca garantizar el juicio oral. Vid. supra IX.C.2.4.3.

[151] FERRAJOLI (L.), *Los valores...*, cit., p. 47.

[152] Vid. tomo I, II.C.2.2.1.1.

la falta de esa fundamentación es un defecto del que adolece la sentencia *absolutoria*?

Si recordamos que la intención legislativa al incorporar esta causal era recoger la inquietud de la Cámara de Diputados en torno a la posibilidad de que se dictara arbitrariamente una sentencia *condenatoria*,[153] parece evidente que la respuesta debiera ser negativa.

Sin embargo, el problema se ha resuelto ya, de manera distinta, en el que ha sido conocido públicamente como *Caso de los Loncos Mapuches*.[154] En este caso, el ministerio público interpuso recurso de nulidad en contra de la sentencia absolutoria de primera instancia dictada con fecha 14 de abril de 2003, fundado, entre otras causales, en el motivo absoluto de nulidad del art. 374 letra e) CPP. La sentencia dictada por la Corte Suprema acogió el recurso, considerando que el motivo se encontraba configurado, en la especie, porque la sentencia absolutoria carecía de suficiente fundamentación. En su párrafo más relevante, sostuvo la Corte que "resulta claro y evidente que sobre la eventual participación de los imputados tanto el ministerio público como los querellantes rindieron durante la secuela del juicio oral una serie de pruebas a que se hizo expresa referencia, las que, sin embargo, el único fundamento (sic) que trata sobre la materia las ignora absolutamente y, por lo tanto, no se hace cargo de ella, no da razones para su eventual exclusión o aceptación, no las valora del modo que exige la ley, de suerte que los hechos que los jueces den por acreditados no contradigan realmente los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados, única forma de impedir cualquiera peregrina idea de arbitrariedad por parte del sentenciador".[155]

El ministro Juica, en voto disidente de este mismo fallo, discrepó de la mayoría, lo que hizo "aun aceptando que la senten-

[153] Vid nota 152.

[154] Contra Pascual Pichón Paillalao y otros, R.U.C. N° 0100083503-6, R.I.T. N° 2-2003, del Tribunal Oral en lo Penal de Angol, recurso de nulidad ante la Corte Suprema rol N° 1.743-03.

[155] Recurso de nulidad rol N° 1.743-03. Decisión de los ministros de la Segunda Sala de la Corte Suprema señores Alberto Chaigneau del Campo, Enrique Cury Urzúa, José Luis Pérez Zañartu, y Nibaldo Segura Peña (redactor). Considerando 8°.

cia impugnada no constituye un modelo de resolución por la forma suscinta (sic) en que aparece fundamentada, en especial en lo que se refiere a los hechos no demostrados en torno a la participación criminal y ciertamente por el ligero análisis de las pruebas verificadas en la audiencia del juicio". En su opinión, sin embargo, "dichas anomalías, en lo que atañe a un imputado, no resultan bastantes para convencer de la concurrencia de la causal de nulidad absoluta" (considerando 5°). A juicio del disidente, "el grado de exigencia en cuanto a los requisitos de la sentencia definitiva escrita, necesariamente deberá ser distinto según sea la decisión de condena o absolución que se adopte" (considerando 7°). Añadió, asimismo: "Que lo anterior no significa desmerecer la exigencia de fundamentación de las sentencias que exigen los artículos 36, 297 y 342 del Código Procesal Penal, que sigue siendo básica para que la sociedad comprenda las razones contenidas en las decisiones jurisdiccionales. El disidente sólo enfatiza que es fundamental explicar con el máximo de detalles y con valoración absoluta de la prueba en cuanto a la convicción de condena, ya que en esta situación el Estado debe explicar a través de la jurisdicción que la calidad de inocencia de un imputado ha sucumbido frente a la prueba de cargo, la que en su valoración ha permitido dar por probados hechos y circunstancias básicos relativos a la existencia del hecho punible y a la culpabilidad del imputado y, en esta tarea, la exigencia frente al castigo indudablemente tiene que ser de mayor rigurosidad que cuando el acusador no logra vencer esta convicción de condena que conlleva a la absolución" (considerando 10°).

A nuestro modo de ver, el cuestionamiento que plantea el voto disidente a la necesidad de fundamentación de la sentencia condenatoria debe ser llevado a términos absolutos, hasta el punto de entender que no sólo la obligación de fundamentación es *más liviana*, sino *completamente inexistente* como causal del recurso de nulidad. La primera razón para sostener esta tesis tiene que ver con la historia de la ley: en la incorporación de esta causal como fundamento del recurso de nulidad, en el Senado, fue considerada –como decíamos antes– la manera de recoger la inquietud que había tenido la Cámara de Diputados al crear el recurso extraordinario, que sólo permitía impugnar las sentencias que se apartaran manifiesta y arbitrariamente de la prue-

ba rendida en la audiencia del juicio oral cuando se trataba de *sentencias condenatorias.*[156] A la misma conclusión se llega, por otra parte, si se tiene en consideración la función que cumplen en el sistema los motivos absolutos de nulidad. Si éstos han de ser considerados formas objetivadas de la infracción sustancial de derechos o garantías aludida en el art. 373 letra a) CPP, parece evidente que la fundamentación de la sentencia sólo constituye un *derecho o garantía* cuando sirve de base a una sentencia condenatoria. Así, el art. 1° CPP, al traducir a términos legales el derecho al juicio previo, señala 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". Como se ve, si bien la sentencia absolutoria requiere también fundamentación, conforme al art. 36 CPP, tal exigencia no alcanza a ser considerada como integrante de un derecho o garantía constitucional, al tenor del art. 1° CPP.

Pero lo anterior no se desprende solamente de ese principio, sino en especial del art. 344 CPP. Dicha norma, que fija plazo para la redacción de la sentencia definitiva, contempla como sanción a su infracción la nulidad del juicio "a menos que la decisión hubiere sido de absolución del acusado". Y añade luego que "si siendo varios los acusados, se hubiere absuelto a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprenderá a quienes hubieren sido condenados". Como resulta obvio, si la ley ha contemplado una hipótesis en que la decisión de absolver subsiste incluso frente a la completa omisión posterior de las obligaciones de redacción y lectura de la sentencia, no puede pretenderse que un defecto de insuficiente fundamentación en una sentencia absolutoria efectivamente redactada pueda constituir un motivo suficiente para declarar su nulidad.

Como hemos advertido previamente, la sola posibilidad de impugnar sentencias absolutorias es una característica de nuestro sistema que pone en duda la consistencia de nuestro proceso penal con la prohibición de doble incriminación.[157] Admitir, sin embargo, la posibilidad de que se impugnen sentencias ab-

[156] Véase texto de la norma propuesta por la Cámara de Diputados en PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 367.

[157] Vid. supra XI.A.3.4.

solutorias en base a insuficiente fundamentación adquiere dimensiones del todo intolerables. Si se admitiera lo anterior, se estaría permitiendo que el Estado se beneficie de su propia negligencia o, en el mejor de los casos, de su propia incapacidad para expresar adecuadamente los motivos que lo han llevado a absolver, permitiéndole entonces –como si tal negligencia o incapacidad mereciera ser premiada– disponer de una nueva oportunidad para obtener la condena del que anteriormente había declarado inocente.[158]

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el artículo 341.

El derecho comprometido en este caso es el derecho de defensa, más concretamente el principio de correlación entre imputación y fallo, en cuanto éste garantiza que nadie puede ser condenado por un hecho distinto del que ha sido materia de la acusación.[159]

Debe observarse, como dijimos en su momento, que la falta de correlación constituye motivo absoluto de nulidad sólo cuando se produce entre acusación y sentencia, mas no así cuando se produce entre formalización y acusación, pese a que la ley chilena también exige correlación entre ellas.[160]

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

La garantía comprometida en este caso es la inadmisibilidad de la persecución penal múltiple, también conocida como principio de *non bis in idem*.[161]

Se trata de una causal de nulidad que opera sólo cuando la sentencia anterior es absolutoria, ya que, por principio, las sentencias condenatorias en materia penal no producen jamás el

[158] Tal ocurrió, precisamente, en el *Caso de los Loncos Mapuches*, en que el recurso de nulidad acogido por la Corte Suprema dio lugar a un nuevo juicio oral cuya sentencia, dictada con fecha 27 de septiembre de 2003 por el Tribunal de Juicio Oral de Angol, condenó a los acusados Pascual Huentequeo Pichún Paillalao y Segundo Aniceto Norín Catrimán, quienes habían sido absueltos en el juicio anterior, a la pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo. Causa RUC 0100083503-6, RIT 2/2003.

[159] Vid. tomo I, III.D.3.1.3.3.

[160] Vid. tomo I, III.D.3.1.3.3.

[161] Vid. tomo I, II.C.2.2.5.

efecto de cosa juzgada, toda vez que es siempre posible su impugnación por la vía del recurso de revisión.[162]

2.5.2. *Errónea aplicación del derecho*

La segunda causal genérica de nulidad se configura cuando, en el pronunciamiento de la sentencia, se hubiere hecho una errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo. Conforme a la discusión legislativa de la norma pertinente en el Senado, el objetivo al que apunta sería "el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico".[163]

Para que la errónea aplicación del derecho pueda servir de base a un recurso de nulidad debe haber influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, conforme a lo previsto por el propio art. 373 letra b) CPP. La idea la reafirma el art. 375 que, refiriéndose a los "defectos no esenciales", declara que "No causan nulidad los errores de la sentencia recurrida que no influyeren en su parte dispositiva, sin perjuicio de lo cual la Corte podrá corregir los que advirtiere durante el conocimiento del recurso". Esta disposición resulta superflua, porque, como decíamos, la exigencia venía ya expresada en el art. 373 letra b), y su referencia a los "errores de la sentencia" la convierte en una norma inaplicable a las restantes causales de nulidad.[164]

2.6. TRIBUNALES COMPETENTES

Como llevamos dicho, el recurso de nulidad se interpone siempre ante el tribunal que dictó la sentencia impugnada (*tribunal*

[162] COUTURE (E.), cit., p. 407, citando a FLORIAN, *Principi di diritto processuale penale*, p. 450.

[163] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 369.

[164] Vid. supra XI.D.2.5.1.

a quo), para ante el tribunal superior jerárquico previsto por la ley (tribunal *ad quem*).

El tribunal *ad quem* competente para conocer del recurso puede ser la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema, según cuáles sean las causales que fundamentan el recurso. La determinación del tribunal competente en consideración de la causal invocada se efectúa durante el control de admisibilidad.[165]

2.6.1. *Corte de Apelaciones respectiva*

Corresponde el conocimiento del recurso de nulidad a la Corte de Apelaciones que sea superior jerárquico del tribunal oral en lo penal o juez de garantía que dictó la sentencia impugnada, en los siguientes casos:

1°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal del artículo 373 letra b), esto es, errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo de la sentencia (art. 376 letra b) CPP);

2°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en alguno de los motivos absolutos de nulidad contemplados en el art. 374 CPP.

Pese a que, como veremos, la Corte Suprema tiene una competencia preferente para conocer del recurso cuando las causales invocadas abarcaren la competencia de ambos tribunales, la estimación legislativa es que estas dos causales serían representativas de la mayor parte de la carga de trabajo que generaría, para los tribunales, la interposición de recursos de nulidad.[166]

---

[165] Vid infra XI.D.2.9.3.

[166] Así, en el Senado se dejó constancia que entre los fundamentos tenidos a la vista para incorporar el recurso de nulidad se había considerado que: "A la Corte Suprema se le han ido entregando cada vez mayores atribuciones, pero esa acumulación parece haber excedido los límites que aconsejaría la eficiencia para el buen cumplimiento de sus funciones esenciales. / Es necesario dar más énfasis a la función de gobierno judicial que debe cumplir la Corte Suprema, y, en ese contexto, contemplar la posibilidad de que, al menos en lo que concierne al conocimiento de los recursos penales, ella quede más aliviada de su actual carga de trabajo, y en condiciones de enfrentar de mejor manera los nuevos requerimientos derivados del aumento sustancial de tribunales que contempla la reforma. / Por ello es conveniente establecer, como regla general, que la revisión de los fallos de los tribunales de juicio oral en lo penal (y de los jueces de garantía, cuando resuelvan los asuntos sometidos al procedimiento simplificado o al

2.6.2. *Corte Suprema*

Corresponde el conocimiento del recurso de nulidad a la Corte Suprema en los siguientes casos:

1°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal prevista en el art. 373 letra a) CPP, esto es, infracción sustancial de derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes, que se haya cometido en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia (art. 376 inc. 1° CPP).

La justificación para la atribución de estos casos a la Corte Suprema, conforme a la discusión del tema en el Senado, es "la necesidad de que la Corte Suprema no sólo continúe desarrollando, sino que robustezca, su papel de fijar estándares jurídi-

procedimiento abreviado) quede radicada en las Cortes de Apelaciones. Esto es explicable sobre todo si se piensa que las sentencias que examinarán provenientes de los tribunales de juicio oral habrán sido dictadas por tres jueces de derecho, al término de un juicio público rodeado de garantías para todas las partes, lo cual debería reducir significativamente las posibilidades de error o incorrección" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 368-369). Discutiendo derechamente la competencia asignada a las Cortes de Apelaciones y a la Corte Suprema, según cuál fuere la causal invocada, se dejó constancia, por otra parte, de que "Le corresponderá conocer del recurso a la respectiva Corte de Apelaciones... cuando concurran determinadas circunstancias, que se denominan motivos absolutos de nulidad, porque importan necesariamente perjuicio para el interviniente, y sustancial, desde el momento en que constituyen una infracción manifiesta de garantías" (...) En lo que concierne al segundo rubro de causales, consistente en la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, se estimó que las controversias de fondo en cuanto a la aplicación de la ley penal, con toda la trascendencia que tienen, es una materia que las Cortes de Apelaciones están, o deberían estar, perfectamente capacitadas para dirimir. / Si tales conflictos tuviesen que ser resueltos siempre en último término por la Corte Suprema, tal como ocurre en buena medida a consecuencia del recurso de casación, se liberaría a las Cortes de Apelaciones de una responsabilidad que deben asumir cabalmente y haría recaer sobre la Corte Suprema un peso que retrasaría y dificultaría el despacho de los numerosos otros asuntos que reclaman su atención. Por lo demás, no se recarga el trabajo actual de las Cortes de Apelaciones, considerando que, con el nuevo sistema, se contemplan varios mecanismos alternativos, de forma tal que sólo llegará a juicio oral una parte muy reducida de las causas actuales, y el trabajo de apelación de las resoluciones relativas a las libertades provisionales también se verá disminuido, a consecuencia de que sólo podrá apelarse de aquellas que se hayan debatido en una audiencia oral, por lo que su labor penal se verá reducida significativamente" (PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370).

cos básicos, en una función que no sólo es de control, sino de carácter normativo, de la cual resulten ciertos criterios que apunten a la uniforme aplicación del Derecho".[167]

La alusión obedece, sin dudas, al rol que debe jugar la Corte Suprema en la definición de la extensión y alcances de las garantías individuales dentro de la sociedad chilena. Al habérsele entregado competencia para decidir cuándo existe o no infracción sustancial de los derechos o garantías asegurados por la Constitución o los tratados internacionales, se está confiando al máximo tribunal no sólo la función de asegurar el respeto de esos derechos en las causas criminales, sino también la función de explicitar, con un alcance que excede el de cada caso concreto, cuál es la extensión que tienen los derechos y las libertades individuales en nuestra sociedad.

2°) Cuando el recurso de nulidad se fundare en la causal prevista en el art. 373 letra b) CPP y existieren, respecto de la materia de derecho objeto del mismo, distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores (art. 376 inc. 3° CPP), lo que el recurrente deberá indicar en su recurso, acompañando copia de las sentencias o publicaciones pertinentes (art. 378 inc. final CPP).

En el Senado se explicó la atribución de estos casos a la Corte Suprema, señalándose que, sin perjuicio de la competencia normal de las Cortes de Apelaciones para resolver los problemas generados por la errónea aplicación del derecho, "existe 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". (...) "En este evento, se consideró 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".[168]

En lo que va corrido de la reforma, la Corte Suprema ha interpretado ya esta atribución considerando que las "distintas in-

[167] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 370.
[168] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 370-371.

terpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores" a que alude la disposición, debería constar en sentencias que "correspondan a asuntos que fueron conocidos por tribunales del nuevo sistema procesal penal".[169] Consideramos, con BOFILL, que lo anterior constituye un error, ya que lo que persigue básicamente esa disposición es la uniforme aplicación del derecho penal sustantivo, que sigue siendo el mismo bajo el antiguo y el nuevo sistema.[170]

Un segundo problema que ha planteado esta norma es el de la real posibilidad de que a través de su aplicación se logre el objetivo de uniformar la jurisprudencia considerando el efecto relativo que tienen las sentencias en nuestro país. La Corte Suprema ha tenido ya oportunidad de pronunciarse sobre el punto con motivo de la remisión de antecedentes que la Segunda Sala de la Corte hizo al Tribunal Pleno, informando que diversos juzgados de garantía habían persistido en dar a la norma del art. 395 CPP una interpretación diferente a la decidida por dicha Sala conociendo de recursos de nulidad. En el Acuerdo del Tribunal Pleno, de fecha 19 de julio de 2002, consta que "Producido el debate acerca de los alcances que tienen los pronunciamientos de esta Corte en los asuntos que contempla el artículo 376 inciso 3° del citado cuerpo legal (CPP), se acordó que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados, en cuanto a los criterios para decidir las aludidas cuestiones, en atención a que conforme el artículo 3° del Código Civil sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por

[169] Sentencia dictada en recurso de nulidad rol N° 3155-01 (considerando 3°) y sentencia dictada en recurso de nulidad rol N° 3903-01 (considerando 4°).

[170] Para una completa crítica a este criterio jurisprudencial véase BOFFIL (J.), "Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema durante el año 2001", en REJ N° 1, año 2002, pp. 179-185. En el mismo sentido se manifiesta MATURANA MIQUEL, aunque precisando que el criterio de la Corte Suprema sí podría ser considerado correcto si la "errónea aplicación del derecho" invocada como causal se refiriera a "disposiciones procesales del nuevo sistema procesal penal". MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 244.

disposición alguna del Código Procesal Penal". Se dejó constancia que "Por lo demás, el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elemento fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior".[171]

A nuestro juicio, el criterio de la Corte Suprema no sólo torna inoperante la disposición del art. 376 inc. 3° CPP, sino que pone al máximo tribunal en la incómoda posición de tener que cumplir la función nomofiláctica que la ley le asigna *caso a caso*, recargando así su trabajo con el conocimiento y resolución individual de los recursos de nulidad que inevitablemente se presentarán al amparo de los criterios interpretativos que previamente hayan sido impuestos por la Corte.

Finalmente, debe tenerse presente que los problemas de competencia que podrían plantearse por la invocación de diversas causales o la interposición de diversos recursos, se resuelven siempre a favor de la competencia de la Corte Suprema, por lo que parece correcto afirmar que su competencia tiene un carácter preferente. Así, si un recurso se funda en distintas causales y correspondiere el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta debe pronunciarse sobre todas. Del mismo modo, si se dedujeren diversos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundaren hubiere una

[171] El acuerdo tuvo el voto en contra de los ministros señores Libedinsky, Chaigneau y Cury, quienes "fueron de opinión de que el Tribunal Pleno debe pronunciarse sobre la materia en debate e instruir a los jueces de garantía y tribunales de juicio oral en lo penal en el sentido de que, en los supuestos a que se alude en el inciso 3° del artículo 376 del Código Procesal Penal, los pronunciamientos de la Sala Penal de esta Corte Suprema pasan a revestir el carácter de obligatorios, por cuanto es evidente que, en esos casos de distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos, la citada disposición ha perseguido una finalidad unificatoria de la jurisprudencia –necesaria para hacer efectivo el principio constitucional de igualdad ante la ley– que sólo puede lograrse reconociendo la calidad de preceptivo al fallo de la mencionada Sala especializada de este Tribunal". Vid. Boletín de Jurisprudencia. Ministerio Público, N° 12, septiembre de 2002, pp. 120-121. El acuerdo ha sido anteriormente citado en MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 244-245.

respecto de la cual correspondiere pronunciarse a la Corte Suprema, debe ésta pronunciarse sobre todos los recursos (art. 376 inc. final CPP).[172]

2.7. PREPARACIÓN DEL RECURSO

El art. 377 CPP prescribe que "si la infracción invocada como motivo del recurso se refiriere a una ley que regulare el procedimiento, el recurso sólo será admisible cuando quien lo entablare hubiere reclamado oportunamente del vicio o defecto".

La exigencia de preparación se aplica, entonces, a los recursos de nulidad fundados en la causal del art. 373 letra a) CPP, pero no en la causal del art. 373 letra b) CPP. Con respecto a la letra a), debe tenerse en consideración que no existe identidad entre *infracción de ley que regulare el procedimiento* en los términos del art. 377 CPP y el concepto de *infracción sustancial de derechos o garantías cometido en la tramitación del juicio,* en los términos del art. 373 letra a) CPP. Por una parte, el art. 377 CPP está referido exclusivamente a infracciones *de ley* y no a infracciones constitucionales directas de principios que regulan el procedimiento, por lo que debe entenderse que, si este último es el caso, el recurso no requiere de preparación; por otra parte, como hemos dicho anteriormente, la infracción sustancial de derechos o garantías ocurrida *en la tramitación* del juicio incluye la recepción de prueba ilícitamente obtenida durante la etapa de investigación, por lo que debemos entender que la reclamación del vicio de procedimiento ocurrida durante dicha etapa constituye suficiente preparación para estos efectos.

La preparación del recurso no exige, como ocurre en materia civil, que se reclame de la infracción "ejerciendo oportunamente y en todos sus grados los recursos establecidos por la ley" (art. 769 CPC), sino que se satisface con que se haya "reclamado oportunamente del vicio o defecto" (art. 377 CPP). Se ha entendido que esto significa que debe entenderse preparado el recurso "por la sola constancia en el expediente que el recurrente

[172] El Senado justificó esta norma en "razones de economía procesal". PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 371.

haya utilizado a lo menos uno de los medios establecidos en la ley para reclamar del vicio, sin que sea exigible que se haya efectuado una utilización de todos ellos".[173] En cualquier caso, la reclamación debe haber sido "oportuna", lo que significa que no puede considerarse válida una reclamación hecha en forma extemporánea y a nuestro juicio debe también haber sido *idónea*, lo que implica que el medio de impugnación empleado no haya sido abiertamente improcedente de conformidad a la ley, como ocurriría, por ejemplo, si se apelara de una resolución inapelable.

El art. 165 inc. final CPP señala que "la solicitud de nulidad constituirá preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso que el tribunal no resolviere la cuestión de conformidad a lo solicitado". Entendemos, no obstante, que para que así sea, el incidente de nulidad debe ser a lo menos admisible, lo que no ocurriría si se intentara, por ejemplo, en contra de una *resolución* judicial o de una actuación *del ministerio público* o *de la policía*. Visto desde otra perspectiva, cuando el acto defectuoso no es impugnable por la vía del incidente de nulidad, resulta erróneo exigir que se haya promovido dicho incidente como requisito de preparación del recurso de nulidad interpuesto.

La exigencia de preparación del recurso no se aplica cuando se tratare de alguna de las causales del artículo 374; cuando la ley no admitiere recurso alguno contra la resolución que contuviere el vicio o defecto, cuando éste hubiere tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se tratare de anular, ni cuando dicho vicio o defecto hubiere llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia (art. 377 inc. 2° CPP).

Lo que se persigue mediante la exigencia de preparación es asegurar que el tribunal haya tenido una oportunidad de corregir oportunamente el vicio evitando la nulidad del acto, garantizando así la buena fe de los litigantes en cuanto a no reservar sus objeciones para hacerlas valer sólo en el evento de una sentencia desfavorable.[174]

El incumplimiento de la exigencia de preparar el recurso puede dar lugar a la declaración de su improcedencia durante

[173] MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 255.
[174] En la misma línea, MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 257.

el control de admisibilidad del recurso por parte del tribunal *ad quem*, según veremos más adelante.[175]

2.8. Tramitación del recurso ante el tribunal *a quo*

2.8.1. *Plazo*

El recurso de nulidad debe interponerse ante el tribunal que dictó la sentencia definitiva que se desea impugnar[176] en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva (art. 372 inc. 2° CPP). Se trata de un plazo de días corridos, fatal e improrrogable, que, si venciere en día feriado, debe entenderse ampliado hasta las veinticuatro horas del día siguiente que no fuere feriado (arts. 14 y 16 CPP).[177]

2.8.2. *Forma de interposición del recurso*

El recurso debe interponerse por escrito (art. 372 inc. final CPP) y debe ser fundado, esto es, debe "consignar los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se sometan al fallo del tribunal" (art. 378 CPP). La exigencia de expresar los fundamentos comprende tanto los fundamentos de hecho como de derecho, según se deduce de lo dispuesto por el art. 383 inc. 2° CPP.

El recurso puede fundarse en varias causales (art. 378 inc. 2° CPP), pero debe expresarlas *todas*, ya que, una vez interpuesto, precluye el derecho del recurrente, quien no puede invocar nuevas causales (art. 379 inc. 2° CPP). En este caso, la ley exige indicar si se invocan en forma conjunta o subsidiaria y fun-

[175] Vid infra XI.D.2.9.3.

[176] El art. 372 inc. final CPP se refiere a él como "el tribunal que hubiere conocido del juicio oral".

[177] Pese a su ubicación dentro de las disposiciones generales relativas a los recursos, no resulta aplicable al recurso de apelación el art. 353 CPP, que aumenta el plazo para la interposición de recursos en caso de que el juicio oral se hubiere conocido por un tribunal que se hubiere constituido y funcionado en una localidad situada fuera de su lugar de asiento, toda vez que el art. 364 CPP declara inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal de juicio oral en lo penal.

damentar separadamente cada causal o "motivo de nulidad" (art. 378 CPP).

Cuando el recurso se funde en la causal del art. 373 letra b) (errónea aplicación del derecho que hubiere influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo) y el recurrente sostuviere que, por aplicación del art. 376 inc. 3° CPP, su conocimiento corresponde a la Corte Suprema, debe no sólo señalar esta circunstancia, sino que, además, indicar en forma precisa los fallos en que se hubieren sostenido las distintas interpretaciones que invocare y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hubieren efectuado del texto íntegro de las mismas (art. 378 inc. final CPP). En todo caso, la sanción al incumplimiento de este requisito no es la inadmisibilidad del recurso, sino su remisión a la Corte de Apelaciones, conforme a lo previsto por el art. 383 inc. 3° CPP.

Aunque la ley no lo diga explícitamente, el recurso debería explicar la forma en que se ha preparado el recurso o indicar que se trata de un caso en que tal preparación no es necesaria, conforme a lo previsto por el art. 377 CPP, toda vez que el análisis de dicha circunstancia forma parte del control de admisibilidad del recurso ante el tribunal *ad quem,* conforme a lo previsto por el art. 383 inc. 2° CPP.

Otra consideración importante que se debe tener en cuenta es que si el recurrente desea producir prueba sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada, *debe ofrecerla* en el escrito de interposición del recurso, so pena de no ser recibida posteriormente, si así no lo ha hecho (art. 359 inc. 1° CPP).

2.8.3. *Efectos de la interposición del recurso*

Los efectos de la interposición del recurso varían según la resolución impugnada sea una sentencia condenatoria o absolutoria.

Si se trata de una sentencia condenatoria, la interposición del recurso de nulidad suspende sus efectos; si se trata de una sentencia absolutoria, la interposición del recurso no tiene efectos suspensivos (arts. 379 CPP y 468 inc. 1° CPP).

Aunque el CPP regula estos efectos mediante una norma especial (art. 379 CPP), la verdad es que se trata de una norma superflua, ya que al mismo resultado se habría llegado por

aplicación del art. 355 CPP, que, al fijar la regla general en materia de recursos, dispone que la interposición de éstos no suspenderá la ejecución de la decisión "salvo que se impugnare una sentencia definitiva condenatoria".

La ejecución inmediata de las sentencias absolutorias aparece reafirmada por otras disposiciones del mismo Código. Así, por ejemplo, el art. 153 CPP ordena al tribunal poner término a la prisión preventiva cuando se hubiere dictado sentencia absolutoria y cuando se decretare sobreseimiento definitivo o temporal, "aunque dichas resoluciones no se encontraren ejecutoriadas". La norma es consistente con lo dispuesto por el art. 347 CPP, conforme al cual, inmediatamente después de comunicada a las partes la decisión absolutoria prevista en el artículo 343 (esto es, antes incluso de la redacción y lectura de la sentencia), el tribunal debe disponer, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hubieren decretado en contra del acusado y ordenar se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que figuraren, ordenando al mismo tiempo la cancelación de las garantías de comparecencia que se hubieren otorgado. Esta última norma está, sin embargo, en evidente contradicción con el inciso final del art. 153 CPP, que, no obstante la dictación de la sentencia absolutoria, permite imponer en sustitución de la prisión preventiva alguna de las medidas cautelares generales del art. 155 CPP "cuando se consideraren necesarias para asegurar la presencia del imputado" y con el art. 148 CPP, que exige para la cancelación de la caución impuesta para reemplazar la prisión preventiva, que la sentencia absolutoria fuere una "resolución firme". El conflicto de normas debe resolverse a favor de la disposición del art. 347 CPP por aplicación de la regla de especialidad y conforme a un criterio interpretativo *pro libertatis*.

2.8.4. *Control de admisibilidad ante el tribunal* a quo

El recurso de nulidad está sometido, al igual que el recurso de apelación, a un doble control de admisibilidad, tanto por el tribunal *a quo* como por el tribunal *ad quem*.

El control de admisibilidad ante el tribunal *a quo* comprende sólo dos aspectos: primero, si el recurso se ha deducido en

contra de una resolución impugnable por esta vía, y si se ha deducido dentro de plazo (art. 380 inc. 2° CPP). El tribunal declarará admisible el recurso si se cumplen estas dos condiciones, y lo declarará inadmisible en caso contrario.

La resolución que declare la inadmisibilidad del recurso es susceptible de reposición, que debe ser interpuesta en el plazo de tres días (art. 380 inc. final CPP).

2.8.4.1. Remisión de antecedentes.

Concedido el recurso, el tribunal *a quo* debe remitir al tribunal *ad quem* copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnaren y del escrito en que se hubiere interpuesto el recurso (art. 381 CPP).

2.9. TRAMITACIÓN DEL RECURSO ANTE EL TRIBUNAL *AD QUEM*

2.9.1. *Ingreso del recurso*

Como explicamos al analizar el recurso de apelación, el ingreso del recurso es un trámite administrativo que se cumple por el secretario o secretaria del tribunal de alzada y que consiste en certificar la fecha de ingreso estampándola en los antecedentes remitidos y en incorporar el recurso al *libro de ingresos* asignándole un *número de ingreso* con el cual se lo identifica en la Corte.

Este trámite resulta importante en relación con el recurso de nulidad, porque a contar de él comienza a correr para los recurridos el plazo de cinco días para realizar actuaciones previas al control de admisibilidad del recurso, las que analizaremos inmediatamente a continuación.

2.9.2. *Actuaciones previas al control de admisibilidad*

A partir del momento de ingreso del recurso a la Corte, se abre un plazo de cinco días para que las partes recurridas soliciten

que se declare inadmisible, se adhieran a él o le formulen observaciones por escrito (art. 382 inc. 1° CPP).

La solicitud de que se declare inadmisible el recurso deberá centrarse, como es natural, en los aspectos que el tribunal deberá tener en consideración al pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso, y a los cuales nos referiremos más adelante; la adhesión al recurso, por su parte, debe cumplir con todos los requisitos necesarios para interponer el recurso de nulidad,[178] debiendo su admisibilidad ser resuelta de plano por la Corte (art. 382 inc. 2° CPP).

En cuanto a la posibilidad de formular al recurso observaciones por escrito, debemos manifestar que parece una facultad absolutamente carente de sentido, si se tiene en consideración que, bajo el régimen de recursos del CPP, la vista del mismo se desarrolla en una audiencia sin previa relación, de manera tal que no se aprecia siquiera quién sería el pretendido destinatario o "lector" de estas observaciones ni qué efectos podrían tener en la resolución del recurso.

2.9.3. *Control de admisibilidad ante el tribunal* ad quem

El tribunal *ad quem* debe pronunciarse en cuenta sobre la admisibilidad del recurso, una vez transcurrido el plazo de cinco días aludido en el número anterior (art. 383 inc. 1° CPP).

Se trata, en este caso, de un control de admisibilidad más completo que el que realiza el tribunal *a quo*, en cuanto no sólo implica controlar si el recurso se ha interpuesto contra una resolución impugnable y si ha sido deducido dentro de plazo, sino que, además, si el escrito de interposición expresa los fundamentos de hecho y de derecho, si contiene peticiones concretas y si ha sido preparado oportunamente en los casos en que así se requiere.[179] Si el tribunal estima que no se cumple con alguno de estos requisitos, declarará inadmisible el recurso, resolución que es susceptible del recurso de reposición conforme a lo previsto por el art. 362 CPP.

[178] Vid supra XI.D.2.8.2.
[179] Vid. supra XI.D.2.7.

En los casos en que el recurso se haya interpuesto para ante la Corte Suprema, ésta tiene la posibilidad de omitir un pronunciamiento sobre su admisibilidad y ordenar que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva, en tres casos que el art. 383 inc. 3° CPP establece en los siguientes términos:

"a) Si el recurso se fundare en la causal prevista en el artículo 373, letra a), y la Corte Suprema estimare que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el artículo 374;

b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del artículo 373, letra b), la Corte Suprema estimare que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no fueren determinantes para la decisión de la causa, y

c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del artículo 376, la Corte Suprema estimare que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones previstas en las letras a) y b) de este artículo".

En la hipótesis de la letra a), lo que ocurre es que la Corte Suprema estima innecesaria la invocación de la causal genérica del recurso, por encontrarse incluida la hipótesis planteada dentro de las causales objetivas establecidas en el art. 374 CPP, que son de competencia de la Corte de Apelaciones; en la hipótesis de la letra b), lo que ocurre es que no existe, en la realidad de los hechos, el fundamento que justifica la atribución de la competencia a la Corte Suprema, en este caso; finalmente, la hipótesis de la letra c) debe entenderse referida a los casos en que, habiéndose fundado la aparente competencia de la Corte Suprema en que el recurso o recursos contenían varias causales, una de las cuales era de competencia de la Corte Suprema, ésta considera que esa causal –que supuestamente justificaba su competencia para conocer íntegramente del recurso o recursos– era en realidad un motivo absoluto de nulidad o no existían las distintas interpretaciones invocadas o no eran determinantes para la decisión de la causa, por lo que corresponde que el o los recursos interpuestos sean conocidos por la Corte de Apelaciones respectiva. Para que este caso opere, no basta con que la Corte Suprema encuentre una causal en que lo anterior ocurra, sino

que debe llegar a la conclusión de que, tras aplicar las reglas de las letras a) y b) del mismo inciso, no subsiste ninguna causal que justifique su competencia al tenor de lo previsto por el inciso final del art. 376 CPP.

La resolución que se pronuncia sobre la admisibilidad del recurso es susceptible del recurso de reposición dentro de tercero día, por aplicación de la regla general del art. 362 CPP.[180]

2.9.4. *Vista del recurso*

La vista del recurso de nulidad se rige por las reglas generales relativas a la vista de los recursos en materia penal, que ya hemos revisado al tratar el recurso de apelación y al cual nos remitimos.[181]

Conviene recordar, sin embargo, que consiste en una audiencia pública, a la cual deben comparecer los intervinientes directamente sin necesidad de cumplir un trámite escrito de comparecencia previa como el que se exige en materia civil, que la audiencia sólo puede ser suspendida en casos excepcionales, y que se desarrolla sin previa *relación,* a través de un debate contradictorio que se lleva a cabo ante la Corte de Apelaciones o la Corte Suprema, según el caso.

La única diferencia, aunque sumamente relevante, es que en el recurso de nulidad sí puede producirse prueba, la que debe recaer sobre las circunstancias que constituyeren la causal invocada y debe haber sido ofrecida en el escrito de interposición del recurso (art. 359 CPP). La obligación de ofrecimiento se impone sólo a la parte recurrente, pero no está excluida la posibilidad de que rinda prueba también la parte recurrida, la que se encuentra no obstante liberada de la carga de ofrecerla.

Esta prueba se rinde en la audiencia de vista del recurso y su recepción se rige por las reglas establecidas para el juicio oral (art. 359 inc. 2° CPP). La ley establece expresamente que la circunstancia de que no pudiere rendirse la prueba "en caso alguno" dará lugar a la suspensión de la audiencia, por lo que su

[180] En el mismo sentido, MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 264.
[181] Vid supra XI.C.6.4.

rendición es absoluta responsabilidad de la parte interesada (art. 359 CPP).

Debe tenerse presente que, cuando el juicio oral se hubiere desarrollado en una ciudad distinta a la de asiento de la Corte, el acusado dispone hasta el momento mismo de esta audiencia para solicitar la designación de un defensor penal público con domicilio en la ciudad asiento de la Corte que asuma su representación en el recurso (art. 382 inc. final CPP).

2.10. Fallo del recurso

El art. 384 CPP dispone que el tribunal *ad quem* debe fallar el recurso de nulidad dentro de los veinte días siguientes a la fecha en que hubiere terminado de conocer de él. Esta norma constituye regla especial con respecto a lo dispuesto por el art. 358 CPP, que impone, en general, el deber de fallar los recursos *de inmediato,* a menos que esto *no fuere posible.*[182]

Rige, sin embargo la disposición del art. 358 inciso final CPP en cuanto a que el tribunal debe pronunciar la sentencia en un día y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, y que la sentencia debe ser redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designare y el voto disidente o la prevención, por su autor.

En la sentencia del recurso de nulidad, el tribunal debe exponer los fundamentos que sirven de base a su decisión y pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, lo que debe entenderse como una referencia a cada una de las causales que haya invocado el recurrente. Sin embargo, si se acogiere el recurso, el tribunal puede limitarse a la causal o causales que le hubieren sido suficientes. La sentencia debe incluir, como es natural, la declaración de si son nulos o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula la sentencia, según el caso.[183]

Debe recordarse que rige también, por regla general, en materia de recurso de nulidad, la restricción impuesta por el

[182] Vid. supra XI.C.6.5.
[183] Vid. infra XI.D.2.11.

art. 360 CPP en cuanto a que el tribunal sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole prohibido extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por éstos o más allá de los límites de lo solicitado (art. 360 inc. 1° CPP).

Se aplican en esta materia las mismas reglas y excepciones que analizamos ya al estudiar el tema en relación con el recurso de apelación.[184]

Existe, sin embargo, una excepción adicional, que está contemplada en el art. 379 inciso 2° CPP: la Corte está facultada, actuando de oficio, para acoger el recurso que hubiere sido deducido en favor del imputado cuando observare la existencia de cualquiera de los motivos absolutos de nulidad contemplados en el art. 374 CPP, aunque ese motivo no hubiere sido invocado por el recurrente al interponer el recurso.

2.11. Efectos del fallo que acoge el recurso

Al acoger el recurso, la Corte tiene dos posibilidades, dependiendo de cual sea la causal que motive la declaración de nulidad: la primera consiste en invalidar solamente la sentencia, dictando la correspondiente sentencia de reemplazo; la segunda, consiste en invalidar tanto el juicio oral como la sentencia, con el objeto de que se realice un nuevo juicio oral.

2.11.1. *Invalidación de la sentencia*

El tribunal *ad quem* debe invalidar solamente la sentencia, conforme a lo previsto por el art. 385 CPP, "si la causal de nulidad no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hubieren dado por probados, sino que se debiere a que el fallo hubiere calificado de delito un hecho que la ley no considerare tal, aplicado una pena cuando no procediere aplicar pena alguna, o impuesto una superior a la que legalmente corresponde". La última hipótesis cubre, evidentemente, todos los pro-

[184] Vid. supra XI.C.6.5.

blemas que suscita la determinación de la pena, incluyendo no sólo la debida consideración de la pena abstracta que la ley señala al delito, sino también la forma en que influyen en ella su grado de desarrollo, la participación que le cupo al acusado y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal.

En este caso, la misma Corte debe dictar, sin nueva audiencia, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conformare a la ley.

Como se puede apreciar, para que opere esta hipótesis no sólo se requiere que el error pueda ser enmendado directamente por la Corte sin necesidad de una nueva vista, sino que se requiere también que se trate de un recurso de nulidad interpuesto *a favor del imputado,* porque lo que se permite enmendar directamente es, en las tres hipótesis mencionadas, una sentencia de carácter condenatorio.[185] Lo anterior implica que, en las hipótesis inversas, esto es, cuando no se hubiere calificado de delito un hecho que la ley considerare tal, no se hubiere aplicado pena procediendo aplicarla o se hubiere impuesto una pena inferior a la que legalmente corresponda, la situación no queda cubierta por el art. 385, sino por el art. 386 CPP, debiendo el tribunal anular tanto la sentencia como el juicio oral.

La diferencia resulta desde todo punto de vista coherente con los alcances del derecho al juicio previo, en los términos concebidos por el art. 1° CPP. Lo que la ley desea es que la sentencia condenatoria sea siempre la consecuencia de la convicción directamente obtenida por un tribunal con respeto a los principios de publicidad, oralidad e inmediación, lo que se vería afectado si, tras una sentencia absolutoria, se permitiera al tribunal *ad quem* dictar directamente una sentencia de reemplazo de contenido condenatorio.

2.11.2. *Invalidación del juicio oral y la sentencia*

El tribunal *ad quem* debe invalidar tanto el juicio oral como la sentencia en todos los casos no previstos por el art. 385 CPP, de-

[185] En la misma línea véase TAVOLARI OLIVEROS (R.), "Informe en derecho sobre recurso de nulidad", en Boletín Ministerio Público N° 3, p. 41; ARIAS VICENCIO (C.), "El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal", en REJ N° 1, año 2002, p. 163; y MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 269.

terminando el estado en que hubiere de quedar el procedimiento y ordenado la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que correspondiere, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral (art. 386 CPP).

La ley dispone que no será obstáculo para que se ordene efectuar un nuevo juicio oral la circunstancia de haberse dado lugar al recurso por un vicio o defecto cometido en el pronunciamiento mismo de la sentencia (art. 386 inc. 2° CPP).

2.12. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS

El art. 387 inc. 1° CPP establece que la resolución que fallare un recurso de nulidad no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme, cuya naturaleza de recurso ha sido discutida, como veremos más adelante.[186] Lo anterior resulta de toda lógica, ya que se trata de un recurso extraordinario cuya decisión no es revisable por un tribunal superior.[187]

El inciso 2°, por su parte, dispone que "Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad a favor del acusado, conforme a las reglas generales".

La parte final del inciso segundo, al permitir la revisión de la sentencia condenatoria a través del recurso de nulidad, materializa el principio de *doble conformidad* y obedece plenamente a la lógica del sistema que supone siempre la posibilidad de esta revisión cuando el juicio oral o la sentencia que le sirven de base adolece de alguno de los vicios previstos por la ley. No se apre-

[186] Vid. infra XI.E.1.

[187] La improcedencia de recursos en este caso es absoluta, incluyendo, por cierto, al recurso de queja, cuya admisión como vía de impugnación de la sentencia del recurso de nulidad parece carente de todo fundamento legal y profundamente contradictorio con la estructura, principios y distribución de competencias en el nuevo sistema procesal penal. Un excelente análisis del problema en ARIAS VICENCIO (C.), "El recurso de queja en el nuevo procedimiento penal", en RDJ N° 1, año 2002, pp. 161-178.

cia, sin embargo, ningún fundamento razonable para haber excluido de la posibilidad de revisión vía nulidad de la sentencia condenatoria del segundo juicio, cuando la primera también lo hubiere sido.

El nuevo juicio oral que se realiza como consecuencia de la declaración de nulidad de un juicio anterior está sometido a los mismos principios y reglas de procedimiento y debe ofrecer al acusado las mismas garantías que el juicio anterior. Si durante el desarrollo de este nuevo juicio se infringieren sustancialmente los derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes o se aplicara erróneamente el derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, no se aprecia ninguna justificación de política pública para negar al afectado el derecho al recurso que le reconocen los arts. 8.2.e) CADH y 14.5. PIDCP. Entender lo contrario significaría asumir que, en el segundo juicio oral que se realice como consecuencia de la nulidad del juicio anterior, el Estado tendría "patente de corso" para infringir todas las garantías constitucionales que el sistema asegura al acusado sin que éste dispusiera de medio alguno para su impugnación, lo que constituye un abierto atentado contra dichas garantías que son de rango constitucional.

En verdad, la única justificación que puede encontrarse para la disposición aludida es una razón de economía procesal. Sin embargo, como ha dicho MAIER: "Las limitaciones al recurso del imputado contra la condena o contra la decisión que le impone una medida de seguridad y corrección, fundadas... sobre argumentos relativos a la economía de los recursos o en simples razones prácticas, son ilegítimas frente a la cláusula de las convenciones y al carácter de 'garantía' que esa regla le atribuye al 'derecho al recurso'".[188]

La norma en cuestión debiera, entonces, ser ajustada cuanto antes para satisfacer los estándares impuestos por nuestra Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, que reconocen siempre y en todo caso el derecho a recurrir en contra de una sentencia condenatoria. Mientras esa modificación no se haga, sólo cabe considerar la disposición de la primera parte

[188] MAIER (J.), cit., t. I, p. 733.

del inciso 2º del art. 387 CPP, como una disposición que debe ser declarada inaplicable por inconstitucionalidad.[189]

E. *LA REVISION DE LAS SENTENCIAS FIRMES*

1. CONCEPTO Y NATURALEZA

La revisión ha sido definida como "aquel proceso especial, por razones jurídico-procesales, que tiene por objeto impugnar una sentencia, ante el grado supremo de la jerarquía judicial, en virtud de motivaciones que no pertenecen al proceso mismo en que la resolución impugnada se dicta, sino que son extrínsecas a dicho proceso y determinan, por lo tanto, la existencia de vicios trascendentes a él".[190]

Como explica GUASP, "el fundamento de la revisión estriba en ser la última posibilidad de realización de los valores a que el proceso, como todo el derecho, sirve". Y agrega: "Si bien el valor de seguridad puede quedar menoscabado por la aplicación de un recurso de revisión, aunque también la revisión, en cierto modo, sirve a la seguridad jurídica, la realización de la justicia impone el reconocimiento de un recurso de este tipo que prohíbe que resultados trascendentalmente injustos se consoliden definitivamente, pese al conocimiento y a la prueba de las causas de que esa injusticia se origina".[191]

La naturaleza jurídica de la revisión de las sentencias firmes es un tema sumamente discutido en doctrina.[192] Mientras algunos consideran que se trata propiamente de un *recurso* en cuanto constituye una vía para la impugnación de una resolución judicial (la sentencia definitiva condenatoria), otros consideran que se trata más propiamente de una *acción,* ya que resultaría inconsistente darle la denominación de *recurso* a un medio que

[189] En el mismo sentido, han considerado también esta norma como inconstitucional MATURANA MIQUEL (C.), cit., p. 268 y CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* p. 276.

[190] GUASP (J.), cit., t. II, p. 713.

[191] GUASP (J.), cit., t. II, pp. 716-717.

[192] Un análisis de los argumentos a favor y en contra de su consideración como recurso puede consultarse en HITTERS (J.C.), *Revisión de la cosa juzgada,* Librería Editora Platense, 2ª. ed., La Plata, 2001, pp. 13-16.

permite la impugnación de *sentencias firmes*, en la medida en que éstas son consideradas como tales, precisamente cuando no proceden recursos contra ellas.[193]

La discusión se planteó durante la tramitación legislativa del proyecto que culminó en la dictación del nuevo CPP, toda vez que, en el proyecto del Ejecutivo, la revisión de las sentencias firmes aparecía tratada bajo el Título V del Libro Tercero relativo a los recursos, inmediatamente a continuación del *recurso de casación*. En el Senado se expresó que "dogmáticamente aún se discute la naturaleza de la revisión, si es una acción, una petición o un recurso", pero se concluyó que "es, con mayor propiedad, una acción que pretende enervar el cumplimiento de la sentencia y, en ese sentido, prefirió cambiar de ubicación las disposiciones que la regulan, trasladándolas al Título VIII del Libro IV, que trata precisamente sobre la ejecución de las sentencias firmes".[194]

En nuestra opinión, aun cuando la revisión pudiera ser considerada doctrinariamente como un recurso, la actual regulación normativa de la revisión en el sistema procesal penal chileno deja en claro que está aquí concebida como una acción. Las razones para llegar a esta conclusión no se agotan en la definición legal del concepto de *sentencia firme*, sino que incluyen las características que la institución ha adquirido bajo la ley chilena. Como veremos a continuación, la revisión sólo comparte con los recursos la característica de constituir una vía de impugnación de las sentencias tendiente a obtener la declaración de su nulidad, pero tiene profundas diferencias en cuanto a las finalidades que persigue.

No obstante lo anterior, la tradición procesal chilena ha estudiado siempre la revisión como parte integrante del régimen

[193] Así, el art. 174 CPC establece que "Se entenderá firme o ejecutoriada una resolución desde que se haya notificado a las partes, si no procede recurso alguno en contra de ella; y, en caso contrario, desde que se notifique el decreto que la mande cumplir, una vez que terminen los recursos deducidos, o desde que transcurran todos los plazos que la ley concede para la interposición de dichos recursos, sin que se hayan hecho valer por las partes. En este último caso, tratándose de sentencias definitivas, certificará el hecho el secretario del tribunal a continuación del fallo, el cual se considerará firme desde este momento, sin más trámites".

[194] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 447. Se tuvo en consideración para decidir lo anterior "que el riesgo de incorporarlo como recurso ordinario es que se abuse de él". Idem.

de recursos, y lo sigue haciendo hasta el día de hoy.[195] Por esta razón, hemos reservado su análisis para el presente capítulo de esta obra.

2. REGLAS APLICABLES

La revisión en materia penal está regulada por las disposiciones contenidas en el Párrafo 3º del Título VIII del Libro IV del CPP, relativo a la "Revisión de las sentencias firmes". Se le aplican también supletoriamente las reglas generales relativas a los recursos en materia penal, contenidas en el Título I del Libro Tercero CPP (arts. 352 a 361) y, supletoriamente a las anteriores, las reglas sobre el juicio oral contenidas en el Título III del Libro Segundo CPP (arts. 281 a 351).[196]

3. RESOLUCIONES IMPUGNABLES

Sólo son susceptibles de revisión en materia penal las sentencias firmes condenatorias (art. 473 CPP).

4. LEGITIMACION ACTIVA

La revisión puede ser pedida por el ministerio público, por el condenado o por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos de éste. El condenado puede interponerlo aun cuando hubiere cumplido su condena, y si hubiere muerto, pueden hacerlo sus herederos con el objeto de rehabilitar su memoria (art. 474 CPP).

La facultad de recurrir de revisión que se le reconoce al ministerio público puede ser justificada en base al criterio de objetividad, pero deja en evidencia que el fundamento de la revisión no es el *agravio,* en la medida en que el fiscal carecería

[195] Así, v. gr., CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* cit., pp. 280-283; MATURANA MIQUEL (C.), cit., pp. 370-380.

[196] Vid infra XI.E.7.5.

de fundamentos, en este caso, para sostener que la sentencia impugnada ha concedido algo distinto de lo que él mismo pidió, en su momento.[197] La misma consideración debe hacerse presente en relación con la posibilidad que tienen el cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos del condenado para solicitar la revisión, y especialmente con la posibilidad que se concede a los herederos.

Si la revisión puede ser solicitada por quienes no tienen, legalmente, la calidad de intervinientes en el procedimiento y si puede interponerla el condenado o sus herederos con una finalidad ajena a los efectos jurídicos de la resolución impugnada ("rehabilitar su memoria"), parece evidente que se trata de una pretensión que, a lo menos en parte, excede los márgenes de las finalidades que persiguen los recursos.

5. CAUSALES

Conforme al tenor literal del art. 473 CPP, la revisión de las sentencias condenatorias firmes procede en los siguientes casos:

"a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estuvieren sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no hubiere podido ser cometido más que por una sola;

b) Cuando alguno estuviere sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se comprobare después de la condena;

c) Cuando alguno estuviere sufriendo condena en virtud de sentencia fundada en un documento o en el testimonio de una o más personas, siempre que dicho documento o dicho testimonio hubiere sido declarado falso por sentencia firme en causa criminal;

d) Cuando, con posterioridad a la sentencia condenatoria, ocurriere o se descubriere algún hecho o apareciere algún documento desconocido durante el proceso, que fuere de tal naturaleza que bastare para establecer la inocencia del condenado, y

e) Cuando la sentencia condenatoria hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que

[197] Vid. supra XI.A.3.4.

la hubiere dictado o de uno o más de los jueces que hubieren concurrido a su dictación, cuya existencia hubiere sido declarada por sentencia judicial firme".

De las cinco causales mencionadas, sólo la de la letra e) constituye una innovación del CPP, ya que las cuatro primeras estaban contempladas, en los mismos términos, en el art. 657 del CdPP de 1906.[198]

Como se puede apreciar, las causales que fundamentan la revisión de las sentencias firmes constituyen casos extremos en que resulta evidente que la legitimidad de la sentencia que impone una sanción penal se encuentra en crisis por una circunstancia conocida posteriormente que evidencia que ésta se fundamenta en un indudable error de hecho o ha tenido un origen fraudulento. Como decía el Mensaje del antiguo CdPP 1906, se trata de un "tributo rendido por la falibilidad humana a los sagrados derechos de la inocencia erróneamente perseguida y condenada".[199]

6. TRIBUNAL COMPETENTE

La revisión de las sentencias firmes es de competencia privativa de la Corte Suprema (art. 473 CPP). La solicitud de revisión debe presentarse directamente ante la Secretaría de la Corte Suprema (art. 475 CPP) y es a este tribunal a quien le corresponde conocerla y fallarla.

[198] Al discutir la causal de la letra e), en el Senado se dejó constancia que entendía que, en este caso, "la sentencia debe ser consecuencia de la prevaricación o el cohecho, y que si alguna de éstas no mediare, no habría condena". A nuestro juicio, tal exigencia resulta desmedida y no debe ser considerada. Si una sentencia judicial firme ha declarado la prevaricación o cohecho de uno o más de los jueces que la dictaron, tal circunstancia parece ser más que suficiente para destruir la legitimidad de la sentencia y determinar la necesidad de un nuevo juicio por la vía de la revisión. Pretender que podría llegar a formularse un juicio de legitimidad ex post, emitiendo un juicio de pronóstico acerca de la irrelevancia de la prevaricación o el cohecho en la dictación de la sentencia parece absolutamente ajeno a los principios que gobiernan la formación de la convicción y la legitimidad de la sentencia de condena.

[199] Mensaje del Código de Procedimiento Penal, Editorial Jurídica de Chile, Decimocuarta Edición Oficial, Santiago, 2001, p. 23.

7. TRAMITACION

7.1. Plazo

No existe un plazo establecido legalmente para pedir la revisión de una sentencia firme. La ley dispone que ésta puede ser pedida "en cualquier tiempo", aun después de cumplida la condena e incluso después de la muerte del condenado (art. 474 CPP).

7.2. Forma de solicitar la revisión

La solicitud de revisión debe presentarse por escrito. Debe expresar con precisión su fundamento legal, acompañar copia fiel de la sentencia cuya anulación se solicita y los documentos que comprobaren los hechos en los que se sustenta (art. 475 inc. 1° CPP).

El CPP precisa los alcances de estas exigencias en relación con las causales de las letras b) y d) del art. 475 CPP. Así, señala textualmente que "Si la causal alegada fuere la de la letra b) del artículo 473, la solicitud deberá indicar los medios con que se intentare probar que la persona víctima del pretendido homicidio hubiere vivido después de la fecha en que la sentencia la supone fallecida; y si fuere la de la letra d), indicará el hecho o el documento desconocido durante el proceso, expresará los medios con que se pretendiere acreditar el hecho y se acompañará, en su caso, el documento o, si no fuere posible, se manifestará al menos su naturaleza y el lugar y archivo en que se encuentra".

7.3. Efectos de la solicitud

La revisión no tiene, por regla general, efectos suspensivos. El art. 477 inc. 1° CPP dispone explícitamente que la solicitud de revisión "no suspenderá el cumplimiento de la sentencia que se intentare anular".

Excepcionalmente, sin embargo, si el tribunal lo estimare conveniente, puede, en cualquier momento durante la tramitación de la solicitud, suspender la ejecución de la sentencia impugnada y aplicar, si concurrieren los requisitos que la hacen

procedente, alguna de las medidas cautelares personales generales del art. 155 CPP (art. 477 inc. 2° CPP). Se trata, como se puede apreciar, de una facultad otorgada al tribunal para poner fin, cuanto antes, a la injusta privación de libertad de la que puede estar siendo víctima una persona inocente, en tanto se tramita y resuelve la solicitud de revisión.

7.4. CONTROL DE ADMISIBILIDAD

La solicitud de revisión está sometida a un control de admisibilidad que se efectúa ante la propia Corte Suprema.

La Corte puede declarar inadmisible la solicitud, de plano, por no cumplir las formalidades exigidas por la ley, a las que nos hemos referido anteriormente,[200] o por adolecer de "manifiesta falta de fundamento".

Según consta de la discusión legislativa del proyecto en el Senado, las facultades para declarar inadmisible la solicitud por incumplimiento de las formalidades se entiende "sin perjuicio de que al pronunciarse sobre la admisibilidad el tribunal pueda solicitar los antecedentes que estime pertinentes, lo que en ningún caso puede significar una nueva investigación".[201]

La inclusión de la "manifiesta falta de fundamento" como causal de la declaración de inadmisibilidad tuvo su origen en el "conocimiento" que declaró tener el Senado "de que se presentan ante la Corte Suprema muchas de estas solicitudes sin real justificación" y tuvo por objeto "ampliar las facultades de la Corte para rechazarlos de plano".[202]

En cualquier caso, la inadmisibilidad debe ser acordada por la unanimidad del tribunal (art. 475 inc. 3° CPP).

Por el contrario, si la solicitud es considerada admisible, se debe dar traslado de ella al fiscal o al condenado, esto último en el caso de que el recurrente sea el ministerio público (art. 475 inc. final CPP).

---

[200] Vid supra XI.E.7.2

[201] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 448.

[202] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 448.

7.5. VISTA DE LA CAUSA

No existen reglas especiales en cuanto a la vista de la causa en materia de revisión. El art. 475 inc. final CPP dispone que una vez evacuado el traslado por el fiscal o el condenado, "en seguida, se mandará traer la causa en relación, y, *vista en la forma ordinaria,* se fallará sin más trámite".

La alusión a la vista *en la forma ordinaria* resulta confusa, porque al haberse excluido a la revisión del Libro Tercero, que en su Título I contiene las disposiciones generales que regulan la vista de los recursos, podría entenderse que se está refiriendo a las disposiciones que regulan la vista de las causas en materia civil. A nuestro juicio, sin embargo, resulta más coherente con los principios y la lógica del nuevo sistema entender que la referencia está hecha precisamente a las disposiciones generales sobre recursos del CPP, a lo cual debe añadirse que era ése precisamente el sentido que la expresión tenía en el proyecto del Ejecutivo, antes de que la disposición se trasladara al Libro Cuarto, conforme lo acordó el Senado.[203]

La prueba es esencialmente admisible para acreditar las causales que fundamentan la solicitud de revisión. Es por ello que el art. 475 inc. 2° CPP, en las dos ocasiones en que precisa los requisitos formales de la solicitud, exige indicar "los medios con que se intentare probar" y "los medios con que se pretendiere acreditar" el hecho en que se funda. La rendición de la prueba debe entenderse regida supletoriamente por las reglas que rigen su recepción en el juicio oral, aunque existe una limitación importante, ya que el CPP excluye la prueba testimonial para probar los hechos en que se funda la revisión (art. 476 CPP).

El Senado decidió incorporar esta norma por consideraciones de orden práctico, ya que, atendido que el CPP encomienda la recepción de la prueba testimonial al tribunal en su conjunto y no sólo a uno de sus miembros –exigencia que fue considerada "perfectamente lógica en el contexto del nuevo Código de velar por la inmediación del tribunal en pos de que se forme directamente su convicción sobre los hechos"– la recepción de

[203] Así también, CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal,* cit., p. 282.

la prueba testimonial en esta fase presentaba, a su juicio, un problema, porque "causaría dificultades prácticas considerables en su *funcionamiento, por el tiempo* que debería destinarse a la evacuación de esta diligencia". Teniendo presente, además, "que son muy pocos los casos en que se deben probar hechos, las pruebas que debe presentar deben ser concluyentes, y no simples sospechas, pues no se trata de un nuevo juicio",[204] el Senado resolvió limitar la procedencia de la prueba testimonial. La decisión del Senado en este punto y la fundamentación que la apoya merece ser considerada una las mayores renuncias que el legislador hizo de los principios fundamentales que inspiran el CPP. El art. 476 no sólo terminó por sacrificar la inmediación y limitar el derecho a rendir prueba asumiendo que la exigencia de comprobantes escritos era más expedita y confiable que la prueba testimonial, sino que terminó por dar origen a una ley reguladora de la prueba, que limita la admisibilidad de la testimonial en forma absolutamente contradictoria con el sistema de libertad de prueba que el mismo Código consagra como una de sus características más relevantes.[205]

7.6. Fallo de la revisión

La resolución que acoge la solicitud de revisión debe declarar la nulidad de la sentencia (art. 478 inc. 1° CPP) y ordenar, según el caso, la libertad del imputado y la cesación de la inhabilitación que haya sido impuesta como pena principal o accesoria (art. 479 inc. final CPP).

La Corte Suprema puede, acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, dictar sentencia de reemplazo "si de los antecedentes resultare fehacientemente acreditada la inocencia del condenado" (art. 478 inc. 2° CPP). En este caso, la Corte puede, asimismo, pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización por error judicial a que se refiere el art. 19

[204] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., pp. 448-449.

[205] De similar opinión es, al parecer, CAROCCA PEREZ (A.), quien al citar el art. 476 CPP señala que esto "parece contrario al sistema de libre valoración de la prueba que el mismo Código consagra". CAROCCA PEREZ (A.), *El nuevo sistema procesal penal*, cit., pp. 281-282.

N° 7, letra i) de la Constitución Política de la República (art. 478 inc. final CPP). Para esto se requiere que así lo hubiere recabado quien solicitó la revisión y que "hubiere mérito para ello", lo que debe entenderse como una referencia a la exigencia constitucional de que la sentencia condenatoria haya sido "injustificadamente errónea o arbitraria".

Si de los antecedentes no resultare fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, pero aun así la Corte Suprema estimara suficientemente acreditada la concurrencia de la causal de revisión invocada, debe limitarse a declarar la nulidad de la sentencia sin ordenar la realización de un nuevo juicio. Al discutirse esta norma en el Senado, se consideró que no le correspondía a la Corte Suprema dar una orden en tal sentido, porque esa decisión debía tomarla el ministerio público, por corresponderle a éste el ejercicio de la acción penal, considerando que éste podría iniciar o no otra acción según la prueba de que dispusiere. Se consideró, no obstante, que una nueva acción sólo podría estar fundada en un delito distinto a aquel por el cual había sido condenado el acusado en la sentencia cuya nulidad se decidió.[206]

Si la sentencia de reemplazo de la Corte Suprema o la que se dictara en el nuevo juicio declarare "la completa inocencia del condenado por la sentencia anulada", éste, o sus herederos, en su caso (art. 479 inc. 3° CPP), podrán exigir que dicha sentencia se publique en el Diario Oficial a costa del Fisco y que se devuelvan por quien las hubiere percibido las sumas que hubiere pagado en razón de multas, costas, e indemnización de perjuicios en cumplimiento de la sentencia anulada (art. 479 inc. 1° CPP). El cumplimiento del fallo en lo que se refiere a las acciones civiles que emanan de él es materia de competencia de los jueces de letras en lo civil, con arreglo a las normas del procedimiento sumario (art. 470 inc. 2° CPP).

El art. 480 CPP impone al ministerio público la obligación de acompañar copia fiel del fallo que acogió la revisión si resolviere formalizar investigación por los mismos hechos sobre los cuales recayó la sentencia anulada. Entendemos que esta norma se aplica exclusivamente a los casos en que el ministerio público

[206] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 450.

hubiere decidido iniciar investigación por los mismos hechos en contra de terceros, ya que una formalización por los mismos hechos en contra del condenado cuya sentencia condenatoria se declaró nula es imposible, porque infringiría el principio de *non bis in idem*. Así, por lo demás consta de la discusión legislativa del proyecto en cuanto, al pronunciarse el Senado sobre las posibilidades de un nuevo juicio, se dejó constancia de que "El ministerio público podrá iniciar o no otra acción, según la prueba de que disponga, *salvo por el delito específico por el que ha sido absuelto*".[207]

[207] PFEFFER URQUIAGA (E.), cit., p. 450.

XII. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES*

A. *PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADO Y MONITORIO*

1. INTRODUCCION

En general, las legislaciones del derecho comparado contemplan procedimientos especiales y sumarios para enjuiciar los delitos bagatelarios o de menor entidad. Se trata de la introducción de mecanismos de celeridad y simplificación al procedimiento en atención a la ausencia de gravedad de los hechos imputados. A diferencia del abreviado, este procedimiento no significa necesariamente la renuncia de la garantía al juicio oral por parte del imputado;[1] sin embargo, al entregarse el juzgamiento de los delitos al mismo juez que tuvo a su cargo el control de la investigación se plantean serios cuestionamientos en su contra desde la perspectiva del principio de imparcialidad del tribunal.

Apartándose de la propuesta del Proyecto del Ejecutivo, que sólo contemplaba este procedimiento para las faltas, el Senado amplió el ámbito de aplicación de este procedimiento a ciertos hechos constitutivos de simple delito, cuando el ministerio público requiera una pena no superior a presidio menor en su grado mínimo.[2] En consecuencia, este procedimiento procede respecto de delitos que tengan asignada una pena privativa de

---

* Capítulo preparado por María Inés Horvitz L.

[1] Como veremos más adelante, existe una modalidad de este procedimiento que plantea la admisión de responsabilidad por parte del imputado y se asemeja al abreviado, pero es sólo una posibilidad del procedimiento simplificado.

[2] PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal*, cit., pp. 377 y ss. Vid. infra 2.1.

libertad que en abstracto puede ser muy superior a la recién señalada, pero en que el órgano acusador se allana a solicitar una inferior en atención a todos los elementos relevantes para la fijación concreta de la misma. La falta de imparcialidad del órgano que juzga y el carácter extremadamente sumario del procedimiento han dado origen a severas críticas respecto al nivel de garantías requerido para el juzgamiento de delitos sancionados con penas privativas de libertad. No es inoportuno recordar, en este sentido, la sentencia 145/1988, de 12 de julio, del Tribunal Constitucional español, que declaró inconstitucional una de las normas sobre las que descansaba la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, que contemplaba un procedimiento sumario para delitos menos graves y sorprendidos *in fraganti*: la de no recusabilidad del juez a pesar de haber sido instructor de la causa.[3] Este, como se examinará, es el mismo problema que afecta al procedimiento abreviado.[4]

La contemplación de procedimientos expeditos para juzgar delitos poco complejos y graves ha encontrado su fundamento de legitimidad en el derecho del imputado a ser juzgado dentro de un plazo razonable o sin dilaciones indebidas. Si los hechos no son complejos, pareciera excesiva la realización del procedimiento ordinario; pero la simplificación e, incluso, un menor nivel de garantías se han querido justificar en la naturaleza de la sanción aplicable al caso, esto es, penas menos graves, como la multa, el comiso, la inhabilitación o suspensión del ejercicio de ciertos derechos, la publicación de la condena, o incluso penas privativas de libertad cortas o que pueden ser sustituidas por otras. En efecto, es habitual encontrar supuestos delictivos en el derecho comparado cuya tramitación se somete a procedimientos sencillos y a menudo escritos, pero en que el caso no necesariamente se resuelve tras un juicio oral. Así ocurre, por ejemplo, en el procedimiento por órdenes penales del sistema de justicia criminal alemán (*Strafbefehlsverfahren*) o en el *procedimento per decreto* italiano.[5] En el primero, a petición del fis-

[3] Sobre el particular, vid. ORTELLS RAMOS (M.), *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997, pp. 1 y ss.

[4] Vid. infra cap. XII. B.2.2.

[5] Vid. RODRIGUEZ GARCIA (N.), *La justicia penal negociada (Experiencias de derecho comparado)*, cit., pp. 137-138; PISANI (M.), *"Italian style": figure e forme del nuovo processo penale*, Cedam, Milano, 1998, pp. 44 y ss.

cal y a través de un mandato penal escrito, se pueden imponer penas de multa y privativas de libertad de hasta un año, pero también consecuencias jurídicas como la inhabilitación para conducir y la privación del permiso correspondiente hasta por dos años (parágrafos 407 y ss. StPO).[6] En el segundo, el fiscal solicita al juez de la audiencia preliminar la imposición de una pena pecuniaria *tout court* o de una sustitutiva de una pena privativa de libertad, incluso rebajada a la mitad de la prevista en la ley (arts. 459 y ss. CPP).[7] En ambos casos, el imputado puede aceptar la pena solicitada, a veces con importantes reducciones de pena, o formular su oposición, haciendo valer su derecho a la celebración del juicio oral. También puede pedir la aplicación de otro procedimiento especial que resulte procedente.[8]

La existencia de procedimientos simplificados pareciera inevitable ante la gran cantidad de delitos de bagatela que debe enfrentar cualquier sistema de justicia criminal hoy en día. Su enjuiciamiento en todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario resulta imposible,[9] y no parece apropiado desde el punto de vista del principio de proporcionalidad. Sin embargo, no deben desoírse los reclamos que contra ellos suele formular la doctrina, entre los cuales están los siguientes: las penas serían pronunciadas de forma precipitada y sin que el imputado sea oído suficientemente; los afectados no se defienden contra pronunciamientos injustos por los motivos más diversos (indiferencia, ignorancia, temor); los fiscales y los tribunales prefieren estos procedimientos para ahorrarse trabajo y los primeros solicitan intencionalmente penas bajas para evitar la oposición del imputado.[10] Estas críticas deben ser ponderadas debidamente, atendida la incidencia en la utilización de estos procedimientos en el conjunto del sistema, desde el inicio de la implementación de la reforma hasta la fecha.[11]

---

[6] ROXIN (C.), *Derecho procesal penal*, cit., pp. 550 y ss.

[7] PISANI (M.), *"Italian style": figure e forme del nuovo processo penale*, cit., pp. 44-45.

[8] ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., p. 553; PISANI, *"Italian style"*, cit., p. 47.

[9] En este sentido, expresamente, ROXIN, *Derecho procesal penal*, cit., pp. 550-551.

[10] SCHMIDT-HIEBER, citado por ROXIN, cit., p. 550.

[11] Desde diciembre de 2000 hasta diciembre de 2002, el total de procedimientos simplificados fue de 3.418 (166 absoluciones y 3.252 condenas), de procedimientos monitorios, 17.735 (58 absoluciones y 17.677 condenas), de procedimientos abreviados, 915 (3 absoluciones y 912 condenas) y de procedimientos ordinarios, 407

2. LA REGULACION DEL PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

2.1. AMBITO DE APLICACIÓN

Este procedimiento especial no sólo es aplicable a las *faltas*, sino también a los hechos constitutivos de *simples delitos* para los cuales el ministerio público requiera la imposición de una pena que no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, esto es, hasta 540 días de privación de libertad. Se trata de la pena en concreto solicitada por el órgano de persecución penal, ya sea al momento de la acusación[12] –si el caso hubiere sido iniciado conforme a las reglas del procedimiento ordinario– o en su requerimiento, si el caso hubiere comenzado directamente de acuerdo con las normas del Título I del Libro IV del Código Procesal Penal. La ley establece expresamente como excepción a la regla anterior que el conocimiento y fallo del hecho sea sometido a las normas del procedimiento abreviado, si concurren sus presupuestos. El establecimiento expreso de esta excepción es muy relevante, como veremos más adelante.[13]

En el Proyecto del Ejecutivo sólo se contemplaba la aplicación de este procedimiento para las faltas; por ello se denominaba –al igual que en el sistema antiguo– "procedimiento por faltas". Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se hizo presente la conveniencia de ampliar su aplicabilidad "a delitos menores, que constituyen el mayor número de delitos y que recargarían en demasía a los tribunales orales", añadiéndose otras consideraciones utilitarias como el carácter "complejo y caro" del juicio oral, "innecesario en estos delitos que, en muchos casos, quedarían dentro del principio de oportunidad del ministerio público".[14] En otros casos, sería necesario llevarlas a

(9 absoluciones y 91 condenas). Cfr. BAYTELMAN/DUCE, *Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha*, CEJA/UDP, Santiago, 2003, p. 249.

[12] En tal caso, su acusación debería llamarse también "requerimiento", pues tal es el nombre que se le da a la acusación en el procedimiento simplificado.

[13] Vid. infra 2.5.5.

[14] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 377. En todo caso, la argumentación incurre en una falacia naturalista, pues de estos problemas prácticos no se puede

juicio por razones preventivo-generales, esto es, "como una forma de que la ciudadanía se sienta protegida y vea que hay una sanción rápida".[15]

La inclusión de ciertos simples delitos dentro del ámbito de aplicación del procedimiento simplificado ha sido fuente de importantes problemas interpretativos, por la coexistencia con otros procedimientos aplicables al ámbito de los simples delitos.[16] Pero, además, ha generado una gran controversia a propósito de la oferta de intercambio que se plantea en el artículo 395 CPP, pues, como veremos, la aceptación de culpabilidad sólo permitiría la aplicación de una multa y, excepcionalmente, de una pena de prisión, alternativas que no resultan fácilmente compatibles con las penas asignadas a los simples delitos, aunque sí con las faltas.[17] Del mismo modo, como el procedimiento monitorio sólo resulta aplicable a los casos en que el fiscal requiere únicamente pena de multa, no suele ser una vía apropiada para la resolución de los simples delitos. Relacionado con este tema, y como una forma de fomentar su aplicación, la legislación especial tiende, en forma creciente, a hacer aplicables los procedimientos simplificado y monitorio, "cualquiera sea la pena solicitada por el fiscal".[18] Es importante destacar, sin embargo, que en estos casos, el legislador delimita previamente el ámbito respecto del cual se podrá hacer aplicación del procedimiento simplificado o monitorio; así, por ejemplo, el artículo 196 F de la Ley del Tránsito establece que "tratándose del procedimiento por *faltas*, el fiscal podrá solicitar la aplicación del procedimiento monitorio (...) cualquiera fuere la pena cuya aplicación requiriere. Si el juez de garantía resuelve proceder de conformidad con esta norma, reducirá las penas aplicables en la proporción" que señala la letra c) del art. 392 CPP.[19] Como se observa, la fórmula

derivar la inconveniencia de someter estos casos a la regla general de enjuiciamiento, sino sólo en base a consideraciones normativas, valorativas.

[15] PFEFFER, cit., p. 378.

[16] Vid. infra 2.4.1.

[17] Vid. infra 2.5.5.

[18] Vid., por ejemplo, el art. 28, inciso 2°, parte final de la Ley N° 16.618, de Menores; el art. 196 F, inciso 2°, de la Ley N° 18.290, del Tránsito; el art. 54 de la Ley N° 19.925, de Alcoholes, por la remisión al art. 196 F de la Ley del Tránsito, etc.

[19] Vid. infra 2.7.

"cualquiera sea la pena solicitada" alude a la diferente naturaleza de las penas previstas para las faltas, que pueden no consistir (únicamente) en "multa" o "prisión". Se trata, en consecuencia, de hacer aplicables los procedimientos simplificado y monitorio a hechos constitutivos de faltas o simples delitos cuyas penas no consistan, o al menos no únicamente, en multa (art. 392 CPP) o prisión (art. 395 CPP).

Sin embargo, se ha denunciado que, en algún caso, la señalada fórmula tiene connotaciones más graves. Así, CHAHUAN ha advertido que en el supuesto a que se refiere el inciso 2° del art. 28 de la Ley de Menores y en los delitos de acción penal privada, la pena concreta que proponga el fiscal en cada caso, que puede ser "cualquiera" según la propia ley, podría superar el límite máximo que establece el Código, en su artículo 388, para la aplicación del procedimiento simplificado.[20] La Ley de Menores atribuye la declaración de discernimiento que corresponde emitir respecto de los jóvenes mayores de 16 y menores de 18 años a los jueces de garantía, cuando el hecho imputado fuere constitutivo de una *falta* o de un *simple delito* que la ley no sancione con penas privativas o restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedan la de presidio o reclusión menor en su grado mínimo. Se establece que si el joven es declarado con discernimiento, el proceso se regulará de acuerdo con las normas del Título I del Libro IV del CPP, cualquiera sea la pena requerida por el fiscal. Para fijar el procedimiento aplicable, en consecuencia, hay que recurrir a la pena *en abstracto* asignada al simple delito imputado. La pena en concreto, por tanto, no podrá ser superior a las previstas en abstracto, dada especialmente la regla especial de atenuación de pena que contempla el art. 72 inciso 1° del Código Penal. Con respecto a los delitos de acción penal privada, nos remitimos al tratamiento del problema en el lugar correspondiente.[21]

2.2. TRIBUNAL COMPETENTE

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 14, letras d) y e) del Código Orgánico de Tribunales (COT), corresponde a los jue-

[20] CHAHUAN (S.), *Manual del nuevo procedimiento penal*, cit., p. 293.
[21] Vid. infra cap. XII. C.2.2.

ces de garantía conocer y fallar las *faltas penales* de conformidad con el procedimiento contenido en la ley procesal penal; y 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 ella les asigne.

Un problema interpretativo específico se plantea con la disposición que se refiere a la Ley de Alcoholes, específicamente a partir de la introducción del artículo 53 de la Ley N° 19.925, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 2004, y que contiene la nueva regulación de la Ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.[22] En efecto, dicho precepto legal establece que "con excepción de las conductas delictivas descritas y sancionadas en los artículos 42 y 46, las infracciones a la presente ley *se reputan contravenciones* para todos los efectos legales y, en ese carácter, quedan sujetas a la competencia y al procedimiento aplicables a los juzgados de policía local. Por otro lado, el art. 54 del mismo cuerpo legal señala que "para el juzgamiento de las *faltas* y simples delitos previstos en esta ley se aplicarán los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal, con las reglas especiales contempladas en el art. 196 F de la Ley de Tránsito". Finalmente, la misma Ley N° 19.925 modifica la Ley N° 18.290, de Tránsito y en su art. 15 N° 1 se refiere a los "delitos, cuasidelitos, *faltas, infracciones o contravenciones*". A esta variada nomenclatura se añade que el Título II de la nueva de Ley sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas contempla diversas "medidas" que denomina "de prevención y rehabilitación" separadas de las "sanciones" que contiene el Título III de la misma ley, no obstante su naturaleza claramente punitiva.[23]

Pareciera que la distinción entre faltas e infracciones o contravenciones es básicamente de carácter formal y pretende resolver la problemática que suscita la atribución de competencia al juez de garantía, por el Código Orgánico de Tribunales, de

[22] Dicho cuerpo legal derogó el Libro II de la Ley N° 17.105, de 14 de abril de 1969, cuyas últimas modificaciones fueron introducidas por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002.

[23] Sobre la distinción entre penas y medidas de seguridad, de protección, de prevención y rehabilitación y otra variada terminología utilizada por el legislador, vid. infra cap. XII. D.1.

las faltas penales; de allí que cuando se quiere atribuir competencia a los juzgados de policía local, el legislador habla de infracciones o contravenciones. La problemática esbozada amerita un examen más atento de las circunstancias en las que ella se ha planteado, lo que haremos a continuación.

2.3. Delimitación entre faltas, infracciones y contravenciones

Con anterioridad a las sucesivas reformas de la Ley de Alcoholes se planteó una cierta controversia referida a la distinción entre faltas penales y las denominadas genéricamente infracciones. En efecto, en la redacción del artículo 14 COT anterior a la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001, no se contemplaba expresamente la hipótesis de la letra e), referida a las faltas e infracciones de la Ley de Alcoholes.[24] Esta situación generaba dudas acerca de qué órgano era competente para sustanciar y fallar las infracciones a la Ley de Alcoholes, especialmente las ebriedades a que se refería el artículo 113 de dicho cuerpo legal. En efecto, la Ley N° 19.665, de 9 de marzo de 2000, que adecuó el Código Orgánico de Tribunales a la reforma procesal penal, dejó subsistente la competencia de los jueces de letras en materia de infracciones a la Ley de Alcoholes (letra f) del N° 2 del artículo 45 del COT).

Un primer problema interpretativo consistía en identificar cuáles eran las "faltas penales" a que se refería la letra d) del artículo 14 COT, pues la Ley N° 19.665 no ocupó la expresión existente en la antigua letra e) del N° 2 del artículo 45 COT, referida a las "faltas del Código Penal", la que resultaba formalmente más clara. Un segundo problema interpretativo radicaba en determinar si existía un criterio delimitador entre las faltas penales y las demás faltas o infracciones, pues, de no haberlo, podía plantearse la inconstitucionalidad de todos aquellos procedimientos de represión de faltas o infracciones cuya investigación no estuviese entregada al ministerio público en virtud de

[24] El texto actual de la letra e) del artículo 14 COT fue modificado por el artículo 1° N° 1 de la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001, pasando el texto anterior de la letra e) a ser la actual letra g).

la exclusividad de la investigación de los delitos que, por disposición constitucional, corresponde al ministerio público (art. 80-A CPR).

Para algunos, por su marcado carácter punitivo, las infracciones a la Ley de Alcoholes constituían materialmente faltas penales, aunque extramuros del Código Penal, y en consecuencia, debían ser de competencia de los jueces de garantía y someterse a las reglas del procedimiento simplificado. Otros, sin pronunciarse expresamente sobre la naturaleza de dichas infracciones, se inclinaron por considerar subsistente la norma que confería competencia a los juzgados de letras, porque el artículo 45 N° 2 letra f) COT no se encontraba derogado.[25]

La Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001, resolvió esta polémica atribuyendo expresamente a los jueces de garantía competencia para conocer y fallar las faltas e infracciones de la Ley de Alcoholes, conforme al procedimiento simplificado o monitorio, según correspondiere, y cualquiera fuese la pena que tuviesen asignada. En el Mensaje del Proyecto se fundamenta la decisión del legislador "en el hecho que tales faltas *poseen una marcada naturaleza penal*, atendida su penalidad, siendo por lo demás la creación del procedimiento monitorio en el nuevo código un signo inequívoco y adicional a la voluntad del legislador de dejar en sede de juzgado de garantía este tipo de figuras".[26]

Sin embargo, la Ley N° 19.925 deshace todo lo anterior y adopta justamente la decisión contraria: declara que las infracciones a la Ley de Alcoholes deben "reputarse" contravenciones

[25] En este último sentido, la Corte Suprema, la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, la Auditoría General de Carabineros y la Dirección General de Carabineros (cfr. Instructivo N° 37, de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público, en *Reforma Procesal Penal*, Instructivos Generales 26-50, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 215 y ss.). Es importante destacar que, como consecuencia de esta polémica, la Ley N° 19.925 decidió zanjar esta discusión a través de una interpretación declarativa –introducida en su art. 8°– señalando que, "de conformidad con el art. 5° de la Ley N° 19.814, la derogación del artículo 45, número 2°, letra f), del Código Orgánico de Tribunales, dejó subsistente la competencia de los juzgados de letras para conocer de los delitos contemplados en la Ley N° 17.105, de Alcoholes, Bebidas Alcohólicas y Vinagres, en conformidad con lo dispuesto por el artículo 177 de dicha ley, en concordancia con el artículo 45, número 2°, letra d), y 4°, del Código Orgánico de Tribunales, en las regiones en las que no haya entrado en vigencia la reforma procesal penal".

[26] Mensaje del Proyecto de la Ley N° 19.708, de 5 de enero de 2001. El destacado es nuestro.

y atribuye su conocimiento y fallo a los jueces de policía local.[27] Deja fuera solamente a las "conductas delictivas descritas y sancionadas en los artículos 42 y 46"; sin embargo, si se observa la conducta descrita en el segundo de los preceptos legales señalados,[28] se comprobará que nada distingue esta infracción de las demás infracciones de la Ley de Alcoholes que contemplan, fundamentalmente, sanciones de multa. La diferenciación sigue siendo formal, y depende de cuál sea el órgano jurisdiccional a que quiera atribuirse su conocimiento y fallo. A ello se añade que, de conformidad con lo que dispone el art. 54 de la Ley N° 19.925, "para el juzgamiento de las *faltas* y simples delitos previstos en esta ley se aplicarán los procedimientos establecidos en el Código Procesal Penal, con las reglas especiales contempladas en el art. 196 F de la Ley de Tránsito". Esto es, habrá que entender por "faltas" a las infracciones que se contemplan en el art. 46 y en el inciso 3° del art. 42 de la Ley N° 19.925.[29]

Esta última decisión legislativa no sólo muestra la ausencia de criterios cualitativos o materiales que distingan las nociones de falta, contravención e infracción utilizadas por el legislador, sino que deja pendiente, además, la respuesta a la interrogante sobre la naturaleza penal o no de las faltas, infracciones o contravenciones contempladas en leyes penales especiales –problemática que la doctrina contemporánea todavía debate arduamente con ocasión de la delimitación entre el derecho penal criminal y el derecho penal administrativo–[30] y sobre la eventual inconstitucionalidad de la atribución de su conocimiento y fallo a los juzgados de policía local.

---

[27] Con las modificaciones procedimentales que establece el art. 54 de la Ley N° 19.925.

[28] El art. 46 de la nueva Ley de Alcoholes establece que "El alcalde que otorgare patentes en contravención a las disposiciones de la presente ley será sancionado con una multa, a beneficio municipal, de 10 a 20 U.T.M. Igual sanción se aplicará a los funcionarios municipales que emitan informes maliciosamente falsos, y que sirvan de base para el otorgamiento de patentes, o que no las eliminen en los casos previstos en la ley".

[29] Sobre la base que dicha infracción tiene asignada como pena una multa, pena de prisión y clausura temporal del establecimiento. Las demás infracciones tienen asignada, en cambio, pena privativa de libertad superior a la prisión; por ello, habrá que entender –en el contexto formal de delimitación de las infracciones que se hace en la legislación especial– que se trata de simples delitos.

[30] Para un resumen de la misma, vid. CURY (E.), *Derecho penal, Parte General*, tomo I, 2° ed. actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992, pp. 70 y ss.

2.4. Supuestos específicos que dan lugar al procedimiento simplificado

El procedimiento simplificado plantea diferentes trámites según se trate de la persecución penal de simples delitos, en el ámbito que la ley admite este procedimiento, o de faltas. Por ello es preciso, primeramente, distinguir las siguientes hipótesis:

a) se trata de un simple delito cuya persecución penal se realiza por la vía ordinaria, pero en la que el ministerio público decide solicitar una pena concreta que hace procedente y aplicable el procedimiento especial simplificado. Esta hipótesis supone la existencia de una etapa de investigación durante cuyo desarrollo se plantea la posibilidad de aplicación de este procedimiento;
b) se trata de una falta, o
c) se trata de una falta o un simple delito sorprendidos *in fraganti* y, en este último caso, el fiscal decide requerir una pena que posibilite la aplicación del procedimiento simplificado.

2.4.1. *Simples delitos con investigación previa*

En el supuesto de simples delitos, es posible que el procedimiento haya comenzado conforme a las reglas del procedimiento ordinario y, en atención a la pena que probablemente resulte aplicable, el ministerio público decida continuarlo conforme al rito del simplificado. Esta situación podría plantearse en cualquier momento de la etapa de investigación, aunque el fiscal a cargo del caso podría darle tramitación desde un principio conforme a las normas contenidas en el Título I del Libro IV del CPP. El fiscal podría optar *antes* por el principio de oportunidad o alguna salida alternativa, si se dan sus presupuestos, pues el ámbito de aplicación de aquellas es parcialmente coincidente con el de este procedimiento. No obstante, si decide acusar y requerir una pena concreta no superior a 540 días de privación de libertad, deberá necesariamente seguir la tramitación del caso en conformidad a las reglas del procedimiento simplificado, excluyéndose la posibilidad de continuar su prosecución conforme al procedimiento ordinario. En suma, en tal caso la aplicación del procedimiento simplificado es obligatoria, porque

existe una norma de procedimiento que así lo ordena, a saber, el inciso 2° del art. 388 CPP.[31] La única excepción a esta regla es la posibilidad de aplicación del procedimiento abreviado, cuando concurran sus presupuestos, pero ello porque la ley lo permite expresamente.[32]

2.4.2. *Faltas*

Tratándose de faltas, deberá iniciarse la tramitación del caso directamente conforme a las reglas del procedimiento simplificado o, si procediere, del procedimiento monitorio. El procedimiento podrá comenzar, por tanto, mediante la interposición de una denuncia o querella.

2.4.3. *Faltas y simples delitos flagrantes*

La Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002 introdujo el artículo 393 bis al Código Procesal Penal. Las circunstancias en que se dictó

[31] Especialmente cuando señala: "El procedimiento *se aplicará...*". El fiscal tiene una gran variedad de posibilidades para dar un tratamiento procesal individualizado al caso, según sus características y la pena asignada al delito de que se trata; no obstante, no puede *elegir* el procedimiento específico conforme al cual debe resolverse el caso. Ello queda especialmente de manifiesto cuando se trata de la posible imposición al acusado de una pena propiamente tal. Incluso en el procedimiento abreviado el fiscal no tiene un poder discrecional autónomo: existe un importante control jurisdiccional sobre sus presupuestos de aplicación y se requiere la voluntad del imputado. Sobre ello, vid. infra XII.B.2.5.

[32] La Corte de Apelaciones de Antofagasta, mediante resolución de fecha 27 de agosto de 2002 (Boletín de Jurisprudencia del Ministerio Público, noviembre de 2002, pp. 145 y ss.), revocó la resolución dictada por la jueza de garantía subrogante de María Elena, quien, una vez presentada la acusación fiscal para proceder a la aplicación del abreviado, tuvo a ésta como suficiente requerimiento y citó a audiencia de juicio simplificado. La Corte expresó que "la facultad de elegir el procedimiento a aplicar es facultad del ministerio público y, por consiguiente, el juez no puede imponer el procedimiento; de lo contrario estaría privando al ministerio público de una potestad exclusiva, esto es, el ejercicio de la acción penal pública en la forma establecida por la ley" (considerando 2°). La decisión de la Corte es correcta, pero no por los fundamentos que invoca, sino porque la propia ley autoriza el procedimiento abreviado en el ámbito de aplicación propio del simplificado (art. 388 inciso 2° CPP). Si no existiera esta norma, la inaplicabilidad del procedimiento abreviado podría fundarse en los términos prescriptivos utilizados por el legislador en el art. 388 CPP.

esta ley, su contenido y críticas fueron abordadas de modo general en otra parte de esta obra.[33] Esta norma permite la detención por faltas sorprendidas *in fraganti* –lo que en la anterior regulación estaba prohibido– a fin de que el imputado sea comunicado del requerimiento en su contra. En general establece una abreviación del procedimiento simplificado en supuestos de flagrancia.

2.5. Trámites del procedimiento simplificado

Los trámites del procedimiento simplificado son los siguientes:

a) Denuncia y examen previo del ministerio público;
b) Citación, registro y detención en casos de flagrancia;
c) Requerimiento y solicitud al juez de garantía de citación inmediata a juicio;
d) Preparación del juicio;
e) Primeras actuaciones en la audiencia del juicio;
f) Realización del juicio;
g) Pronunciamiento de la sentencia; y
h) Recursos.

2.5.1. *Denuncia y examen previo del ministerio público*

Una vez que el fiscal recibe la denuncia de un hecho constitutivo de falta o de un simple delito cuya pena probable no exceda de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, deberá examinarla a fin de verificar que los antecedentes aportados sean suficientes y/o no se encuentre extinguida la responsabilidad penal del imputado (art. 390 CPP). Este control previo del ministerio público es plenamente correspondiente con el que se contiene en los artículos 167 y 168 CPP. También debe considerarse incluida la hipótesis de que los hechos denunciados no fueren constitutivos de delito, no sólo porque no habría razón para su exclusión, sino porque las normas del procedimiento ordinario por crimen o simple delito contenidas en el Libro II del CPP son supletorias del procedimiento simplificado (art. 389 CPP).

[33] Vid. t. I, Addenda.

En este mismo orden de ideas, son plenamente aplicables las normas sobre actuación de la víctima en relación a las decisiones del fiscal, así como la imposibilidad de hacer uso de la facultad de archivo provisional o de no inicio del procedimiento en caso de presentación de querella. Asimismo, el fiscal podrá hacer uso del principio de oportunidad en los términos señalados en el artículo 170 CPP, por tratarse de una facultad que tiene plena aplicabilidad en el caso de delitos menores o bagatelarios (art. 390 inciso 1°, *in fine* CPP).

No hay que olvidar, además, que en el ámbito de estos delitos resultan aplicables el procedimiento abreviado, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. El Código se refiere expresamente a esta última posibilidad en el artículo 394 inciso 1° CPP, con ocasión de la audiencia del juicio oral, y siempre que en ella se encuentre presente la víctima, pues, como sabemos, un acuerdo reparatorio supone el consentimiento de víctima e imputado, la no oposición del ministerio público[34] y la aprobación del mismo por parte del juez de garantía. Sin embargo, nada obsta a que el acuerdo se produzca fuera de la sala del tribunal y sólo se formalice o apruebe ante el juez competente.

Por su parte, la Ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en su artículo 42, modificado por la Ley N° 19.806, de 2002, admite expresamente la posibilidad de una suspensión condicional del procedimiento en el caso de las faltas a que se refiere el artículo 41 de la misma ley, expresando que el juez de garantía podrá imponer como condición al imputado la asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por sesenta días, o de tratamiento o rehabilitación, según sea el caso, por un período no inferior a 180 días, en instituciones consideradas idóneas por el Servicio de Salud de la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones respectiva.

Asimismo, la Ley N° 18.290, de Tránsito, que recogió todos los delitos cometidos con ocasión de la conducción o desempeño bajo la influencia del alcohol o en estado de ebriedad y que

[34] En base a una distinta calificación jurídica de los hechos, a una diferente interpretación de lo que es bien jurídico "disponible", en base a un interés público prevalente, etc. Vid. t. I, cap. VII, B.9.

anteriormente se contemplaban en la Ley de Alcoholes,[35] establece en el inciso 5° del art. 196 F que "en los procedimientos por estos delitos [a que se refiere el inciso precedente],[36] el fiscal podrá solicitar al juez de garantía la suspensión del procedimiento", si se reúnen los requisitos establecidos en el art. 237 CPP. Se contempla la posibilidad de establecer como condición, además, de cualquiera de las contempladas en el artículo 238 CPP, la suspensión de la licencia para conducir por un plazo no menor de seis meses ni superior a un año. La ley añade que cuando se trate de la aplicación del procedimiento simplificado, la suspensión condicional del procedimiento podrá solicitarse en la audiencia a que se refiere el art. 394 CPP. Finalmente, estas normas son aplicables a las faltas y simples delitos contemplados en la Ley N° 19.925, sobre Alcoholes, por remisión que hace el art. 54 de dicho cuerpo legal al art. 196 F de la Ley del Tránsito.

2.5.2. *Citación, registro y detención en casos de comisión* in fraganti *de una falta*

El artículo 124 CPP, en la redacción anterior a la Ley N° 19.789, de 30 de enero de 2002, excluía la posibilidad de decretar medidas cautelares personales que recayeran sobre la libertad del imputado, si los cargos efectuados consistían en la imputación de faltas o delitos que la ley no sancionase con pena privativa o restrictiva de libertad o la pena no excediera de presidio o reclusión menor en su grado mínimo. En tales supuestos, sólo se admitía la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia. Esta norma era plenamente coherente con el principio de proporcionalidad, en su vertiente de prohibición de exceso, pues resulta desproporcionado afectar la libertad del imputado durante el proceso si la propia pena prevista para la infracción atribuida no es privativa o restrictiva de libertad o lo es en mínima medida.

[35] Reforma operada por la Ley N° 19.925, de 19 de enero de 2004.

[36] Delitos de conducción, operación o desempeño en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas.

Sin embargo, la Ley N° 19.789 quebró el principio de proporcionalidad al modificar el contenido del artículo 124 y también del artículo 134, ambos del CPP, al autorizar derechamente la detención por flagrancia en ciertas hipótesis de faltas.[37]

En efecto, de conformidad con el actual texto del artículo 124 CPP, se elimina de la exclusión de ciertas medidas cautelares personales a los simples delitos que tengan asignada una pena que no exceda de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, esto es, justamente el ámbito de simples delitos susceptibles de ser perseguidos por la vía del procedimiento simplificado. En otras palabras, después de la reforma del artículo 124 CPP es posible decretar una medida cautelar restrictiva de la libertad, como por ejemplo el arresto domiciliario. La prisión preventiva no procede, pues sigue vigente lo dispuesto en el artículo 141 letra a) CPP, restricción que emana del principio de proporcionalidad.

Pero más grave aún es la modificación del artículo 134 CPP, que, en su texto actual, amplía enormemente las facultades de la policía en los casos de comisión flagrante de faltas. Antes de la reforma, sólo era posible la citación; después de la Ley N° 19.789 la policía puede, además, registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona citada e, incluso, conducir al imputado "al recinto policial" para efectuar allí la citación. No se exige que se trate de la unidad policial más cercana ni se plantea un plazo máximo para la retención con fines de citación, como sí ocurre con la detención del controlado para fines de identificación, aunque el plazo allí previsto es, todavía, excesivo (art. 85 CPP).[38] Pero, además, la Ley N° 19.789 autoriza la detención para ciertas hipótesis de falta flagrante, decisión que

[37] Sobre los fundamentos y objeciones críticas a esta precoz y apresurada reforma al CPP, vid. t. I, Addenda, pp. 591 y ss.

[38] Dicho plazo máximo también fue modificado por la Ley N° 19.789, ampliándose de 4 a 6 horas. Cfr. t. I, Addenda, pp. 591 y ss. El procedimiento de control de identidad se ha pretendido justificar sobre la base de la infracción de la falta contenida en el artículo 496 N° 5 CP, a pesar que de los antecedentes parlamentarios surge claramente la intención de reintroducir, aunque no abiertamente y de modo más matizado, la abolida facultad policial de la detención por sospecha (cfr. PFEFFER, cit., *Código Procesal Penal*, cit., pp. 107 y ss. y esp. nota 124). No obstante, de plantearse tal fundamento, deben aplicarse los mismos límites garantistas que se prevén para el control de identidad a las hipótesis de detención para efectos de citación en el caso de falta flagrante que estamos examinando.

rompe abiertamente con el principio de proporcionalidad y que, por lo tanto, resulta altamente criticable.[39] En efecto, el actual texto del inciso 4° del artículo 134 CPP faculta a los funcionarios policiales para detener a quien hubiere cometido las faltas contempladas en el artículo 494 CP, numerandos 4° (amenaza con arma blanca o de fuego), 5° (lesiones leves)[40] y 19° (ejecución de los delitos contenidos en los artículos 446, 448, 467, 470 y 477 CP, cuando no excedan de 1 UTM);[41] en el artículo 495 N° 21 CP (daños en bienes públicos o de propiedad particular que no excedan de 1 UTM) y en el artículo 496 CP, numerandos 5 (ocultación de identidad) y 26 (lanzamiento de objetos arrojadizos en pasajes públicos), todas ellas faltas que actualmente sólo son castigadas con penas pecuniarias.[42] En todos estos supuestos, el agente policial debe informar al fiscal del hecho de la detención para los efectos de que éste pueda hacer uso de la facultad que le confiere el inciso final del artículo 131 CPP, esto es, dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez. Es importante destacar que el inciso 5° del artículo 134 CPP ordena informar al fiscal "de inmediato" de la detención. No obstante, dicho precepto legal remite al artículo 131 CPP, que contempla un plazo más amplio para informar al fiscal, a saber, de 12 horas, y luego de 24 horas para que el detenido sea conducido ante el juez, cuando proceda. En nuestra opinión, dichos plazos son excesivos y afectan gravemente los derechos de una persona que debe ser presumida inocente y que es imputada de una mera falta que sólo tiene asignada pena de multa. Las exigencias del principio de proporcionalidad imponen una mínima restricción de la libertad para fines cautelares en el caso de las faltas.

[39] Cfr. críticas t. I, Addenda.

[40] Esta falta presenta la paradoja de que su infracción puede dar lugar a la detención del imputado, pero como se trata de una falta de acción pública previa instancia particular, sólo el ofendido puede efectuar el requerimiento para la realización del procedimiento simplificado, salvo que se trate de un menor de edad (art. 53 inciso 2° CPP).

[41] Se trata de los hurto-falta, hurto de hallazgo y de especies perdidas, estafa, apropiación indebida e incendio de objetos, todos de especies cuyo valor sea inferior a 1 UTM. El inciso 4° del artículo 134 CP exceptúa del art. 494 N° 19 CP los hechos descritos en los artículos 189 y 233 del CP.

[42] De acuerdo con la Ley N° 19.501, de 15 de mayo de 1997.

En suma, tratándose de la comisión flagrante de las faltas individualizadas en el párrafo precedente, cabrá la citación, el registro o incluso la detención del imputado. También procederá la detención en el caso de comisión *in fraganti* de un simple delito que tuviere asignada una pena no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo.[43] En caso de ser detenido, el fiscal podrá disponer que el imputado sea puesto a disposición del juez de garantía para el efecto de comunicarle verbalmente el requerimiento en la audiencia de control de detención y procederse de inmediato con los demás trámites del procedimiento simplificado (artículo 393 bis CPP). Cuando, en cambio, se tratare de la comisión flagrante de las demás faltas, sólo procederá la citación a la presencia del fiscal, previa comprobación del domicilio del imputado (art. 134 inciso 1° CPP).

2.5.3. *Requerimiento y solicitud al juez de garantía de citación inmediata a juicio*

Si el fiscal del ministerio público considera que los hechos denunciados o que han dado lugar a la citación del imputado por simple delito o falta flagrante son perseguibles de oficio a través del procedimiento simplificado, deberá solicitar al juez de garantía competente la citación inmediata a juicio efectuando el respectivo requerimiento (art. 390 inciso 1° CPP). Tratándose de las faltas contempladas en los artículos 494 N° 5 CP (lesiones leves) y 496 N° 11 CP (injurias livianas), sólo podrán efectuar el requerimiento las personas a quienes corresponda la titularidad de la acción conforme a lo dispuesto en los artículos 54 y 55 CPP. En efecto, las lesiones leves fueron sometidas al régimen de la acción penal pública previa instancia particular (art. 54 a) CPP)[44]

[43] Por la modificación efectuada por la Ley N° 19.789 al artículo 124 CPP, delitos que –como sabemos– están dentro del ámbito de aplicación del procedimiento simplificado. Vid supra nota 2.1.

[44] No obstante, y como se señaló supra 2.4.2., cabe la detención por comisión flagrante de esta falta. Se ha planteado la posibilidad de que la víctima efectúe la denuncia al ministerio público y sea éste quien presente el requerimiento. Como se trata, en rigor, de un delito de acción penal pública cuya persecución se condiciona a la manifestación de voluntad de la víctima en tal sentido, estimo que basta con la denuncia de la víctima o de las personas habilitadas por la ley para

y las injurias livianas, al de los delitos de acción penal privada (art. 55 a) CPP).[45] Debe recordarse que en caso de detención por comisión flagrante de un simple delito o por alguna de las faltas a que se refiere el inciso 4° del artículo 134 CPP, el requerimiento podrá efectuarse verbalmente en la misma audiencia de control de la detención (art. 393 bis CPP).

2.5.3.1. Contenido del requerimiento

El requerimiento es una actuación escrita del ministerio público por la cual se pone en conocimiento del imputado el hecho punible que se le imputa. Existiendo una identidad material entre el requerimiento y la acusación, la primera cumple prácticamente las mismas funciones en el procedimiento que la segunda. Expresadas sintéticamente, dichas funciones consisten en: i) informar debidamente de los cargos al imputado, pues tratándose de las faltas, será siempre la primera ocasión de cumplir con este derecho; ii) delimitar el objeto del juicio respecto de los hechos, lo que determinará una prohibición para el tribunal de exceder el contenido del requerimiento; iii) informar al imputado acerca de los antecedentes o elementos que fundan los cargos, a fin de posibilitar el ejercicio de su derecho de defensa.

Conforme lo dispone el artículo 391 CPP, el requerimiento deberá contener las siguientes menciones:

a) La individualización del imputado;
b) Una relación sucinta del hecho que se le atribuye, con indicación del tiempo y lugar de comisión y demás circunstancias relevantes;
c) La cita de la disposición legal infringida;
d) La exposición de los antecedentes o elementos que funden la imputación, y
e) La individualización y firma del requirente.

hacerlo en su lugar para que se satisfaga la condición objetiva de procedibilidad en este caso. En tal evento, el requerimiento podría ser presentado por el fiscal siempre que en él se acredite la voluntad de la víctima en orden a iniciar la persecución penal del delito.

[45] Vid. t. I, cap. V, 3.

En cuanto constituye un acto jurídico análogo a la acusación, su contenido es muy similar al que exige el art. 259 CPP. Pero, a diferencia de la acusación, y por el carácter menos grave de las infracciones penales que son perseguidas a través de este procedimiento más concentrado y simplificado, la ley no exige que se expresen determinadamente en el requerimiento los medios de prueba que se harán valer en el juicio; ellos podrán deducirse únicamente a partir de los antecedentes que fundamentan la imputación. El Código sólo requiere que las partes comparezcan a la audiencia del juicio con todos sus medios de prueba (art. 393 inciso final CPP).

2.5.3.2. Actuación del tribunal

Recibido el requerimiento, el tribunal ordenará su notificación al imputado, debiendo, además, citar a todos los intervinientes al juicio del procedimiento simplificado (art. 393 inciso 1° CPP). La interrogante que surge entonces dice relación con la actitud que podría adoptar el juez ante el requerimiento del fiscal. En otras palabras, ¿existe algún control jurisdiccional sobre el requerimiento del fiscal o simplemente debe dar curso al procedimiento simplificado cuando verifique la cuantía de la pena solicitada por el ministerio público? A pesar que la ley omite pronunciarse sobre este punto, resulta llamativo que no exista algún control jurisdiccional sobre el requerimiento, que sí se contempla respecto de la acusación en el procedimiento ordinario[46] y respecto de la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado[47] y del monitorio.[48] En efecto, debe considerarse que este procedimiento especial podría ser aplicable respecto de delitos de cierta gravedad, al exigirse como presupuesto de su procedencia la pena *concreta* solicitada por el fiscal. Como destaca acertadamente CHAHUAN, la inexistencia de un control jurisdiccional sobre el requerimiento podría determinar que el ministerio público invadiera funciones estrictamente jurisdic-

[46] Vid. supra cap. VIII, 2.2.
[47] Vid. infra cap. XII, B.2.7.
[48] Vid. infra 2.7.

cionales –lo que se encuentra constitucionalmente prohibido–, al tener que aceptar el juez la descripción de los hechos y circunstancias, así como su calificación jurídica, efectuada en el requerimiento aun cuando ellos no guarden relación con los antecedentes de la investigación, lo que resulta especialmente grave en el evento que el imputado acepte su culpabilidad en conformidad con la norma del art. 395 CPP.[49]

La situación planteada podría darse si el ministerio público actúa en forma discrecional o abusiva, sin atenerse estrictamente al principio de legalidad y de objetividad, y solicita la aplicación de una pena inferior a la que corresponde según la ley y las circunstancias del caso, con el solo fin de posibilitar el cambio de rito o la aplicación del procedimiento simplificado. En este caso, el juez debiera rechazar el requerimiento sobre la base de la no concurrencia, en el caso concreto, del presupuesto de aplicación del procedimiento simplificado. En efecto, la pena concreta requerida sólo puede serlo la que corresponda *conforme a la ley*. Si el ministerio público desea realizar una oferta al imputado y negociar la pena dentro de los límites que le permite la ley, deberá promover la aplicación del procedimiento abreviado.[50] La solución que aquí se plantea se funda, además, en la siguiente consideración lógica: si el procedimiento monitorio, previsto para infracciones de menor entidad que las susceptibles de ser enjuiciadas a través del simplificado, prevé un control jurisdiccional sobre la *suficiente fundamentación* del requerimiento y la propuesta de multa, con mayor razón debe plantearse dicho control respecto del requerimiento en el procedimiento simplificado.[51]

2.5.4. *Preparación del juicio*

Una vez que el tribunal recibe el requerimiento del fiscal del ministerio público, deberá ordenar su notificación al imputado

[49] *Manual del nuevo procedimiento penal,* cit., p. 294.

[50] Vid. infra cap. XII, B.

[51] CHAHUAN propone la extensión del requisito contenido en el artículo 392 inciso 1° CPP al procedimiento simplificado (cfr. *Manual del nuevo procedimiento penal,* cit., p. 294).

y citar a todos los intervinientes al juicio del procedimiento simplificado. Dicha audiencia no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución que cita a juicio. La citación del imputado deberá efectuarse con, a lo menos, diez días de anticipación a la fecha de la audiencia, efectuándosele el apercibimiento señalado en el artículo 33 CPP y acompañándose copias del requerimiento y de la querella, en su caso (art. 393 inciso 1° CPP). Aunque la ley no se refiere expresamente a la víctima, al querellante ni al actor civil, es claro que ellos deberán ser citados, a lo menos, con la misma anticipación. El actor civil sólo podrá perseguir la restitución de la cosa o su valor en este procedimiento, prohibiéndose la interposición de cualquier otra demanda civil (art. 393 inciso 2° CPP).[52] La no comparecencia del querellante o del actor civil a la audiencia del juicio determinará el abandono de la querella o de la acción civil, según correspondiere.[53] Si, además, se trata de una querella ejercida por delito o falta de acción penal mixta o privada, se producirá la extinción de la respectiva acción penal.

El querellante no sólo podrá intervenir en el caso de los simples delitos o cuando se requiera su actuación por tratarse de faltas de acción penal previa instancia particular o de acción penal privada, sino en cualesquiera otras: la ley no limita su intervención en el procedimiento simplificado. Un problema particular se plantea respecto de los simples delitos susceptibles de ser perseguidos mediante este procedimiento especial. Cuando la investigación de un simple delito ha comenzado por la vía ordinaria, resultará procedente la intervención del querellante en el procedimiento con las importantes facultades que dentro del mismo se le conceden. Si el fiscal decide cambiar el rito y presentar un requerimiento, tal actuación determinará una merma de las facultades del querellante, quien sólo tendrá la posibilidad de ser oído y presentar prueba en el juicio. La interrogante que surge entonces es la siguiente: ¿tiene el querellante facultad para oponerse al cambio de rito? Estimamos que no, pues existe una norma de procedimiento cuya aplicación depende de la pena

[52] Vid. infra 2.6.
[53] Arts. 64 inciso 2° y 120 CPP.

requerida por el fiscal, y no por el querellante. Sin embargo, el querellante o la víctima, en su caso, podrían efectuar un relevante "control positivo" del requerimiento. En efecto, si la pena requerida en concreto por el fiscal se basa en hechos o circunstancias que no guardan correspondencia con los antecedentes de la investigación o reconocen interpretaciones jurídicas sin asidero alguno en la ley, la jurisprudencia o la doctrina, el querellante o la víctima siempre pueden reclamar ante las autoridades correspondientes por las vías que franquea la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

La resolución que dispone la citación de los intervinientes al juicio ordenará que las partes comparezcan a la audiencia con todos sus medios de prueba. En principio, cada parte deberá preocuparse de que los testigos o peritos comparezcan oportunamente al juicio. Si alguna de ellas requiere que el tribunal disponga la citación de algún testigo o perito, deberá formular la respectiva solicitud con una anticipación no inferior a cinco días a la fecha de la audiencia (art. 393 inciso final CPP).

2.5.5. *Primeras actuaciones en la audiencia del juicio y posibilidad de terminación del procedimiento sin juicio*

Iniciada la audiencia del juicio, el tribunal deberá efectuar una breve relación del requerimiento y de la querella, en su caso. Si la víctima se encuentra presente, el juez deberá instruir a ésta y al imputado sobre su posibilidad de convenir la aplicación del procedimiento abreviado o de un acuerdo reparatorio, si concurrieren sus presupuestos (art. 394 CPP). Si tal acuerdo se verifica, se producirá la extinción de la acción penal respectiva, debiendo dictarse sobreseimiento definitivo en la causa. También es posible que se proponga una suspensión condicional del procedimiento, cuando concurran sus requisitos. La Ley N° 19.925, de 19 de enero de 2004, modificó la Ley N° 18.290, de Tránsito, e introdujo una norma que se refiere expresamente a la posibilidad de su aplicación estableciendo una nueva condición a las previstas en el artículo 238 CPP, a saber, la suspensión de la licencia para conducir por un plazo no menor de seis meses ni superior a un año. Se agregó que la suspensión condicional del procedimiento podrá solicitarse en la audiencia prevista

en el art. 394 CPP (art. 196 F, incisos 5° y 6° LT, aplicable a la Ley de Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas en virtud de la remisión que hace el art. 54 de la Ley N° 19.925 (LECBA)).

Si el procedimiento continuare, el tribunal preguntará al imputado si admite responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento o si, por el contrario, solicita la realización del juicio (art. 395 inciso 1° CPP). Al igual que en el procedimiento abreviado, en el simplificado también es posible la renuncia del derecho al juicio sobre la base de la oferta al imputado de una pena más benigna. Dicho de otro modo, dentro del procedimiento simplificado se ha insertado un elemento premial que desaconseja al imputado ir al juicio, produciéndose una sustitución del mismo por una condena preventiva.[54] Existiría, sin embargo, una diferencia relevante con el procedimiento abreviado, pues en éste el presupuesto de aplicación es la aceptación de los hechos y antecedentes de la investigación, mientras que en el procedimiento simplificado el presupuesto consiste –conforme a los términos utilizados por el legislador– en la "admisión de responsabilidad en los hechos contenidos en el requerimiento". En el primer caso, el juez falla con fundamento en los antecedentes que el imputado ha aceptado, mientras que en el segundo caso, el juez debe fallar en base a la mera aceptación de responsabilidad. La distinción parece sutil, pero en el segundo caso el juez no tendría, aparentemente, la obligación de valorar los antecedentes que sustentan la aceptación de culpabilidad, sino que estaría únicamente determinado por el reconocimiento del imputado. Ello excluiría la posibilidad de una sentencia absolutoria, salvo que los hechos aceptados no fueran constitutivos de delito o la responsabilidad penal se encontrara extinguida. Ya vimos que esta interpretación de la norma con-

[54] FERRAJOLI rechaza, como es sabido, estas alternativas que derogan el principio *nulla poena sine iudicio*. Para este autor, tales opciones hacen aún más nítida la desproporción de un proceso penal, despojado de sus más elementales formas garantistas, dirigido a infracciones bagatelarias, que resultan despenalizables "con provecho tanto para los transgresores como para la eficiencia y credibilidad de la justicia" ("Las lesiones legales al modelo constitucional del proceso legal", en MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 43). Con mayor razón, este argumento resulta aplicable a las infracciones únicamente sancionables con pena pecuniaria que también son objeto de una oferta premial en el procedimiento monitorio (cfr. infra 2.7.).

tenida en el inciso 1° del artículo 395 CPP significaría una interdicción ilegítima en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden exclusivamente al tribunal,[55] de modo que, en nuestro parecer, el juez siempre tiene la posibilidad de verificar que los hechos aceptados tengan concordancia con los antecedentes de la investigación. Sin embargo, como es el propio juez quien debe proponer esta alternativa, una vez aceptada la responsabilidad por parte del imputado no cabría que el juez la rechazara y decretara la realización del juicio, por ejemplo, por estimar que aquél no conoce cabalmente las consecuencias de su renuncia al juicio. Por ello, el imputado debe encontrarse previamente instruido sobre sus derechos por su defensor y el juez debe fallar en base a los antecedentes de la investigación, sentencia que podría ser absolutoria.

Si el imputado admite responsabilidad en el hecho imputado y no fueren necesarias otras diligencias, el tribunal dictará sentencia de inmediato (art. 395 inc. 2° primera parte CPP). La voz "diligencias" empleada en el contexto de esta norma excluye toda posibilidad de entenderla en el sentido de actuaciones de *investigación*, pues el ministerio público, al concurrir a la audiencia del juicio debe contar con los antecedentes y medios de prueba suficientes para acreditar su requerimiento en el juicio simplificado, si este llegara a realizarse. Y si el imputado ha aceptado su responsabilidad en los hechos, es claro que no requiere *a posteriori* de diligencias de investigación. Por consiguiente, dicha palabra no puede tener otro significado que el de "actuación" o "trámite", y en el contexto de la frase en la cual ella se inserta, el de cualquier acto que resulte útil y posible de realizar, en el marco de los requerimientos de brevedad y simpleza de este procedimiento, antes de la dictación del fallo. Tal podría ser, por ejemplo, conceder la palabra a los intervinientes presentes en la audiencia, recibir documentación ofrecida por el imputado, quien solicitó su agregación como parte de su admisión de responsabilidad, etc.

Pero, ¿en qué consiste la ventaja que induzca al imputado a efectuar un *plea of guilty*? La respuesta se encuentra en el inciso 2° del artículo 395 CPP. Con arreglo a esta norma, el juez sólo

[55] Vid. supra 2.5.3.2.

podrá aplicar al imputado pena de multa, a menos que concurran antecedentes calificados que justifiquen la imposición de una pena de prisión, de los cuales deberá dejarse constancia en la sentencia. Esta limitación pareciera fundarse en razones preventivo-generales, fundamentalmente en la inconveniencia de conceder una rebaja sustancial de pena a quien, con su comportamiento anterior o concomitante al hecho que se le imputa, demuestra indiferencia en el respeto de las normas o en la protección de bienes jurídicos relevantes. Pero la posibilidad del tribunal de aplicar pena de prisión tiene un importante límite: debe advertir de tal posibilidad al imputado al dirigirle la pregunta acerca de su admisión o no de responsabilidad en los hechos. Si el tribunal no hubiere realizado tal advertencia, no podrá imponer al imputado una pena de prisión.

Se han presentado diversas dificultades en la aplicación del mecanismo de resolución inmediata del procedimiento simplificado, sin realización de juicio. Distinguiremos, para una adecuada comprensión de los problemas presentados, cuatro hipótesis:

a) Falta que tiene asignada una pena alternativa, esto es, de prisión o multa;
b) Falta que tiene asignada una pena copulativa, esto es, de prisión y multa;
c) Simple delito que tiene asignada una pena privativa de libertad, esto es, presidio o reclusión, pero no de "prisión", presentándose, además, el problema de cuál pena en concreto debe aplicarse; y
d) Simples delitos o faltas que tienen asignadas penas de diferente naturaleza a una privativa de libertad y a la multa.

La primera hipótesis no ofrece dificultades, pues encuadra perfectamente en el supuesto previsto en el inciso 2° del art. 395 CPP, pero es de infrecuente previsión en la legislación penal chilena.[56] Por consiguiente, el primer problema real referido a esta temática dice relación con el caso de las faltas que tienen asignada pena de prisión y de multa, esto es, en que se exige una aplicación *copulativa* de ambas penas (hipótesis b)). La solución a esta cuestión no reviste, en nuestra opinión, gran dificultad.

[56] Cfr., por ejemplo, los artículos 252 inciso 3°, 399, 487 inciso 1° CP.

El propio legislador ha establecido una regla de determinación de pena en el Código Procesal Penal que prevalece sobre la prevista en el Código Penal o leyes penales especiales cuando se dan los presupuestos del artículo 395 CPP. Así lo ha establecido la Corte Suprema en diversos fallos, cuando señala que "(...) el artículo 395 aludido constituye un precepto normativo penal que importa el establecimiento de una penalidad más benigna para el imputado, en tanto se den los presupuestos de hecho que tal norma contempla, y que hace variar la penalidad original de la figura típica de que se trata, sin que se altere por ello la tipicidad del injusto, puesto que éste igualmente es sancionado por la ley (...)".[57] Dicha norma no puede, de ningún modo, constituir una infracción del principio de legalidad de las penas, pues la norma contenida en el artículo 395 CPP tiene rango de ley y, aunque es posterior a los cuerpos legales que establecen copulativamente dichas penas, es más favorable para el condenado.[58] Por lo demás, esta forma abreviada de resolución del procedimiento simplificado justamente tiene relevancia en los casos en que la ley contemple además de la multa una pena de prisión, pues los delitos o faltas que sólo lleven aparejada una pena de multa se resolverán conforme a las normas del procedimiento monitorio, por ser más favorable.[59]

[57] Entre otros, vid. STS de 4 de agosto de 2003, Rol N° 2613-03, considerando 5°.

[58] Vid. el voto disidente del ministro Pérez Zañartu, en el fallo citado en nota precedente, quien aplica, a nuestro juicio, erróneamente el principio de legalidad de los delitos y de las penas al afirmar, en el considerando 4° de su voto disidente, que dicho principio "beneficia tanto al imputado, impidiendo que se le aplique una pena más severa que la que la ley contempla, como a la sociedad toda, que ejerciendo el *ius puniendi* a través del querellante o el Ministerio Público Judicial (o el Ministerio Público en el nuevo procedimiento) puede y debe exigir que no se aplique una sanción no contemplada en la ley que tipifica el delito, o dicho en otras palabras, que se aplique la ley penal sustantiva en su integridad (...)". Como es sabido, el principio de legalidad jamás ha sido entendido en favor del Estado o de la sociedad, sino del ciudadano, a quien el propio Estado le garantiza que no intervendrá punitivamente sobre él en tanto el hecho que se le impute no se encuentre previsto y descrito en una ley dictada con anterioridad a la comisión del hecho (para una detallada evolución histórica del principio y su significación, vid. BIGLIANI/COSTANZO, "La garantía de legalidad", en HENDLER (E.) (comp.), *Las garantías penales y procesales (Enfoque histórico-comparado)*, Editores del Puerto, 2001, pp. 305 y ss.).

[59] Vid. infra 2.7. y PFEFFER, cit., p. 383.

Por otra parte, la circunstancia de que el legislador utilice expresamente la palabra "prisión" ha generado los siguientes dos problemas. Primero, ha inducido a pensar que el mecanismo de resolución inmediata previsto en el artículo 395 CPP es únicamente aplicable a las faltas, pues las penas privativas de libertad asociadas a los simples delitos son el presidio y la reclusión (hipótesis c)). Esta posición interpretativa no nos parece razonable. La situación descrita responde al hecho, ya señalado con anterioridad, que en el Proyecto del Ejecutivo este procedimiento sólo estaba previsto para las faltas. Al ampliarse, por el Senado,[60] su ámbito de aplicación a ciertos simples delitos, se hicieron los ajustes correspondientes, eliminándose, por ejemplo, las referencias a las faltas y sustituyéndolas por la voz delito, que comprende genéricamente ambas clases de infracción penal de conformidad con el artículo 3° del Código Penal.[61] Sin embargo, se olvidó modificar el texto del artículo 395 CPP, que sólo se refería a la prisión, pena típica de las faltas.[62] En consecuencia, y conforme la voluntad del legislador claramente expresada en el artículo 388 CPP, corresponde aplicar este precepto legal siempre que se den sus presupuestos, sin poder discriminar entre los hechos constitutivos de falta y los de simple delito.

El segundo problema, relacionado con el anterior, consiste en averiguar si los imputados que admiten su responsabilidad en hechos constitutivos de un simple delito pueden ser condenados, si existen antecedentes calificados que así lo justifiquen, a la pena de presidio o reclusión prevista en la ley para el delito de que se trata o sólo a una pena de prisión, en conformidad con lo dispuesto en los arts. 395 CPP, 21 y 25 del Código Penal. Estimamos que la última alternativa planteada es la correcta, pues en la medida que la pena de prisión es la última de las penas privativas de libertad en la escala general de penas contenida en el artículo 21 CP, es lícito imponer una pena de prisión a quien imputándosele un hecho que merece pena de presidio o reclusión menor en su grado mínimo, reconoce

[60] Cfr. PFEFFER, cit., *Código Procesal Penal*, cit., pp. 377 y ss. y supra 2.1.

[61] PFEFFER, cit., p. 379.

[62] Aunque esta afirmación debe ser relativizada a partir de la promulgación de la Ley N° 19.501, de 1997, que eliminó la pena de prisión de las faltas previstas en el Código Penal.

su culpabilidad en él. Así, se ha dicho que "la opción de resolución inmediata no puede resultar gratuita, desde que para su aplicación necesariamente debe producirse un acto de autoincriminación y luego de renuncia al juicio, aceptando con ello necesariamente una sentencia condenatoria, situación que de alguna manera importa un apartamiento grave a la garantía prevista en el artículo 1° del Código Procesal Penal".[63] La jurisprudencia de los tribunales no ha sido constante en esta materia,[64] prevaleciendo en los tribunales superiores la tendencia a declarar que la pena aplicable al caso es la de prisión, pues de lo contrario se estaría castigando al imputado que admite su responsabilidad con una pena superior a la prevista en el art. 395 CPP, pues el concepto jurídico de "prisión" se halla contenido en el artículo 25 inc. 5° CP.[65]

Para evitar algunos de los problemas denunciados, la legislación especial suele establecer reglas que los resuelven expresamente. Así, la Ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas (LECBA), remite al art. 196 F de la Ley N° 18.290, del Tránsito, para el juzgamiento, por los jueces de policía local, de

[63] Vid. sentencia de la Corte Suprema individualizada supra, nota 57, considerando 5°.

[64] Tal situación determinó que la Sala Penal de la Corte Suprema informara al Tribunal Pleno de que diversos Juzgados de Garantía, al resolver sobre la aplicación del art. 395 CPP, lo hacían en forma distinta a la interpretación sostenida por esa Sala, afectándose la finalidad perseguida por el art. 376 inc. 3° CPP, que busca asegurar el principio constitucional de igualdad ante la ley. El Tribunal Pleno, mediante resolución de 19 de julio de 2002, acordó "que no corresponde dar instrucciones ni adoptar decisiones respecto de aquellos juzgados (...) en atención a que conforme el artículo 3° del Código Civil, sólo corresponde al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente imperativo, y las sentencias judiciales no tiene (sic) fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren, y este precepto de carácter general no se encuentra modificado ni derogado por disposición alguna del Código Procesal Penal. Por lo demás –añade– el referido principio representa una garantía de la independencia de los jueces, que es elementos (sic) fundamental para el desempeño de la función jurisdiccional, al no quedar sometido un Tribunal inferior a otra imposición vinculante que no sea el peso y la fuerza de los razonamientos contenidos en la jurisprudencia orientadora de una Corte Superior".

[65] Vid., a título meramente ejemplar, las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco, de 26 de diciembre de 2001 (Rol N° 559-2000); y de la Corte de Apelaciones de La Serena, de 20 de septiembre de 2002 (Rol N° 302) y sentencias de la Corte Suprema de 27 de marzo (Rol N° 139-02) y 1° de abril de 2002 (Rol N° 233-02).

las *contravenciones* previstas en ella.[66] Y el citado art. 196 F establece, en su inciso 3°, que "[p]ara los efectos de la aplicación del art. 395 del Código Procesal Penal, el juez deberá informar al imputado todas las penas copulativas y accesorias que de acuerdo a la ley pudieren imponérsele, cualquiera sea su naturaleza". Esta norma tiene su origen en la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, que introdujo un nuevo artículo a la Ley N° 17.105, hoy derogada por la Ley N° 19.925, ya individualizada.[67] La diferente regulación de la Ley N° 19.925 (LECBA) –que también se plantea en otras leyes especiales–[68] se justifica en la circunstancia que este cuerpo legal contempla penas de diversa naturaleza a la prisión o la multa para las faltas. Así, por ejemplo, la clausura del establecimiento, la caducidad de la patente para el expendio de bebidas alcohólicas o el comiso de bebidas y utensilios, entre otras. Ahora bien, lo que establece el art. 196 F de la Ley del Tránsito es fundamentalmente un deber de información, para que el imputado sepa a qué atenerse en caso de ir a juicio simplificado, y no la posibilidad de aplicar cualquiera de dichas penas si acepta su responsabilidad (hipótesis d)).[69] En efecto, en tanto el artículo 395 CPP discurre únicamente sobre la base de penas de prisión y/o multa, si el imputado acepta su responsabilidad en los hechos que se le imputan, sólo cabría aplicar una pena de multa –aunque ella no estuviera especialmente prevista– en cuanto ella es la pena inmediatamente inferior a la última en todas las escalas graduales, de conformidad con el inciso 1° del art. 60 CP, y cuya cuantía deberá fijarse de acuerdo

[66] De conformidad con los arts. 53 y 54 de la Ley N° 19.925, de 19 de enero de 2004. Al respecto, vid. también supra 2.3.

[67] Dicha norma se contenía en la letra b) del artículo 122 bis de la Ley N° 17.105.

[68] Como la Ley del Tránsito o la Ley de Menores, vid. supra 2.1.

[69] Podría argumentarse que el deber de información a que se refiere el art. 196 F de la Ley del Tránsito es el que debe efectuar el juez para aplicar, además de la pena de multa, alguna otra de las previstas en la ley, cuando concurran antecedentes calificados que así lo ameriten, de conformidad con la última parte del inciso 2° del art. 395 CPP. Sin embargo, en el CPP se habla de "advertir" sobre la posible aplicación de la pena de prisión. Si la pena de prisión no está dentro de las "penas copulativas" que pudieren imponérsele, pareciera insostenible afirmar –dado el tenor literal del art. 196 F de la Ley del Tránsito– que la intención del legislador fue posibilitar la aplicación de alguna de ellas, si existieren antecedentes calificados.

con el inciso 2° del art. 60 del mismo cuerpo legal.[70] Si en la hipótesis que estamos examinando existieren antecedentes calificados para hacer aplicable, además, una pena de prisión, pero ella no se encontrare prevista entre las penas copulativas que de acuerdo a la ley pudiere imponérsele al imputado, no cabría a nuestro juicio imponer ni aquélla ni alguna de éstas. En efecto, el art. 395 CPP se refiere exclusivamente a la pena de prisión que, como hemos dicho, tiene una definición precisa en la ley. Y si ella no está prevista entre las posibles penas a imponer al imputado, no cabría aplicarla en virtud de lo dispuesto en el inciso 2° del art. 395 CPP, porque no podría afirmarse que la pena de prisión es más "beneficiosa" que cualquiera otra pena prevista para las faltas y que, obviamente, no sea la de multa. De *lege ferenda* sería conveniente ampliar expresamente el ámbito de aplicación del art. 395 CPP[71] y regular la situación de aquellas faltas que no tienen pena de prisión o que la tienen en conjunto con penas de distinta naturaleza, y en que pudiera resultar suficiente, para fines preventivos, la aplicación de alguna de éstas.

[70] Una excepción a esta regla la constituye, en nuestra opinión, la "medida" de amonestación a que se refiere el art. 25 LECBA, la que tiene un carácter evidentemente menos aflictivo que la multa, pero que no se encuentra prevista dentro del catálogo de penas por faltas contenido en el art. 60 CP. Ante la objeción de que se trataría de una "medida" y no de una "pena", y que por lo tanto, no estaría sujeta a la aplicación del art. 395 CPP, nuestra opinión es que tal argumentación no es admisible, pues las "medidas de prevención y rehabilitación" previstas en el art. 25 LECBA participan de todas las características propias de la pena y el simple cambio de denominación no las transforma en otra cosa. La falta de identificación de la diferencia entre "medida" y "pena" en este caso hace especialmente preocupante –a nuestro juicio– la norma contenida en el inciso final del art. 25 LECBA, que señala que "[l]as disposiciones precedentes se entenderán sin perjuicio de la responsabilidad que procediere por los delitos o faltas cometidas por el infractor", la que resulta también aplicable al art. 26 LECBA por la remisión que hace, en su inciso 1°, al art. 25 LECBA. Esto querría decir que tales "medidas" –con innegable contenido aflictivo, y que pueden ser impuestas incluso contra la voluntad del afectado– podrían aplicarse aunque el imputado aceptara su responsabilidad en los hechos, juntamente con la multa y, eventualmente, a la pena de prisión que correspondiere. Para una discusión sobre la importancia de la distinción entre penas y medidas en la legislación chilena, vid. infra cap. XII, D.1.

[71] Lo que, además, favorecería el principio de igualdad ante la ley, ya que no resulta equitativo que esta problemática sea resuelta caso a caso en leyes especiales.

2.5.6. *La realización del juicio*

Cuando el imputado solicite la realización del juicio, éste deberá tener lugar de inmediato, dándose lectura al requerimiento del fiscal y a la querella, si la hubiere. Concluida la lectura por el tribunal, deberá oírse a los comparecientes en el mismo orden previsto para la audiencia del juicio oral del procedimiento ordinario[72] y se recibirá la prueba, tras lo cual se preguntará al imputado si tiene algo que agregar. Producida o no la intervención del imputado, se dará término al debate del juicio y el tribunal procederá a deliberar (art. 396 CPP).

Aunque la estructura del juicio es análoga a la del procedimiento ordinario, veremos que, sin embargo, no se cumplen importantes principios que en aquél son irrenunciables. Tales principios son sacrificados en aras de una pretendida simpleza y brevedad. En efecto, para procurar estas características, la ley dispone que la audiencia no podrá suspenderse, ni aun por falta de comparecencia de alguna de las partes o por no haberse rendido prueba en la misma,[73] esto es, podría efectuarse el juicio en ausencia del ministerio público, del defensor o del imputado, circunstancia que en los dos primeros casos determinaría la nulidad del juicio oral en el procedimiento ordinario. Pero aun más: podría realizarse el juicio sin que se rinda prueba alguna. Por consiguiente, la realización del juicio oral especial del procedimiento simplificado, sin la presencia ininterrumpida de alguno de los intervinientes señalados debiera producir las siguientes consecuencias, según quién fuera la parte ausente.

Si es el fiscal del ministerio público quien no concurre a sostener su requerimiento, el juez deberá necesariamente dictar sentencia absolutoria en favor del imputado por imperativo del principio acusatorio: si no hay acusador en el juicio que rinda prueba de cargo, debe absolverse. En tal caso, no podrá declararse la nulidad de la sentencia en virtud de la causal contenida

[72] No obstante que la ley no lo señala expresamente, ello se desprende de la aplicación supletoria del procedimiento ordinario.

[73] El Senado decidió fortalecer la idea de que la audiencia nunca puede suspenderse y, por ello, no fue partidario de acceder a una segunda audiencia –como estaba previsto en el Proyecto del Ejecutivo–, "porque en muchos casos se usará como medida dilatoria" (PFEFFER, cit., p. 384).

en el artículo 374 letra b) CPP. Esta conclusión es coherente con la disposición contenida en la segunda frase del artículo 399 CPP, que sólo permite recurrir de nulidad al fiscal del ministerio público si hubiere concurrido al juicio. Lo mismo ocurrirá si es el querellante quien no concurre a la audiencia y se trata de un simple delito o falta de acción penal privada o de acción pública previa instancia particular, y en este último caso no hubiese concurrido el ministerio público a sostener, en el juicio especial simplificado, el requerimiento interpuesto por el querellante.

Si, por el contrario, quien no comparece es el defensor, las consecuencias pueden ser bastante graves para el derecho de defensa del imputado. La disposición citada no permitiría la suspensión del juicio para proceder a la sustitución del defensor o para decretar el arresto del inasistente. En consecuencia, el juez deberá dictar sentencia, según el caso, únicamente en base a la prueba producida en el juicio por el fiscal y/o el querellante. Esta situación vulnera la garantía al debido proceso, y más precisamente, la garantía a contar con defensa técnica durante el juicio. Por ello, se pone en duda la constitucionalidad del precepto legal en examen. El carácter bagatelario o la extrema levedad de los delitos que se ventilan en el juicio del procedimiento simplificado no justifican en modo alguno la abierta lesión de las garantías fundamentales del proceso penal. Sin perjuicio de las críticas formuladas, estimamos que en caso de inasistencia del defensor debida a fuerza mayor o por razones fundadamente justificadas, el juez de garantía podría disponer la concurrencia inmediata de un defensor penal público en reemplazo del ausente, ejerciendo las facultades que le concede el art. 10 CPP.

Si quien no comparece es el imputado, habrá que hacer efectivo el apercibimiento contemplado en el artículo 33 CPP, postergándose el inicio del juicio hasta que el imputado sea puesto a disposición del tribunal. Esta es la única interpretación coherente con la norma contenida en el inciso 1° del artículo 393 CPP y con el principio que prohíbe el juzgamiento en ausencia.[74] Si despachada orden de detención el imputado no es hallado, deberá ser declarado rebelde y dictarse sobreseimiento temporal hasta que comparezca o sea habido (art. 101 inciso 2° CPP).

[74] Vid. t. I, cap. III, D.3.1.3.2.

La no comparecencia del querellante o del actor civil no sólo no es causal de suspensión del juicio sino que determina el abandono de sus respectivas acciones, de conformidad con los arts. 120 letra c) y 64 inciso 2° CPP, que constituyen reglas comunes para todos los procedimientos contemplados en el Código Procesal Penal.

Existe una sola hipótesis en que el legislador admite la suspensión de la audiencia del juicio. Ella consiste en la falta de comparecencia de algún testigo o perito cuya citación judicial hubiese sido solicitada en la oportunidad que señala la ley y el tribunal considere su declaración como indispensable para la adecuada resolución de la causa. La suspensión del juicio, que no podrá exceder de cinco días, tendrá por objeto asegurar la oportuna comparecencia del testigo o perito para declarar. Si transcurrido dicho plazo el testigo o perito no fuere habido, deberá proseguirse con la audiencia del juicio hasta el pronunciamiento de la decisión de absolución o condena (art. 396 inciso 3° CPP).

2.5.7. *La decisión de absolución o condena y el pronunciamiento de la sentencia*

Concluido el debate, el juez de garantía pronunciará su decisión de absolución o condena, fijando una nueva audiencia para dar a conocer el texto escrito de la sentencia. Dicha audiencia no podrá tener lugar después de cinco días de pronunciada la decisión de absolución o condena (art. 396 inciso 1° CPP). Por aplicación supletoria del artículo 344 CPP, la infracción del plazo establecido para realizar la audiencia de pronunciamiento de la sentencia determina la nulidad del juicio simplificado, a menos que la decisión hubiere sido de absolución del acusado.

En el caso de una sentencia condenatoria, el Código mantiene, con importantes matices, la norma contenida en el artículo 564 del antiguo Código de Procedimiento Penal sobre suspensión de la imposición de condena. En efecto, conforme al texto del artículo 398 CPP, cuando existan antecedentes favorables que no hagan aconsejable la imposición de la pena impuesta al condenado,[75] el juez podrá[76] dictar la sentencia y

[75] El Código habla de "imposición de la pena al imputado" en el inciso 1° del citado artículo 398 CPP. Sin embargo, tal terminología no es correcta y obedece al

disponer en ella la suspensión de la pena (de su ejecución) y sus efectos por un plazo de seis meses. Transcurrido dicho lapso sin que el condenado haya sido objeto de nuevo requerimiento o de una formalización de la investigación, el tribunal dejará sin efecto la sentencia y, en su reemplazo, decretará el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 398 CPP).

El legislador ha consagrado, por la vía de este precepto, una nueva medida alternativa a las penas privativas de libertad, análoga a la remisión condicional de la pena contenida en la Ley N° 18.216, cuyo fundamento es evitar los efectos criminógenos y desocializadores de las penas de encierro.[77] En efecto, el artículo 398 CPP consagra la suspensión condicional de la ejecución de una pena privativa de libertad cuyo período de prueba es de seis meses, lapso durante el cual la única condición impuesta al condenado es la de evitar ser imputado de un delito a través de un requerimiento o una formalización de la investigación.[78] Si el

cambio producido en el Senado de esta institución. En efecto, en el antiguo art. 564 del CdPP se trataba de la suspensión de la *condena* y no de la pena. Conforme a los antecedentes legislativos disponibles, el Senado estimó que la propuesta del Proyecto del Ejecutivo, idéntica a la del CdPP, era equívoca, "porque el juez no suspende la dictación de la sentencia, *debe dictarla*, porque aquí no hay suspensión del procedimiento, el juicio está completo y hay un juicio de culpabilidad; lo que se suspende son los efectos penales que ella produce, es decir, la pena y sus efectos" (PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 385). Sin embargo, esta antigua institución del CdPP efectivamente disponía la suspensión de la dictación de la sentencia condenatoria, aunque tal procedimiento resultaba complejo atendido que no existía una decisión previa de culpabilidad. Este problema no habría existido en el procedimiento actual, por la cesura entre la decisión de absolución y condena y el pronunciamiento de la sentencia. Sin embargo, la opción del legislador no fue ésta. En consecuencia, habiéndose *dictado la sentencia que impone una pena*, corresponde hablar de *condenado* y de *suspensión de la ejecución* de la pena, como correctamente hace, por ejemplo, la Ley N° 18.216 al referirse a las diversas medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad.

[76] No obstante que de los antecedentes legislativos referidos a esta norma aparece claro que el juez debe dictar la sentencia (vid. nota precedente), siendo facultativa únicamente la posibilidad de suspender su ejecución, el legislador mantuvo la fórmula verbal del proyecto del Ejecutivo referida a la posibilidad de diferir la dictación de la sentencia.

[77] Al respecto, vid. HORVITZ (M.I.), "Las medidas alternativas a la prisión", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 21, Escuela de Derecho UDP, Santiago, 1991, pp. 131 y ss.

[78] Esta institución es muy similar a la remisión condicional de la pena, prevista en el artículo 3° de la Ley N° 18.216.

condenado cumple con dicha condición durante el período de prueba, el tribunal dejará sin efecto la sentencia condenatoria decretando, en su reemplazo, el sobreseimiento definitivo de la causa. Por el contrario, un nuevo requerimiento o una formalización de la investigación antes de que se cumpla el plazo de seis meses determinará la revocación de la suspensión aprobada por el juez y el cumplimiento, por parte del condenado, de la pena suspendida.

Por último, en caso de reiteración de faltas de una misma especie, la ley dispone la aplicación, cuando corresponda, de las reglas contenidas en el artículo 351 CPP.[79] La remisión a esta disposición pareciera superflua atendida la supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario por crimen o simple delito dispuesta en el art. 389 CPP.

2.5.8. *Recursos*

El artículo 399 CPP dispone que "contra la sentencia definitiva sólo podrá interponerse el recurso de nulidad previsto en el Título IV del Libro Tercero" del Código. Aunque no lo diga expresamente, deben entenderse incluidas tanto las sentencias dictadas en el procedimiento simplificado como en el monitorio, que es sólo una posible derivación del primero.

La razón de haber escogido el recurso de nulidad y no el de apelación como medio de impugnación de dichas sentencias es parcialmente la misma que en el caso de la sentencia dictada tras el juicio oral del procedimiento ordinario.[80] Sin embargo, como hemos visto, el procedimiento simplificado admite la posibilidad de resolución inmediata en base a la aceptación de responsabilidad por parte del imputado; asimismo,

[79] Vid. supra, capítulo X, 3.10.3.

[80] Evidentemente, el respeto de las garantías del juicio en el procedimiento monitorio no es el mismo que se exige para el juicio del procedimiento ordinario. Ya hemos visto que en la especie el tribunal competente para el juzgamiento es el juez de garantía, esto es, un tribunal unipersonal cuya imparcialidad puede haberse visto comprometida en el caso de los simples delitos. Además, el juicio puede realizarse sin la presencia del imputado o su defensor, lo que significa una violación contra el derecho de defensa material y técnica del imputado.

está la sentencia dictada en un rito escrito, como es el procedimiento monitorio. En estos casos habría sido perfectamente posible establecer el recurso de apelación como medio de impugnación.

El inciso final del artículo 399 CPP establece que el fiscal requirente y el querellante, en su caso, sólo podrán recurrir si hubieren concurrido al juicio. Esta disposición es coherente con aquella que impide la suspensión del juicio por la incomparecencia de alguna de las partes.[81] En consecuencia, no cabe recurrir de nulidad por el motivo absoluto contemplado en la letra b) del artículo 374 CPP.

2.6. Improcedencia de la interposición de acciones civiles indemnizatorias

Por el carácter sumario y concentrado del procedimiento simplificado se estimó inconveniente admitir la procedencia de acciones civiles indemnizatorias durante su tramitación. Se señaló que la interposición de una demanda civil para ejercer la acción indemnizatoria "en un juicio tan breve, supondría una dilación excesiva del procedimiento", pues su prueba es más compleja y su resolución requiere de un procedimiento de lato conocimiento.[82] Por estas razones, se optó por excluir esta acción del procedimiento simplificado, obligándose al actor civil a recurrir a los tribunales civiles de acuerdo con las reglas generales, dejándose solamente la posibilidad de ejercer la acción civil restitutoria de la cosa o su valor (art. 393 inciso 2° CPP).

En el caso que un simple delito fuere perseguido conforme a las reglas del procedimiento ordinario y se hubiere ejercido la acción civil indemnizatoria, el cambio de rito al procedimiento simplificado determinará la aplicación de las normas contenidas en el artículo 68 CPP[83] respecto de dicha acción.

---

[81] Vid. supra 2.5.6.
[82] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 382.
[83] Vid. infra capítulo XIV, 2.4.

2.7. El procedimiento monitorio (art. 392 CPP)

Este procedimiento especial y sumarísimo constituye una derivación del procedimiento simplificado que tiene como modelo instituciones similares del derecho comparado.[84] Sólo resulta procedente cuando se trate de la persecución penal de faltas en las que el fiscal requiera únicamente la imposición de una pena de multa (art. 392 inciso 1° CPP).[85] Podría tratarse de faltas que tuvieran asignada sólo pena de multa o multa copulativa o disyuntivamente con la de prisión u otras de distinta naturaleza. En todos estos casos, el fiscal deberá señalar en su requerimiento el monto de la multa cuya imposición solicita al tribunal.

El juez deberá examinar el requerimiento del fiscal y la propuesta relativa a la multa, y si los considera suficientemente fundados, deberá acogerlos inmediatamente dictando una resolución que así lo declare. El requerimiento satisfará la exigencia legal si cumple con las menciones del artículo 391 CPP y existen antecedentes y elementos que funden la imputación de modo suficiente. La propuesta de multa deberá ajustarse al marco punitivo de la respectiva falta y a las circunstancias modificatorias de responsabilidad que se desprendan de los hechos y antecedentes del caso. Como se aprecia, en este caso existe un control jurisdiccional sobre el mérito del requerimiento, de modo que si no existe correspondencia entre éste y los antecedentes que lo funden o la propuesta de multa no se ajusta a la que correspondería imponer en conformidad a la ley, el juez deberá rechazar el requerimiento. En este caso, el juez deberá proseguir el procedimiento conforme a los arts. 393 y ss. CPP, esto es, conforme a las reglas del procedimiento simplificado (art. 392 inciso 4° *in fine* CPP).

---

[84] Vid. supra 1 y nota 5, en que se hace alusión al procedimiento por mandatos u órdenes penales del sistema alemán (*Strafbefehlsverfahren*) y el *procedimiento per decreto*, del sistema italiano, y la bibliografía que allí se cita.

[85] Así, en el texto introducido por la Ley N° 19.762, de 13 de octubre de 2001, pues con anterioridad a su modificación dicho inciso comenzaba con la siguiente frase: "Tratándose de faltas que debieren sancionarse sólo con pena de multa...", lo que originó el problema interpretativo de que este procedimiento sólo era procedente cuando la ley penara el hecho únicamente con pena de multa. La modificación posterior dejó claro que la idea era plantearlo para delitos que tuvieran asignadas otras penas de diferente naturaleza, pero en que el fiscal requiere sólo la imposición de una pena de multa.

La resolución del juez que acoge el requerimiento y la propuesta de multa deberá contener ciertas indicaciones para el imputado, que, en síntesis, consisten en la información acerca de la imputación y de la pena propuesta por el fiscal, de los derechos que le asisten en este procedimiento especialísimo, de la posibilidad de pagar la multa con la ventaja de una rebaja de pena o de reclamar de la misma con el consiguiente efecto de proseguirse el procedimiento conforme a las reglas del simplificado.

Tales indicaciones son las siguientes:

a) La instrucción acerca del derecho del imputado de reclamar en contra del requerimiento y de la imposición de la sanción, dentro de los quince días siguientes a su notificación, así como de los efectos de la interposición del reclamo;

b) La instrucción acerca de la posibilidad de que dispone el imputado en orden a aceptar el requerimiento y la multa impuesta, así como de los efectos de la aceptación, y

c) El señalamiento del monto de la multa y de la forma en que la misma deba enterarse en arcas fiscales, así como del hecho que si la multa es pagada dentro de los quince días siguientes a la notificación, ella será rebajada en 25%, expresándose el monto a enterar en dicho caso.

En tanto nadie puede ser condenado sin ser oído, el procedimiento contempla un sistema de reclamación por parte del afectado, de modo que si éste manifiesta, de cualquier modo fehaciente, su falta de conformidad con la imposición de la multa o su monto, deberá proseguirse con el procedimiento de conformidad con las normas del rito simplificado. La única limitación consiste en que la reclamación deberá efectuarse dentro de los quince días siguientes a la notificación, esto es, en el mismo plazo a que se refiere la indicación contenida en la letra c) precedente. Por lo tanto, el pago de la multa rebajada en un 25% dentro del plazo que señala la ley constituye una presunción de que el imputado aceptó su responsabilidad en los hechos en los términos señalados en el requerimiento. En efecto, el inciso 3° del art. 392 CPP dispone que si el imputado paga la multa o transcurre el plazo de quince días desde la notificación de la resolución que la impone, sin que el imputado reclame sobre su procedencia o monto, se entenderá que acepta su imposición.

Añade que "[e]n dicho evento la resolución se tendrá, para todos los efectos legales, como sentencia ejecutoriada". Ciertas hipótesis impedirán, sin embargo, que se produzca este efecto, a saber, cuando el imputado no hubiera podido efectuar la reclamación dentro del plazo que establece la ley por un hecho que no le fuere imputable, por defecto en la notificación, por fuerza mayor o por caso fortuito (art. 17 CPP). En estos supuestos, el imputado podrá solicitar al tribunal un nuevo plazo para ejercer su derecho, siempre que lo realice dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya cesado el impedimento.

Tratándose de las faltas contempladas en la Ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas (LECBA), o las contenidas en la Ley N° 18.290, de Tránsito (LT), se señala que, "tratándose de procedimientos por faltas, el fiscal podrá solicitar la aplicación del procedimiento monitorio establecido en el artículo 392 del Código Procesal Penal, cualquiera fuere la pena cuya aplicación requiriere". Se añade que si el juez de garantía resuelve proceder conforme al monitorio, reducirá las penas aplicables en la proporción señalada en la letra c) del precepto legal recién citado (arts. 54 LECBA y 196 f) LT).

Esta regla especial plantea algunas interrogantes, las que abordaremos de modo sucinto y breve. La primera se refiere a qué debe entenderse por "falta" en dichas leyes especiales, presupuesto necesario para aplicar el procedimiento monitorio. Y en segundo lugar, veremos qué significa la expresión "cualquiera fuere la pena cuya aplicación (se) requiriere" utilizada por el legislador y que plantea importantes dudas interpretativas.

La ley alude al "procedimiento por faltas" sin identificar un criterio material de distinción entre faltas y delitos.[86] Ya vimos que existe poca claridad en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre la delimitación entre delito e infracción o falta, siendo habitual el recurso a la distinción meramente formal que suele efectuar la propia ley.[87] Por ello, la definición más socorrida es la

[86] Vid. supra 2.3.

[87] En la legislación especial sólo es posible encontrar criterios de delimitación meramente formal entre delitos e infracciones. Tal ocurre, por ejemplo, en el Código Tributario, artículos 105 y ss. o en la Ordenanza de Aduanas, en que el epígrafe del párrafo 2° del Título I del Libro III se denomina "De las contravenciones aduaneras y sus sanciones", para distinguirlas de los delitos aduaneros, ti-

que atiende a la clase de penas que les son asignadas, en virtud de la clasificación de las mismas que efectúa el artículo 21 del Código Penal. Conforme a ella, las penas de faltas son la prisión,[88] la inhabilidad perpetua para conducir vehículos a tracción mecánica o animal y la suspensión para conducir vehículos a tracción mecánica o animal. Por otro lado, es necesario tener en cuenta que son comunes a los crímenes, simples delitos y faltas las penas de multa y comiso de los instrumentos o efectos del delito. Sin embargo, la LECBA contempla sanciones que no se encuentran expresamente contempladas en el art. 21 CP, como la clausura del establecimiento o la caducidad y cancelación de la patente de expendio de bebidas alcohólicas. De allí que el artículo 53 LECBA establezca que "[c]on excepción de las conductas delictivas descritas y sancionadas en los artículos 42 y 46, las infracciones a la presente ley se reputan contravenciones para todos los efectos legales y, en ese carácter, quedan sujetas a la competencia y al procedimiento aplicables a los juzgados de policía local".

¿Lo anterior quiere decir que la "contravención" o la "infracción" es algo diferente de la "falta" y, en consecuencia, el procedimiento monitorio –y también el simplificado– sólo podrá aplicarse a la segunda? La cuestión planteada, según cómo se la responda, tiene importantes consecuencias, pues todo el ámbito de las "contravenciones" o "infracciones"[89] estaría fuera del radio de aplicación del procedimiento monitorio si sólo se puede plantear respecto de las denominadas "faltas". En este sentido y de acuerdo al inciso 3° del art. 189 LT,[90] si una persona que se apresta a conducir un vehículo en un lugar público se encuentra

pificados en los artículos 168 y 168 bis OA. En ambos ejemplos la delimitación sólo atiende a si el órgano que impone la sanción es de carácter judicial o administrativo, o si el hecho tiene asignada o no una pena "corporal", esto es, privativa de libertad, reservándose estas últimas exclusivamente a las infracciones constitutivas de delitos.

[88] La pena de prisión fue eliminada de las faltas previstas en el Código Penal por la Ley N° 19.450, de 18 de marzo de 1996, que entró en vigencia el 16 de mayo de 1997, conforme a lo dispuesto por la Ley N° 19.456, de 16 de mayo de 1996.

[89] Vid. artículos 197 a 201 de la Ley del Tránsito, los que se refieren constantemente a "infracciones o contravenciones" como conceptos equivalentes.

[90] Introducido por el art. 3° N° 5 de la Ley N° 19.925, de 19 de enero de 2004.

bajo la influencia del alcohol, "se procederá a cursar la denuncia correspondiente por la *falta* sancionada en el artículo 196 G" del mismo cuerpo legal. Por su lado, el inciso 1° del art. 196 b) LT[91] establece que "[e]n los accidentes del tránsito de resultas del cual la víctima falleciere o quedare demente, inútil para el trabajo, impotente o estéril, impedido de algún miembro importante o notablemente deforme, cuya causa determinante sea la *falta* prevista en el artículo 196 g) o alguna de las *infracciones* establecidas en los números 2, 3 y 4 del artículo 197 o números 3, 4,11,13 y 17 del artículo 198, la pena aplicable será de reclusión menor en su grado máximo y, tratándose de otras lesiones, la pena asignada será aquella señalada en el artículo 490 N° 2 del Código Penal aumentada en un grado". Como se observa, el legislador distingue en estos casos las faltas de las infracciones; sin embargo, mantiene la denominación del Título XVII de la Ley del Tránsito, a saber, "De los delitos, cuasidelitos y *contravenciones*", en el que se contempla la falta del art. 196 g), a la que aludían los preceptos legales citados precedentemente. Frente a la imposibilidad de establecer un criterio material de delimitación entre faltas y contravenciones, sólo cabe entender que todas ellas constituyen diferentes denominaciones para una misma clase de infracción.[92] En efecto, no existe ningún argumento racional plausible que, por un lado, legitime la aplicación del procedimiento monitorio para las faltas y, por el otro, justifique su exclusión para las contravenciones, infracciones que suelen prever la multa como pena principal.

La cuestión planteada se complica aun más con la nueva regulación de la Ley N° 19.925 (LECBA) que contempla, en su Título II, las denominadas "medidas de prevención y rehabilitación" para el consumo de alcohol y la embriaguez en lugares públicos.[93] Tales medidas fueron introducidas como tales por la

[91] Introducido por el art. 3° N° 7 de la Ley N° 19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas.

[92] Que, incluso, comparten la misma clase de penas, entre otras, la multa y la prisión (vid. art. 42 incisos 1° y 3°; art. 43 incisos 2° y 3°, art. 44 inciso 1°, art. 48 inciso final, todas de la Ley de expendio y consumo de bebidas alcohólicas). La distinción responde estrictamente a razones prácticas de asignación de casos por materia a las diferentes jurisdicciones; sólo que aquí la distinción "material" es ficticia.

[93] Más extensamente sobre el particular, infra capítulo XII, D.5.

Ley N° 19.814, de 15 de julio de 2002, al modificar el art. 113 de la Ley N° 17.105, antigua Ley de Alcoholes, que contemplaba dichas conductas como faltas. La intención del legislador ha sido, pues, privar de connotación punitiva a los comportamientos relacionados con la embriaguez, asignándoles consecuencias con contenido terapéutico-rehabilitador. Resulta discutible, como veremos, que se trate de medidas de protección al ebrio y, por tanto, exentas de todo contenido punitivo,[94] y tampoco es pacífico su encasillamiento como medidas de seguridad.[95]

En definitiva, no puede atenderse al criterio tan formalista de la denominación que el legislador le asigne a las respectivas infracciones cuando las sanciones que ellas prevén son enteramente idénticas y cumplen funciones punitivas. En consecuencia, habrá que recurrir a los criterios generales del Código Penal. No serán pues *faltas*, a efectos de los procedimientos simplificado y monitorio, los delitos cuyas penas sean superiores a prisión en su grado máximo. En consecuencia, constituyen faltas o contravenciones todas aquellas infracciones que tengan asignada pena de prisión,[96] multa u otras penas independientes o accesorias que no consistan en la privación o restricción de la libertad.[97]

La segunda interrogante que surge con relación a la norma contenida en el inciso 2° del art. 196 F LT, cuando establece que

---

[94] En tanto pueden imponerse contra la voluntad del afectado por la realización de conductas que no son constitutivas de delito, sino que exteriorizan una forma de vida "peligrosa" o "antisocial", constituirían medidas de seguridad predelictuales, ilegítimas en un Estado democrático de derecho, que sólo admite la culpabilidad por el hecho realizado y no por la conducción de vida. Acerca de su posible carácter de medida de protección, tal resulta sumamente discutible, pues se trata de consecuencias que pueden imponerse coactivamente al sujeto y que afectan derechos o bienes personalísimos. La protección forzosa de las personas no resulta legítima en el marco de un orden constitucional que reconoce la autonomía ética y la libertad de autodeterminación de las personas. Por consiguiente, sólo cabe entender tales infracciones como faltas y la consecuencia jurídica asociada a ella, como una pena. Lo demás es puro eufemismo.

[95] Vid. infra XII.D.

[96] Vid. supra nota 92.

[97] Vid., por ejemplo, art. 5° inciso final (clausura temporal del establecimiento y caducidad patente); art. 43 inciso 3° (comiso de las bebidas y utensilios y clausura del establecimiento); y art. 47 inciso 4° (clausura definitiva del establecimiento y cancelación de las patentes de alcoholes), todos de la Ley N° 19.925 (LECBA). Vid. también, el art. 196 G incisos 1°, 2° y 3° LT (suspensión de la licencia de conducir o la cancelación definitiva de la licencia, esta última contemplada expresamente en carácter de accesoria).

tratándose de las faltas, el fiscal podrá solicitar la aplicación del procedimiento monitorio "cualquiera fuere la pena cuya aplicación requiriere", es la siguiente: ¿significa esto que se encuentra también incluida la pena de prisión?

Si la respuesta fuere afirmativa, se contravendría el único fundamento que legitima la existencia de un procedimiento escrito, sumarísimo y en el que el ejercicio de las garantías procesales se encuentra significativamente mermado. Dicho fundamento sólo puede hallarse en el carácter no gravemente aflictivo de la pena que se pretende imponer, esto es, que ella no afecta alguno de los bienes jurídicos personalísimos fundamentales y, por tanto, en la ponderación de intereses en conflicto es posible sacrificar algunas garantías en aras de un tramitación más rápida y eficaz de infracciones bagatelarias. De los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Código, surge claramente que la propuesta de introducir este procedimiento se justificó en que él sólo sería aplicable a las faltas en que se requiriera la imposición de una pena pecuniaria.[98] En consecuencia, sólo podría ampliarse la aplicación de este procedimiento a otras penas equivalentes en gravedad a la multa o que afecten la propiedad o el patrimonio, pero jamás a una pena privativa de libertad.[99] En estos casos, sólo cabría aplicar el procedimiento simplificado.

2.8. Supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario

El artículo 389 CPP establece que el procedimiento simplificado se rige por las normas del Título I del Libro IV del Código, y en lo que éste no proveyere, se regirá supletoriamente por las del Libro II del mismo cuerpo legal, "en cuanto se adecuen a su brevedad y simpleza". Esta limitación, sin embargo, no debiera significar la afectación del núcleo esencial de garantías del imputado, especialmente cuando quepa la aplicación de penas privativas de libertad. Por ello es que la limitación que plantea este artículo

[98] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 379-380.

[99] Piénsese, además, que en muchos casos la pena de prisión es inconmutable en la LECBA (v. gr., arts. 43 inciso 3°, 45 inciso 1°, 48 inciso 4°, etc.).

pareciera referirse básicamente a las etapas del procedimiento ordinario previas al juicio oral, porque todas las actuaciones previstas por la ley durante su desarrollo aseguran garantías fundamentales del debido proceso. Es más, la inexistencia de una etapa de preparación del juicio obliga a la resolución de cualquier incidencia probatoria en el juicio oral especial del procedimiento simplificado, pues tales incidencias deben tener una oportunidad procesal en la que puedan plantearse. En consecuencia, la simpleza y brevedad del procedimiento simplificado deben ser concebidas más como principios programáticos que como cualidades inherentes al mismo.

B. *PROCEDIMIENTO ABREVIADO*

1. INTRODUCCION

Suele ser un lugar común en la doctrina comparada de las últimas dos décadas referirse a los importantes cambios que se han ido produciendo en la *estructura* de los procesos penales europeos y latinoamericanos en el marco de la reforma de sus legislaciones. Podría decirse que de sistemas fundados, en mayor o menor medida, en los principios inquisitivo y acusatorio se ha ido evolucionando hacia la incorporación progresiva de elementos composicionales en el proceso instalando un tercer modelo de referencia: el basado en el *consenso.* En otras palabras, se afirma que el método inquisitivo habría perdido significación para dar lugar a formas procesales que aúnan elementos acusatorios y consensuales.[100]

El fenómeno del derecho negociado tendría su origen en la crisis de las ordenaciones sociales y jurídicas tradicionales. En una sociedad post-industrial más individualista, fragmentada y compleja, perderían progresivamente legitimidad las regulaciones basadas en modelos de autoridad y centradas en la noción de "lo público", tendiéndose a una mayor desregulación y a modos alternativos de solución de conflictos, sobre la base de la

[100] WEIGEND (T.), "Die Reform des Strafverfahrens", en *ZStW* N° 104, 1992, pp. 487 y ss.

apelación a las nociones de participación ciudadana e igualdad. En el plano jurídico, se plantean modos de intervención más flexibles, más informales y menos costosos, como la mediación, la conciliación o el arbitraje; y en el plano jurídico-penal, la introducción progresiva de fórmulas negociadas al interior del proceso penal respondería al rechazo del modelo intervencionista y expansionista del derecho penal en el doble plano de la legitimidad y la eficacia. Al "*nothing works*" del derecho penal en crisis se propone como alternativa la descriminalización, la desjudicialización, la diversificación y la negociación.[101]

Las reformas procesales penales habidas en Europa y Latinoamérica a fines del siglo XX evidencian un giro inequívoco en este sentido, admitiendo explícita o implícitamente la negociación o pactos sobre el procedimiento o la pena. Este fenómeno se advierte claramente en el Código Procesal Penal italiano de 1988 o el portugués de 1987, que prevén algunos procedimientos especiales encaminados a evitar el juicio y resolver sumariamente el caso sobre la base del acuerdo de los intervinientes. Se señalan como fundamentos de esta tendencia, entre otros, la imposibilidad hoy en día de enjuiciar todos los casos conforme a las reglas del procedimiento ordinario y, más precisamente, de llevarlos a juicio oral, y la necesidad de abreviar los procedimientos penales, de modo de cumplir con el derecho del acusado de ser juzgado en un plazo razonable.[102] En efecto, uno de los principales fines perseguidos, por ejemplo, por el legislador italiano de 1988 fue el obtener la mayor celeridad del proceso penal. Se afirma que a lo largo de todo su articulado se observa claramente una obsesión por alcanzar

[101] Cfr. DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Los procesos penales en Europa*, cit., pp. 659 y ss. Esta tendencia afecta sustancialmente el valor de la "formalización" del control social que constituye el derecho penal, en cuanto garantía para el ciudadano y el más débil en el conflicto y al proceso de asunción del Estado del monopolio del *ius puniendi* estatal como única forma de evitar el *bellum omnium contra omnes* de los sistemas de venganza privada (cfr. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *Introducción a la criminología y el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pp. 116 y ss.). Sobre la tendencia a la privatización del derecho penal, vid. tomo I, capítulo III, E.2.1.

[102] NEPPI MODONA (G.), "Principio di legalitá e nuovo processo penale", en AA.VV. *Il pubblicco ministero oggi*, Giuffré Ed., Milano, 1994, pp. 121-123.

el objetivo de acelerar al máximo el proceso penal, buscando la conciliación entre eficacia y garantías.[103]

Tal vez por su impacto en el ámbito de la legislación europea, y porque es una de las primeras en recoger parcialmente el modelo de justicia penal negociada del sistema angloamericano,[104] nos parece particularmente interesante comenzar el estudio comparado de este modelo a través de la experiencia italiana. El Código Procesal Penal italiano contempla dos tipos de mecanismos procesales en los que la voluntad de las partes juega un rol fundamental en la decisión del caso: el denominado "*giudizio abbreviato*" (arts. 438 a 433 CPPI) y el "*pattegiamento*"[105] o "aplicación de la pena a instancia de las partes" (arts. 444 a 448 CPPI). No deben confundirse estos procedimientos especiales con aquellos que implican una aceleración del procedimiento, pero no la renuncia al juicio oral, aunque en ellos puede

[103] DE DIEGO DIEZ (L.A.), *Justicia criminal consensuada* (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU, Italia y Portugal), Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 124. FERNANDEZ ENTRALGO señala que "nuestra modernísima justicia penal amenaza con parecerse cada vez más (...) a la de la Reina de Corazones de la primera, inquietante, *Alicia* carrolliana: "¡La pena primero! ¡Ya habrá tiempo para el veredicto después!" (citado por VIVES ANTON, *La reforma del proceso penal*, cit., p. 297).

[104] CONTI analiza el sistema acusatorio diseñado por el nuevo *Codice di Procedura Penale* italiano y lo confronta con formas e institutos procesales de tradición anglosajona, como la discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal, la ausencia de motivación de las decisiones y la limitación del recurso de apelación, señalando los obstáculos opuestos por los principios constitucionales de ese país, lo que significó atemperar la reforma en muchos aspectos ("Spunti sulla "filosofia" del nuovo processo penale", en GARAVOGLIA e.a. (coord.), *Profili del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1988, pp. 9 y ss.). Sin embargo, la doctrina no duda que el legislador italiano se vio notablemente influido por el mito del "processo all'americana" (SANTIAPICHI (S.), "Modelli stranieri e tradizione nella scelta accusatoria", en GAITO (A.) (coord.), *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989). En la *Relazioni al Progetto del Codice di Procedura Penale* se afirma que la experiencia de los países anglosajones tiene que enseñar a juristas y legisladores que es incongruente y antieconómico establecer que todas las controversias deben llegar a la fase del juicio oral, pues ello será innecesario cuando los acusados reconozcan su culpabilidad; por ello, "las renuncias de los imputados al juicio deben ser incentivadas y hay que hacer todo lo necesario para que sean propensos a utilizar los procedimientos simplificados que se establecen en el Código" (cit. por RODRIGUEZ GARCIA (N.), *La justicia penal negociada*, Ed. Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997, p. 133, quien, sin embargo, critica al legislador italiano por no haber tenido en cuenta las innumerables críticas de la doctrina italiana al *plea bargaining* norteamericano).

[105] Cfr. RODRIGUEZ GARCIA, *La justicia penal negociada*, cit., pp. 118 y ss.

haber una importante intervención de la voluntad del imputado (v. gr., juicio directísimo e inmediato en el CPPI), o con los denominados procedimientos monitorios, que por la levedad de la pena o la naturaleza pecuniaria de la sanción decidida por el juez, son extremadamente simplificados y susceptibles de reducirse a un procedimiento escrito, y contienen incentivos de carácter premial, consistentes en una reducción de la pena hasta su mitad si no existe oposición al pago por parte del imputado (v. gr., procedimiento por decreto italiano).[106] En general, estos procedimientos especiales se introducen con la finalidad de producir una "*deflazione processuale*" y abreviar el tiempo de duración de los procedimientos.

Especialmente relevante para nuestro estudio, por su naturaleza premial, es el denominado *pattegiamento,* que implica la renuncia al *dibatimento* a cambio de la reducción de la pena que pudiera corresponder por el delito imputado. Inspirado en razones de carácter utilitario, se asienta en la prestación de mutuas concesiones entre acusación y defensa: se sostiene que el acusado evita la publicidad negativa del juicio oral y del pronunciamiento de la condena, y eventualmente la experiencia de la cárcel; mientras que el sistema de justicia consigue una relevante disminución de procesos penales pendientes, ellos se realizan en menor tiempo, y se disminuye la población carcelaria.[107] La propia doctrina italiana ha criticado este instituto procesal y otros de carácter análogo señalando que se trata de un mecanismo que opera en contra de los acusados inocentes, especialmente si son pobres, pues pagarán su "precio" para salir lo más rápidamente posible de un proceso lento que lo priva de su libertad o lo amenaza con dicho peligro, consecuencias que no sufren los acusados asistidos por abogados afamados que manejan las garantías del sistema.[108] El *patteggiamento* procede a petición del ministerio público o del imputado cuando el delito imputado tenga

[106] Cfr. supra, cap. XII, A.1.

[107] GIURI (D.), "Rilievi sul cd. pattegiamento", en *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale,* 1983, pp. 788 y ss.

[108] CHIAVARIO (M.), "Qualche sollecitazione per un confronto", en AA.VV. *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero,* Atti del Seminario di Torino (4 maggio 1990), Giuffré Editore, Milano, 1991, p. 14; NAPOLEONI (V.), "Le mirabolanti teorie sulla natura delle sanzioni sostitutive inflite a richiesta dell'imputato", en *Cassazione Penale,* 1984, pp. 1205-1206.

asignada una sanción sustitutiva (libertad controlada o semidetención), una pecuniaria o incluso una pena privativa de libertad. En los dos primeros casos, se podrá solicitar una disminución en su duración de hasta un tercio. En el caso de las penas privativas de libertad, sólo será admisible una reducción cuando su duración, teniendo en cuenta todas las circunstancias y reducida hasta en un tercio, no supere los dos años de prisión o de arresto, solas o junto a otras penas pecuniarias (art. 444 CPP). En el *giudizio abbreviato,* se requiere la solicitud del imputado, con el acuerdo del ministerio público, de que el proceso quede definido en la audiencia preliminar, con la ventaja para aquél de que la pena es reducida "en un tercio", y la reclusión perpetua, sustituida por "treinta años de prisión" (art. 442 CPP).

El *Código de Processo Penal* portugués,[109] que entró en vigor el 1° de junio de 1987, contempla nuevos procedimientos especiales que no contaban con precedente alguno en la historia del ordenamiento jurídico de ese país y que responden, al decir de FIGUEIREDO DIAS, a las máximas de aceleración, consenso y renuncia a la formalización en el ámbito de la criminalidad leve o bagatelaria, en la que la dañosidad social del hecho y las necesidades de prevención general son menores.[110] Se trata del procedimiento sumario (arts. 381-391 CPP) y el procedimiento sumarísimo (arts. 392-398 CPP). Sin embargo, el primero no implica la renuncia al juicio oral, sino sólo la aceleración del procedimiento a la fase de juicio oral[111] en los casos que el inculpado ha sido detenido por delito flagrante. Es importante destacar que este procedimiento se encuentra limitado a la imputación de delitos cuya pena no supere 3 años de privación de libertad. La aceptación del procedimiento sumarísimo, en cambio, sí implica la renuncia al juicio oral. Si el fiscal solicita la aplicación de una pena que no excede el lapso de 6 meses de privación de libertad y/o

[109] Decreto Ley N° 78/87, de 17 de febrero. Sobre la reforma procesal penal portuguesa, vid. FIGUEIREDO DIAS (J.), "Die Reform des Strafverfahrens in Portugal", en *ZStW* N° 104, vol. 2, 1994, pp. 448 y ss. También, RODRIGUEZ GARCIA (N.), *La justicia penal negociada,* cit., pp. 211 y ss.

[110] "Die Reform des Strafverfahrens in Portugal", cit., pp. 454-455. Suele incluirse dentro de las instituciones que cumplen con estos fines, a la suspensión provisional del procedimiento (art. 281 CPP portugués), Cfr. RODRIGUEZ GARCIA, *La justicia penal,* cit., pp. 266 y ss.

[111] Es una figura análoga a nuestro "juicio inmediato". Cfr. t. I, cap. VII, B.7.4.3.

multa y el imputado acepta, el juez impone inmediatamente la pena solicitada sin ninguna posibilidad de impugnación;[112] si, por el contrario, el imputado la rechaza, el procedimiento continúa conforme a las reglas del procedimiento ordinario. Para FIGUEIREDO, con la introducción de este procedimiento se busca reducir al mínimo la estigmatización social del hechor, de reforzar la perspectiva del consenso y de ampliar las posibilidades del principio político-criminal de la resocialización.[113]

En Latinoamérica también es posible encontrar ejemplos de procedimientos análogos a los descritos precedentemente. El artículo 415 del Código Procesal Penal de la provincia de Córdoba[114] contempla el denominado "procedimiento abreviado", que tiene como presupuesto la confesión "circunstanciada y llana" de culpabilidad por parte del imputado. En tal caso, "podrá omitirse la recepción de la prueba tendiente a acreditarla, siempre que estuvieren de acuerdo el tribunal, el fiscal y los defensores". Por consiguiente, "la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal". Lo mismo ocurre con el "juicio abreviado" previsto en el Código Procesal Penal argentino,[115] o el procedimiento abreviado regulado en los recientes Códigos de El Salvador, de 1998,[116] de Guatemala, de 1994;[117] o de Costa Rica, de 1996.[118]

---

[112] Sin embargo, la exigencia de que el ministerio público sólo pueda requerir en el caso concreto la aplicación de una pena de multa o una medida alternativa que no signifique privación de libertad (por la general sustituibilidad de las penas de prisión de hasta 6 meses por multa), convierte en la práctica este procedimiento en uno más parecido al procedimiento por decreto italiano o al por órdenes penales alemán, que al *pattegiamento* italiano o al *plea bargaining* norteamericano.

[113] "Die Reform des Strafverfahrens in Portugal", cit., p. 455.

[114] Ley N° 8.123, cuya entrada en vigencia fue prorrogada "por el término máximo de veinticuatro (24) meses a contar del 16 de enero de 1993" (art. 1° Ley N° 8.261, de 16 de diciembre de 1992).

[115] Introducido a dicho Código por la Ley N° 24.825, de 1997 (cfr. "El juicio abreviado en el Código Procesal Penal de la Nación", en MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 229 y ss.).

[116] Cfr. AMAYA COBAR (E.), "El procedimiento abreviado en el proceso penal de El Salvador", en MAIER/BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 395 y ss.

[117] LOARCA/BERTELOTTI, "El procedimiento abreviado en Guatemala", en MAIER/BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 411 y ss.

[118] LLOBET (J.), "Procedimiento abreviado en Costa Rica, presunción de inocencia y derecho de abstención de declarar", en MAIER/BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 433 y ss.

Algunos autores han valorado positivamente estas nuevas instituciones procesales, argumentando que operan como instrumentos de "defensa social" al asegurar que los culpables serán castigados en un lapso breve, y que, con la misma rapidez, serán absueltos los inocentes.[119] También se señala que reafirma el principio de la autonomía de la voluntad o del consenso en la solución del conflicto específicamente jurídico-penal,[120] o que constituye una importante herramienta para resolver el secular colapso de la administración de justicia penal, que no podría resolver todos los casos a través del procedimiento ordinario.

Particularmente interesante para reflejar la importancia de este último argumento en la progresiva aceptación de soluciones negociadas es la sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso *Santobello v. New York,* dictada ya hace varios años, pero cuya doctrina sigue invocándose con bastante frecuencia aun hoy en día.[121] En ella se señala que el *plea bargaining* "representa un componente esencial de la administración de justicia" y añade que "si todas las acusaciones hubieran de ser llevadas al juicio oral, a fin de lograr una completa actividad procesal, los Estados y el propio Gobierno Federal necesitarían aumentar considerablemente el número de jueces y los medios de los tribunales".[122] Asimismo, y refundiendo todas las razones de carácter más bien utilitarista que se han esgrimido para justificar la negociación en el proceso penal, señala que "la disposición de los cargos (...) no sólo es una parte esencial del proceso, sino que representa, además, un mecanismo altamente deseable por múltiples razones. Conduce a una rápida y definitiva resolución de la mayoría de los procesos penales; evita muchos de los efectos corrosivos debidos a la forzosa ociosidad durante la

[119] PISAPIA (G.D.), "Il nuovo processo penale", en *Rivista di Diritto Processuale,* vol. 44, 1989, p. 6.

[120] VIVAS (G.), "La confesión transaccional y el juicio abreviado", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal,* año IV, N° 8 A, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, p. 500; FIGUEIREDO, "Die Reform des Strafverfahrens in Portugal", cit., p. 455.

[121] 404 U.S 257, 260 (1971).

[122] Es bastante conocido que la mayor parte de los casos penales estadounidenses se resuelven vía *plea bargaining.* En general, se estima que las declaraciones de culpabilidad constituyen el 90% del total de condenas y, aproximadamente, el 95% de las condenas por delitos menores (cfr. DE DIEGO DIEZ, *Justicia criminal consensuada,* cit., p. 31, nota 1).

prisión preventiva de aquellos a quienes les ha sido denegada la libertad en espera del juicio (*pretrial release*); protege a la sociedad de aquellos acusados inclinados a persistir en su conducta criminal incluso durante su libertad provisional; y, abreviando los plazos que discurren entre la acusación y la sentencia, incrementa las perspectivas de rehabilitación del culpable una vez que, pronunciada la condena, éste venga sometido al tratamiento penitenciario."[123] Desde una perspectiva estrictamente garantista, se señala que el anegamiento del sistema conspira contra la efectividad de los derechos a la libertad y a un enjuiciamiento breve, por la duración excesiva de la prisión preventiva y de los procesos.[124]

Un importante sector de la doctrina, empero, rechaza las soluciones negociadas en el ámbito penal acudiendo fundamentalmente a razones teóricas o de principio. En primer lugar, expondremos la crítica de LANGBEIN a la institución estadounidense del *plea bargaining*, que este autor considera altamente infractora de las garantías del imputado.[125] En síntesis, existe *plea bargaining* cuando un fiscal propone a una persona acusada penalmente a que confiese su culpabilidad y a que renuncie a su derecho al juicio, a cambio de una sanción penal más benigna de la que le sería impuesta si fuera declarado culpable en el juicio, y aquélla acepta la oferta. El fiscal, en consecuencia, está autorizado para ofrecer indulgencia tanto directamente, a través de una reducción de los cargos, como indirectamente, mediante la recomendación al juez de imponer una pena menor,

[123] Esta es, por ejemplo, también la línea de argumentación de CAFFERATA NORES, quien invoca seis ventajas del procedimiento abreviado: racional distribución de los recursos, cambia el estatus de los presos sin condena a condenados, agilización de los procesos, abaratamiento de los costos, alivio de la tarea de los tribunales orales, obtención por el condenado de una pena reducida. Sobre las críticas a esta corriente tildada de "eficientista", vid. especialmente DIAZ CANTON (F.), "Juicio abreviado versus Estado de Derecho", en MAIER/BOVINO (comp.), *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 251 y ss.

[124] En este sentido, VIVAS, quien entiende que la rápida adjudicación de responsabilidad penal pone fin a la "pena procesal" en que se transforman los medios de coerción que se imponen al imputado durante el proceso, e impide "los disgregatorios tormentos de la incertidumbre que todo enjuiciamiento genera" ("La confesión transaccional", cit., p. 510).

[125] LANGBEIN (J.), "Tortura y *plea bargaining*", en MAIER/BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 3 y ss.

la que normalmente es acogida por aquél. De esta manera, el fiscal se evita tener que probar la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable y el tribunal es dispensado de establecerla en el juicio, pues condena en base únicamente de su confesión.

Efectuando un paralelismo entre el *plea bargaining* con la práctica medieval de la tortura, LANGBEIN señala que en Estados Unidos se fuerza al acusado contra quien se ha establecido causa probable a confesar su culpabilidad. "Para asegurarnos, nuestros medios son mucho más considerados; no usamos el potro, la bota española ni otros instrumentos de tormento para dañar sus piernas" (...) "pero hacemos terriblemente costoso para un acusado reclamar el ejercicio de su derecho a la garantía constitucional del juicio previo. Lo amenazamos con imponerle una sanción sustancialmente más elevada si se protege a sí mismo ejerciendo su derecho y, posteriormente, es declarado culpable. Es esta diferencia en la gravedad de las penas impuestas lo que torna *coercitivo* al *plea bargaining*",[126] o a cualquier institución que implique la ne-

[126] LANGBEIN, "Tortura ...", cit., p. 15. En nota 24 del texto este autor contesta, a nuestro juicio correctamente, a quienes minimizan este argumento tratando de reducirlo al absurdo. El destacado en el texto es nuestro. No obstante, es importante destacar las relevantes diferencias del sistema penal norteamericano con aquellos que, como el nuestro, entroncan con la cultura jurídica de raigambre continental europea. En efecto, en EE.UU. cada estado tiene sus propias leyes estatales que regulan los delitos y establecen penas. Hasta los años 70, la ideología dominante era la "rehabilitadora", según la cual ni la ley ni el juez pueden determinar el tiempo exacto de la condena, ya que el tiempo de la pena depende de la evolución de la persona condenada en el interior de la institución. De allí que la ley, por lo general, se limita a establecer un marco muy indeterminado de pena para cada delito, la que puede consistir en *probation* o ir de un año de prisión a presidio perpetuo. Como consecuencia de las críticas dirigidas a esta ideología, a finales de los años 70 se produce un movimiento hacia condenas determinadas por la ley. Se comienza a implementar el modelo de guías penológicas (*sentencing guidelines*), creadas por comisiones independientes, en que se elabora una plantilla: en la línea vertical se reflejan los diversos delitos, y en la horizontal, los antecedentes penales. Sin embargo, precisamente en la década de los 80 comienza a verificarse un espectacular incremento de la población reclusa en EE.UU.: ella aumentó en un 300% de 1980 a 1995, teniendo un índice cercano a 400 presos por cada 100.000 habitantes, en circunstancias que en Europa es de 70-100 presos por cien mil habitantes. Junto con ello, se plantea la ideología de la "incapacitación", esto es, evitar la libertad vigilada y prolongar las condenas de prisión, especialmente de los delincuentes habituales. Dicha ideología culmina con la aprobación, en 1994, de las leyes popularmente denominadas "three strikes and you're out" (si cometes tres delitos, estás fuera). En general, estas leyes esta-

gociación sobre el procedimiento o la pena.[127] A lo anterior se agrega que las medidas cautelares personales fuertemente aflictivas –como la prisión preventiva– que pueden decretarse o alzarse en cualquier etapa del procedimiento también resultan coercitivas para el imputado: ¿quién puede afirmar que prestó su consentimiento "libre y voluntario" al procedimiento abreviado o que renunció "libremente" al juicio oral en tales circunstancias? Incluso el imputado inocente podrá preferir el pacto frente a la disyuntiva entre libertad o prisión preventiva o condena a una pena reducida y el albur de un juicio que puede terminar con la absolución, pero también con una pena mucho más grave.[128] Pareciera que esta cuestión plantea un dilema, en palabras de DIAZ

blecen la imposición de un mínimo de 25 años de presidio, sin posibilidad de libertad condicional, cuando se comete un tercer delito (vid. VON HIRSCH (A.), *Censurar y castigar* (trad. Elena Larraurri), Ed. Trotta, Madrid, 1998, e Introducción de Larraurri, pp. 11 y ss.). Desde esta perspectiva, el *plea bargaining* aparece inevitablemente como coercitivo, ante la enorme desproporción e incerteza de la pena que pudiera aplicarse tras el juicio.

[127] En este sentido, también, WEIGEND (T.), "Abgesprochene Gerechtigkeit", en *Juristenzeitung*, 1990, p. 778, para quien el elemento decisivo del acuerdo no es la concesión –aparente– de una ventaja, sino la amenaza implícita en ello. Si el imputado se muestra cooperador, se le promete una sanción leve; entonces, el argumento en contrario es evidente: si el imputado rechaza el acuerdo debe contar con "todo" dentro del amplio marco penal de la ley; en cualquier caso, ya no se puede esperar ninguna deferencia del tribunal o de la fiscalía.

[128] ALSCHULER cree que "las mayores presiones para declararse culpable se producen sobre imputados que podrían ser inocentes" ("The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", en *University of Chicago Law Review*, 1968, vol. 36, p. 60). FERRAJOLI reclama de esta situación preguntándose: "Y ¿qué garantiza que un ciudadano inocente, pero privado de defensa, viendo frustradas sus protestas de inocencia y desconfiando de la justicia no acepte a pesar suyo acceder al acuerdo sobre el procedimiento y a la reducción de un tercio de la pena o, mejor aún, al acuerdo sobre la pena...?" ("Las lesiones...", cit., p. 46). LANGBEIN cita el caso *North Carolina v. Alford* (400 US 25, 1970), en el cual la Corte Suprema de los EE.UU. admitió condenar sin juicio a un imputado que, en la audiencia de determinación de la pena había manifestado ante el tribunal: "Me he declarado culpable de un homicidio en segundo grado porque me dijeron que había muchas pruebas en mi contra, pero yo no le he disparado a nadie... Yo sólo admití mi culpabilidad porque me dijeron que si no lo hacía, me enviarían a la cámara de gas... No soy culpable, pero me declaré culpable". Luego cita el caso de un burgomaestre de Bamberg del siglo XVII, quien esperando su ejecución a muerte escribió a su hija la razón de por qué se había confesado culpable del delito de brujería: "Es todo falso y una invención, así que, Dios, ayúdame... Nunca habrían dejado de torturarme si no hubiera confesado algo" ("Tortura y *plea bargaining*",

CANTON, "congénitamente viciado", pues toda renuncia o conformidad del imputado en el proceso penal precisa libertad total de decisión, la que por definición se encuentra excluida en la negociación sobre el procedimiento y la pena.[129]

En un fuerte planteamiento crítico, y refiriéndose al sistema procesal penal italiano, FERRAJOLI ha afirmado que "La inderogabilidad del proceso, y el cúmulo de garantías que comporta, resultan a su vez violados, en su faceta de indeclinabilidad, por alguno de los procedimientos especiales (...), en particular por los acuerdos sobre la pena y el procedimiento por decreto, que, de hecho, terminan por sustituir la jurisdicción por prácticas negociales de tipo sustancialmente administrativo".[130] Negando la habitual afirmación de cierta doctrina en orden a que las formas de acuerdo son un resultado lógico del "método acusatorio" y del "proceso entre partes",[131] la que el autor italiano califica de "ideológica y mistificadora", reconoce que tal confusión se explica sólo en el plano histórico en tanto tales acuerdos son percibidos como "restos modernos del carácter originariamente privado y/o popular de la acusación, cuando la oportunidad de la acción y, eventualmente, de los pactos con el imputado era una consecuencia obvia de la libre acusación".[132] Añade que, sin

cit., p. 19). Es interesante mencionar que en el caso Alford, los magistrados Brennan, Douglas y Marshall disintieron del voto de mayoría señalando: "(...) es suficiente afirmar que los hechos expuestos por la opinión mayoritaria demuestran que Alford estaba "tan angustiado por el miedo a la pena de muerte" que su decisión de confesarse culpable no fue voluntaria, sino "resultado de una coacción, al igual que si tal elección se hubiere producido mediante el empleo de violencia física" (LANGBEIN (J.), "Tortura y *plea bargaining*", cit., pp. 19-20).

[129] Cfr. DIAZ CANTON (F.), "Juicio abreviado y estado de derecho", cit., p. 252.

[130] "Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso legal", en MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 33.

[131] Una manifestación de la misma se aprecia en VIVAS (G.), "La confesión transaccional y el juicio abreviado", cit., pp. 497 y ss., esp. 508-509. También en RODRIGUEZ GARCIA, "Italia: el "pattegiamento", en *La justicia penal negociada*, cit., p. 132. BOVINO señala que "el modelo acusatorio se basa en la combinación de las categorías persecución privada/consenso, mientras que el sistema inquisitivo adhiere al par persecución pública/verdad histórica". Y más adelante expresa que "el problema surge (...) frente al hecho de que los sistemas de justicia penal de los Estados actuales se fundan en la persecución pública –con la combinación de las categorías persecución pública/consenso" ("Simplificación del procedimiento abreviado y 'juicio abreviado'", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 8, cit., pp. 528-9).

[132] "Las lesiones legales...", cit., p. 45.

embargo, tal posibilidad carece de fundamento y justificación en los sistemas en los que el órgano de la acusación es público.[133] La negociación entre acusación y defensa se parecería más a las prácticas persuasorias permitidas por el secreto en las relaciones desiguales propias de la Inquisición.

Las críticas precedentes evidencian que la inevitable tensión entre eficacia y garantías en el proceso penal se resuelve a favor de la eficiencia en cualquier procedimiento "negociado": dado que se plantea en primer plano la necesidad de dar respuesta punitiva a la mayor cantidad de casos posibles y, al mismo tiempo, eliminar el "cuello de botella" que afecta al sistema, el consecuente respeto de las garantías individuales sólo representa un escollo, un obstáculo para evitar ese funcionamiento "deficiente".[134] Inevitablemente existirán presiones sobre el imputado para aceptar la oferta de intercambio, ya sea del fiscal, del juez o del propio defensor.[135] Pero, además, el que no acepta la oferta corre el riesgo de ser condenado a una pena sustancialmente mayor en el juicio oral, con lo que implícitamente se está comunicando a los ciudadanos que ejercer su derecho constitucional al juicio lo puede "perjudicar".[136]

En este contexto, un sistema de enjuiciamiento criminal en el que el Estado ya no persigue el establecimiento de la verdad,[137]

[133] Ibíd. Vid. también LANGER (M.), "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER (E.) (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 239 y ss.

[134] BOVINO señala que los estadounidenses han estructurado un sistema asombrosamente "eficiente" para obtener condenas, al punto que tienen una de las tasas más elevadas del mundo de población carcelaria (cfr. "Simplificación del procedimiento", cit., p. 534 y nota 23).

[135] No suele ser infrecuente en la práctica del *plea bargaining* norteamericano que sea el propio defensor quien, por intereses económicos propios, presione al imputado a aceptar la oferta del fiscal; cfr. ALSCHULER (A.), *Yale Law Journal* Nº 84, 1975, pp. 1179, 1191-1197.

[136] BOVINO (A.), ibíd., pp. 533 y ss., y nota 22, quien, citando fuentes norteamericanas, señala que en dicho país el que opta por el juicio oral recibe, en promedio, una condena un 40% superior a la que hubiera recibido si hubiera confesado.

[137] No debe confundirse el consenso que aquí se critica, esto es, como mero acuerdo de las partes basado en consideraciones táctico-procesales y que no siempre guardará relación con los hechos de la realidad que son enjuiciados, con la concepción consensual de la verdad o teoría procedimental de la argumentación,

sino que la terminación anticipada del procedimiento basada en un "consenso" entre partes desiguales se transforma inexorablemente en un sistema neo-inquisitivo.[138] La afirmación precedente se basa en las siguientes comprobaciones: la pretendida igualdad de las partes al momento de la negociación es una ficción y la voluntad del imputado se encuentra viciada por la coacción. Las instancias "consensuales" terminan por resultar, en manos del Estado, funcionales al modelo al cual sirven, consolidando la respuesta punitiva propia del derecho penal inquisitivo.[139] Que este modelo surja de la conjunción de elementos contradictorios y consensuales del proceso no es casualidad, pues ambos se encuentran vinculados por el principio dispositivo de las partes. En el procedimiento abreviado esta transformación es evidente:

sostenida, entre otros, por HABERMAS y APEL. Dicha concepción se plantea desde un paradigma epistemológico "trascendental", en el sentido de que sus exigencias se hallan presupuestas, *incoactivamente*, en toda clase de comunicación, esto es, en "un discurso libre de dominación", propio de la ética discursiva y, por lo tanto, no aplicable a los discursos prácticos o institucionales –como el del proceso penal– sino como suposición *contrafáctica* (cfr. HABERMAS (J.), "Qué significa pragmática universal", en *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, Madrid, 1989, pp. 299 y ss.). Por ello, porque se da por supuesto que dicha situación ideal no ocurre nunca en el proceso penal, es que sirve –esta teoría– como *instancia crítica* frente a las pretensiones de verdad o validez que se plantean respecto de cualquier discurso real. HASSEMER, por su parte, señala que mientras haya derecho penal y derecho procesal penal se mostrará "el profundo abismo existente entre el discurso institucional y el discurso libre de dominación en el derecho penal"; sin embargo, considera que el discurso institucional es una forma justificada de la discusión en tales instituciones, pues "la producción del discurso libre de dominación supondría la supresión del proceso y, con ello, la de la posibilidad de aplicar el Derecho de acuerdo con las formas jurídicas" (cfr. *Fundamentos del derecho penal*, cit., p. 168).

[138] WEIGEND (T.), "Die Reform des Strafverfahrens", cit., p. 503; BOVINO, "Simplificación del procedimiento", cit., p. 535. En la Cámara de Diputados se tuvo conciencia de ello, al dejarse constancia de la siguiente discusión: "Aquí, el imputado acepta que los antecedentes reunidos por el fiscal son ciertos, en general. El juez tiene que indagar dentro de esos antecedentes y, sobre la base de ellos, puede absolver. Lo único que se hace es que, *por vía del consentimiento del imputado, en el fondo se está volviendo al sistema actual, al sistema de sumario*" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 393; el destacado es nuestro).

[139] Vid. LANGER (M.), "La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER (E.) (comp.), *Las garantías penales y procesales*, cit., pp. 253 y ss., y 264 y ss.

el juez retoma su protagonismo en el proceso penal. En efecto, el mismo juez controla la investigación, decide la aplicación del procedimiento abreviado y dicta la sentencia. A ello se añade que el procedimiento simplificado, de gran utilización en el corto tiempo de implementación del sistema,[140] también admite la posibilidad de resolución inmediata ante el juez de garantía, sin necesidad de juicio oral, si el imputado admite responsabilidad en el hecho atribuido (art. 395 CPP). Si estas modalidades procedimentales se tornan de aplicación mayoritaria, el regreso al modelo inquisitivo anterior a la reforma sería sólo cuestión de tiempo.[141]

2. REGULACION DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN CHILE

2.1. FUNDAMENTO DE SU INTRODUCCIÓN

En Chile, la previsión de un procedimiento abreviado respondió a la necesidad de contar con una vía más rápida y económica de enjuiciamiento "con el fin de favorecer la eficacia en una cantidad importante de casos", o dicho en otros términos, "para acortar los procedimientos, ahorrándose los costos y las demoras del mismo (sic), en aquellos casos en que no parezca necesario realizar un juicio oral debido a que no existe una controversia fundamental entre el acusador y el imputado respecto de los hechos que constituyen las imputaciones materia del proceso".[142] En sín-

[140] Vid. BAYTELMAN/DUCE, *Evaluación de la reforma procesal penal (Estado de una reforma en marcha)*, Escuela de Derecho UDP, 2003, p. 249.

[141] Cfr. PFEFFER (E.), *Código Procesal Penal*, cit., p. 393. Incluso en Alemania, donde no existe un procedimiento abreviado respecto de delitos graves, se plantea que se ha operado un traslado de la centralidad del proceso penal, desde el juicio oral a la fase de investigación preparatoria (WOLTER (J.), *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991, p. 9). En abono de dicha tesis se afirma que en la gran mayoría de los casos rutinarios, el fiscal del ministerio público suspende el procedimiento a prueba o solicita la aplicación de una sanción conforme al procedimiento escrito por órdenes penales (*Strafbefehlsverfahren*), únicamente aplicable a penas de multa y penas privativas de libertad de hasta un año, cuando su ejecución es suspendida condicionalmente (cfr. ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 550 y ss.).

[142] RIEGO (C.), "El procedimiento abreviado en Chile", en MAIER/BOVINO, *El procedimiento abreviado*, cit., pp. 453 y ss., esp., 454-455. Este autor expone las

tesis, el fundamento de este procedimiento especial, pensado para convertirse en el principalmente utilizado,[143] radicaría en los "cálculos presupuestarios del nuevo sistema procesal penal, "construidos sobre la base de que sólo un porcentaje de los casos en que exista una acusación serán llevados al juicio oral".[144] Entre los beneficios que reportaría su uso masivo se identifican los siguientes: ahorro de recursos para el sistema judicial y para la propia víctima, de "su propio tiempo y la reducción de gastos legales";[145] y ahorro de recursos para el imputado, "que incluye el tiempo que deja de gastar en el proceso, el tiempo que deja de pasar en prisión preventiva, el menor tiempo de condena que obtiene como producto del acuerdo y la reducción de gastos legales en su defensa".[146] Desde esta perspectiva, el procedimiento abreviado "representa una importante fuente de ahorro de recursos que parece muy rentable en relación con los costos asociados".[147] La apuesta es, por consiguiente, a la producción de "condenas rápidas" por la alta discrecionalidad de los fiscales en la selección de hechos y circunstancias que podrán ser objeto de negociación, por la ausencia de controles internos y externos relevantes, y por el estímulo que significará para el imputado la oferta de rebajas sustanciales de pena.[148]

Como se aprecia, en la base de este procedimiento prevalecieron consideraciones eficientistas, como las expuestas en el

discusiones y posturas que hubo en torno a la inclusión de este procedimiento en el Proyecto del nuevo Código Procesal Penal (cfr. p. 462).

[143] RIEGO, cit., p. 456.

[144] Ibíd., p. 456.

[145] Aunque no se señalan cuáles, porque en el procedimiento abreviado la víctima necesariamente ha de constituirse en parte querellante, si desea oponerse al mismo (art. 408 CPP), y la sentencia no puede pronunciarse sobre la demanda civil que se hubiere interpuesto (art. 412 CPP), por lo que la víctima necesariamente deberá recurrir a la vía civil.

[146] RIEGO, cit., pp. 456-457.

[147] Ibíd., p. 457.

[148] Este es, en síntesis, el planteamiento de RIEGO (cfr. "El procedimiento abreviado", cit., pp. 464-465), que ha sido en diversas ocasiones exaltado por la prensa, como la gran virtud del nuevo sistema. Así, *El Mercurio* del 7 de septiembre de 2003 informó: "Juicio récord duró apenas veinte minutos: delito se cometió el lunes en Talca y al imputado se le juzgó y condenó el martes". Al imputado se le acusó por delito de hurto de especies avaluadas en 50 mil pesos. Al aceptar su responsabilidad en procedimiento abreviado se le condenó sin juicio a 40 días de presidio menor en su grado mínimo.

caso *Santobello v. New York*. Sin embargo, resulta interesante comprobar que, en la práctica, este procedimiento resulta aún muy poco aplicado en relación a las expectativas.[149] Otra comprobación importante es que los jueces han enfrentado –hasta la fecha– de un modo restrictivo y garantista la tramitación y fallo de este procedimiento.[150]

Es importante observar, no obstante, que ya en la tramitación del Proyecto de nuevo Código Procesal Penal se plantearon objeciones y desconfianzas hacia este procedimiento especial, basadas en las consideraciones generales que ya expresáramos al comienzo de este capítulo. En efecto, por una parte existió la postura de quienes centraron su rechazo en la desconfianza hacia condenas fundadas en el consenso de las partes, por la intrínseca situación de desigualdad del imputado frente a la persecución penal y las fuertes distorsiones que podían derivarse de ella. Por otro lado, se planteó el peligro de que la investigación preliminar recobrara centralidad en el proceso penal, pues existiendo una alta probabilidad de que los antecedentes del fiscal se transformen en medios de prueba en un procedimiento abreviado, se tendería a la realización de una instrucción formalizada destinada a producir prueba utilizable directamente.[151] No debe soslayarse o minimizarse el peligro advertido por esta postura, pues lo que está en juego es la amenaza concreta de que si este procedimiento, junto al previsto en el artículo 395 CPP con el que comparte la misma estructura,[152] se tornan de aplicación mayoritaria, habremos retornado al sistema de enjuiciamiento en base a los registros de la instrucción existente con anterioridad a la reforma, con la agravante de que los registros

[149] Sólo un 0,48% del total de términos de procedimiento, lo que es valorado negativamente por algunos (cfr. BAYTELMAN/DUCE, *Evaluación de la reforma procesal penal (Estado de una reforma en marcha)*, Escuela de Derecho UDP, 2003, pp. 250 y ss.).

[150] BAYTELMAN/DUCE, cit., pp. 250-251.

[151] RIEGO (C.), "El procedimiento abreviado en Chile", en MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, cit., p. 462, aunque este autor, después de describir estas posiciones divergentes en el parlamento, añade que "las posturas planteadas no apuntan a cuestiones conceptuales, sino que más bien se trata de desconfianzas cruzadas respecto de lo que puede ocurrir o no en una realidad tan distante de la actual, que es prácticamente imposible proyectar con un mínimo de fundamento".

[152] Vid. supra cap. XII, A.2.5.5.

del nuevo sistema son de orden meramente administrativo y no de carácter jurisdiccional.

2.2. Tribunal competente

De conformidad con lo dispuesto en el art. 14 letra c) del Código Orgánico de Tribunales, es competente para conocer de este procedimiento especial el juez de garantía. En efecto, el precepto legal citado establece que le corresponderá dictar sentencia, cuando corresponda, en el procedimiento abreviado que contempla la ley procesal penal.

Las principales críticas contra la opción de legislador se concentran en la falta de imparcialidad del tribunal que juzga, pues el juez que tuvo a su cargo la resolución de todas las solicitudes e incidencias planteadas durante la etapa de investigación carece de imparcialidad al momento de fallar sobre la base de los antecedentes recogidos en dicha etapa.[153] Ya destacamos en otra parte de esta obra[154] la inadmisibilidad, en un sistema que consagra la garantía de imparcialidad del tribunal que juzga, de la concentración de las funciones de investigar y juzgar. No obstante que, en este caso, el compromiso del juez con el resultado del procedimiento es menor, pues no investiga sino que controla jurisdiccionalmente la investigación del ministerio público, hubiera sido preferible atribuir el juzgamiento del procedimiento abreviado a otro tribunal. Pareciera que el rechazo de tal posibilidad se debió a razones fundamentalmente presupuestarias.

2.3. Legitimación activa y oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado

De acuerdo con el artículo 407 CPP, sólo el fiscal podría solicitar la aplicación del procedimiento abreviado. Sin embargo, el artículo 410 CPP, en su primer inciso, hace expresa alusión a la "solicitud del fiscal y del imputado". En realidad, tratándose de

[153] En el mismo sentido, BOFILL, "El juicio oral", cit., p. 102.
[154] Vid. t. I, cap. II, C.2.1.2.1.

un procedimiento que no puede aplicarse sin el consentimiento del imputado, pareciera evidente que su voluntad debe ser considerada por quien corresponda. El fiscal deberá evaluar la solicitud del imputado o el juez de garantía remitir su petición al fiscal a cargo del caso.

Conforme al Código Procesal Penal, existen dos oportunidades y formas para que el fiscal solicite al juez de garantía la aplicación del procedimiento abreviado, las que se desprenden de la remisión que hace el art. 407 al art. 248 CPP.[155] Tales son, por escrito, al formular la acusación, o verbalmente, en la audiencia de preparación del juicio oral. Modificando una opinión anterior, estimamos que no es posible solicitar este procedimiento especial en la audiencia de formalización de la investigación, por la vía del juicio inmediato.[156] En efecto, no sólo existe una norma que expresamente señala la oportunidad procesal en que tal procedimiento puede solicitarse, sino que por su estructura y naturaleza, es imprescindible que se haya agotado la investigación del hecho imputado y de la participación a fin de que el tribunal cuente con el máximo de antecedentes para la resolución de la correspondiente solicitud. La necesidad de evitar errores o condenas injustas hacen aconsejable esta posición interpretativa.[157]

2.4. Negociación previa y alcance de la misma

La ley señala que en el caso de solicitud verbal de aplicación del procedimiento abreviado en la audiencia de preparación del juicio oral, el fiscal y el acusador particular, si lo hubiere, podrán modificar su acusación, así como la solicitud de pena, a fin de permitir la aplicación del procedimiento abreviado (art. 407 CPP). Esta norma ratifica el hecho que este procedimiento admite la posibilidad de una negociación previa entre imputado y acusador oficial e, incluso, acusador particular. Aunque la ley no lo

[155] Vid. t. I, cap. VII, B.10.2.

[156] Cfr. t. I, cap. VII, B.7.4.3.

[157] Vid. CHAHUAN (S.), *Manual del nuevo procedimiento penal*, 2ª ed., Ed. Conosur, Santiago, p. 220; también Instructivo Nº 27, Fiscalía Nacional del Ministerio Público, *Reforma Procesal Penal*, Instructivos Generales Nºs 26-50, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, pp. 49 y ss.

diga expresamente, tal posibilidad se planteará, también, cuando la solicitud se efectúe por escrito. Lo que ocurre es que, en este caso, la acusación expresará ya el contenido del acuerdo alcanzado.

De allí entonces que la cuestión más debatida sea el *alcance* de la negociación. Evidentemente, no podría tratarse sólo de un acuerdo sobre la calificación jurídica, porque ella dependerá de los hechos y antecedentes aceptados y no de la voluntad de las partes. Pero también es claro que no podrá basarse en hechos que no consten en la investigación. En efecto, el reconocimiento de un hecho en la acusación que no halle su fundamento en los antecedentes no vincula al juez.[158] Como el fiscal no puede falsear los antecedentes de la investigación, las opciones disponibles serían las siguientes: omitir aquellos que den cuenta de hechos que perjudiquen al imputado,[159] producir antecedentes que lo favorezcan[160] o basarse en la insuficiente acreditación de un determinado hecho o circunstancia, en la medida que el estándar de convicción es el mismo que rige en el juicio oral.[161]

El problema que se ha esbozado precedentemente es de gran importancia, pues dice relación con la posibilidad de que el ministerio público invada facultades estrictamente jurisdic-

[158] Se dejó constancia expresa en el Senado sobre la "necesidad de reforzar el control que el juez debe efectuar [sobre los presupuestos de aplicación de este procedimiento], *a fin de evitar que se transe sobre los hechos*, en aquellos casos en que la investigación del fiscal sea insuficiente a fin de dejar en claro que el juez puede rechazar el acuerdo si su contenido no se conforma con los antecedentes de la investigación..." (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 398. El destacado es nuestro).

[159] La cuestión es discutible, atendido un nuevo delito introducido al Código Penal por la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. En efecto, el nuevo artículo 269 ter del Código Penal establece: "El fiscal del Ministerio Público que a sabiendas ocultare, alterare o destruyere cualquier antecedente, objeto o documento que permita establecer la existencia de un delito, la participación punible en él, o que pueda servir para la determinación de la pena será castigado con presidio menor en cualquiera de sus grados e inhabilitación especial perpetua para el cargo".

[160] Que no por ello han de ser falsos; piénsese, por ejemplo, en incluir antecedentes que permitan contemplar a favor del imputado las atenuantes contempladas en el artículo 11 N° 7 ó 9 del Código Penal (v. gr., boletas de consignación a favor de la víctima; o antecedentes proporcionados por el acusado que constituyan colaboración sustancial con el esclarecimiento de los hechos, etc.).

[161] Vid. infra 2.9.

cionales.[162] Efectivamente, el fiscal debe considerar, al realizar su oferta de rebaja de pena, no sólo la calidad de los antecedentes de la investigación que dan cuenta de los hechos imputados y de la participación atribuida en ellos al acusado, sino también las interpretaciones jurisprudenciales dominantes sobre el derecho aplicable, evitando aquellas que resulten discutibles, pues la determinación de la calificación jurídica del hecho y las circunstancias concomitantes, así como el tipo de participación imputada al acusado es de resorte exclusivo del tribunal. Por otro lado, el fiscal tampoco podría ofrecer al imputado una rebaja de pena que consistiera en una atenuación cuya aplicación es facultativa del tribunal como, por ejemplo, la prevista en el artículo 68 bis del Código Penal, como único mecanismo para situar la sanción bajo los límites que hacen admisible este procedimiento especial, pues corre el riesgo que ella no fuera considerada admisible por el juez.

La infracción o inobservancia de las prevenciones anteriores podría determinar la declaración de improcedencia del procedimiento abreviado si, como consecuencia del rechazo del juez al planteamiento jurídico del fiscal en su acusación, resulta aplicable una pena superior al límite planteado por la ley. En consecuencia, el control del juez al momento de decidir la aplicación del procedimiento aplicado deberá abarcar este delicado punto, lo que trae aparejadas complicaciones adicionales, como veremos.[163]

Finalmente, cabe señalar que la aceptación del procedimiento abreviado no *siempre* ha de suponer una negociación entre fiscal e imputado y, eventualmente, el querellante. Es posible imaginar supuestos en que el acusado acepte este procedimiento teniendo únicamente en consideración la *certeza* de la sanción que se le impondrá, para evitarse el juzgamiento en un juicio oral o, sencillamente, porque confía en que será absuelto.[164]

---

[162] Se dejó constancia en la Cámara de Diputados que "...no puede entenderse que aun sobre la base de aceptación de los hechos, el juez tenga necesariamente que condenar, porque ello significaría legalizar un allanamiento a una condena y atribuirle una función jurisdiccional al acuerdo entre el fiscal y el imputado, en desmedro de las facultades naturales del órgano jurisdiccional". Ello es coherente con un sistema penal orientado por el principio de legalidad en materia penal, que atribuye la jurisdicción a los jueces y que prohíbe al ministerio público ejercer funciones jurisdiccionales (art. 80 A inciso 1° CPR).

[163] Vid. infra 2.7.1.

[164] Sobre estos aspectos ventajosos del procedimiento abreviado se extiende RIEGO, "El procedimiento abreviado", cit., p. 466.

2.5. Presupuestos para la concesión del procedimiento abreviado

El legislador ha establecido tres requisitos para la aplicación de este procedimiento:

- Que la pena solicitada por el fiscal en su acusación no supere un cierto límite;
- Que el imputado acepte los hechos materia de la acusación y los antecedentes de la investigación que la funden; y
- Que el querellante, si lo hubiere, no se oponga al procedimiento abreviado o, si lo hace, su oposición no se considere fundada.

Seguidamente examinaremos cada uno de estos requisitos.

2.5.1. *Pena solicitada por el fiscal*

Este pacto sobre el procedimiento es procedente cuando el fiscal requiera en su acusación la imposición de una pena privativa de libertad no superior a cinco años de presidio o reclusión menores en su grado máximo, o bien cualesquiera otras penas de distinta naturaleza, cualquiera fuere su entidad o monto, ya fueren ellas únicas, conjuntas o alternativas (art. 406 inciso 1° CPP).[165]

Se trata, pues, de la pena *concreta* solicitada por el fiscal en su escrito de acusación; de allí que este procedimiento pueda aplicarse aun respecto de delitos graves, como los crímenes, respecto de los cuales el fiscal reconozca al acusado circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal que permitan hacer jugar las reglas sobre determinación de pena del Código Penal, y ellas se encuentren suficientemente acreditadas en los antecedentes de la investigación. Asimismo, es importante que la solicitud contemple, junto a la pena concreta, la individualización de las medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad[166] que resulten procedentes a fin que el tribunal se pronuncie expresamente sobre su concesión o rechazo.[167]

---

[165] Norma modificada por el art. 62 de la Ley N° 19.806, adecuatoria de la legislación nacional al Código Procesal Penal.

[166] Contempladas en la Ley N° 18.216, de 1983.

[167] Ello exigirá que se acompañen, antes de la dictación de la sentencia en

2.5.2. *Consentimiento del acusado y objeto del mismo*

Para que este procedimiento prospere, el fiscal debe contar con el *acuerdo* del imputado. El acuerdo recae sobre el procedimiento, no sobre la pena requerida. Empero, si el tribunal acoge la solicitud del fiscal y la sentencia es condenatoria, no podrá imponer al acusado una pena superior ni más desfavorable que la solicitada por el fiscal o el querellante, en su caso (art. 412 inciso 1° CPP), pero sí una de menor entidad a aquélla o, incluso, absolverlo. En esta limitación del tribunal radica la ventaja del acusado.

El consentimiento del imputado debe recaer sobre los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la funden. En conocimiento de los mismos, el acusado debe aceptarlos expresamente y prestar su conformidad con la aplicación del procedimiento abreviado. La ley no exige el reconocimiento de su culpabilidad, porque en definitiva ése es un problema jurídico –o más bien metafísico–[168] cuya decisión corresponde al juez. Y en tal medida admite la posibilidad de un fallo absolutorio, especialmente cuando el tribunal no alcanza, con los antecedentes de la investigación disponibles, el estándar de convicción que requiere la ley para condenar al acusado.[169]

Como se trata de la renuncia del imputado al juicio oral, la ley exige ciertos resguardos en orden a verificar la libertad y voluntariedad de su consentimiento. Por ello, se atribuye al juez de garantía la función de comprobar que el acusado conoce su derecho a exigir un juicio oral, que entiende los términos del acuerdo y las consecuencias que éste puede significarle y, especialmente, que no ha sido objeto de coacciones ni presiones indebidas por parte del fiscal o de terceros (art. 409 CPP).

---

procedimiento abreviado, los informes que emite la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile, requeridos por la Ley N° 18.216.

[168] Cfr. ROXIN (C.), "¿Qué queda de la culpabilidad en el derecho penal?", en Cuadernos de Política Criminal N° 30, Madrid, 1986, pp. 671 y ss.

[169] Vid. infra 2.9. En la tramitación parlamentaria del Proyecto se dejó expresa constancia, ante una inquietud del Fiscal Nacional, de que el procedimiento abreviado admite expresamente la absolución del acusado, y que en caso alguno debe entenderse que la mera aceptación del acusado y el acuerdo entre fiscal e imputado bastan para condenar (cfr. PFEFFER, cit., p. 392 y supra nota 63).

2.5.3. *Oposición del querellante*

El querellante puede oponerse a la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado *sólo* cuando en su acusación particular hubiere efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad criminal diferentes de las consignadas por el fiscal en su acusación y como consecuencia de ello la pena exceda el límite señalado en el artículo 406 CPP (art. 408 CPP). Por ello, aparece como recomendable incorporar a la parte querellante en la negociación previa.

Si, por el contrario, el querellante desea favorecer la aplicación del procedimiento abreviado, en la audiencia de preparación del juicio oral podrá modificar su acusación particular en cuanto ella impidiere la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado (art. 407 CPP). Si las acusaciones del fiscal y el acusador particular difieren en cuanto al monto de la pena –estando ambas, claro está, bajo el límite señalado por la ley–, la aceptación del procedimiento abreviado por el imputado debe abarcar ambas acusaciones y tener presente la posibilidad que se imponga la pena requerida más grave.

¿Qué pasa, en cambio, cuando el querellante se adhiere a la acusación del fiscal, quien requiere la imposición de una pena que excede el límite señalado por la ley para la aplicación del procedimiento abreviado, y en la audiencia de preparación del juicio oral el fiscal decide modificar su acusación para permitir dicho procedimiento?

Estimamos que, en este caso, por el solo hecho de que el fiscal modifique su acusación, la adhesión se transforma *de iure* en una acusación particular, planteándose la posibilidad que el querellante la modifique, también, por su lado o se oponga al procedimiento abreviado.

2.6. Pluralidad de acusados o de delitos

El procedimiento abreviado se aplicará sólo respecto de aquellos acusados en quienes concurrieren los presupuestos legales, o respecto de los delitos susceptibles de ser resueltos por esta vía procesal, si fueren varios los atribuidos a un mismo acusado.

En consecuencia, los delitos o acusados que fueren excluidos de este procedimiento deberán continuar por el procedimiento ordinario (art. 406 inciso final CPP). La separación de procedimientos y la oferta de uno abreviado podría plantearse especialmente respecto del coimputado que estuviera dispuesto a declarar en contra del copartícipe, también imputado, en el juicio oral. Esta situación, particularmente polémica en la doctrina, fue examinada en otra parte de esta obra.[170]

2.7. Resolución del juez de garantía sobre la solicitud de procedimiento abreviado

2.7.1. *Aceptación o rechazo del procedimiento*

Efectuada la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, el juez debe resolver. La ley establece que deberá aceptar su aplicación cuando concurran los siguientes requisitos:

a) Cuando los antecedentes de la investigación fueren *suficientes* para proceder de conformidad con este procedimiento;
b) Cuando la pena requerida no exceda del límite legal y, en el caso del querellante, si además no se hubiere opuesto al procedimiento abreviado o se hubiere rechazado su oposición; y
c) Cuando el acuerdo se hubiere prestado por el acusado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente (art. 410 inciso 1° CPP).

Los requisitos b) y c) constituyen los presupuestos de aplicación del procedimiento abreviado, que ya hemos examinado precedentemente. El control del requisito c) se efectúa a través de preguntas al imputado en que el juez se cerciora personalmente de su concurrencia en los términos señalados en el artículo 409 CPP. El juez debe ser muy cauteloso en la verificación del consentimiento del imputado, tomándose todo el

[170] Vid. supra cap. X, 3.4.2.7. También, CHAHUAN (S.), "Notas sobre la declaración de imputados y víctimas en el nuevo proceso penal", en La Semana Jurídica N° 110, cit., p. 6.

tiempo necesario en realizar su cometido,[171] pues la aceptación de éste es la única fuente de legitimidad del procedimiento y la sentencia.

Bastante más compleja y polémica ha sido la comprobación del primer requisito. Dicha exigencia plantea las siguientes interrogantes: ¿se refiere a una suficiencia cuantitativa, que no impone revisar el mérito de los antecedentes, o se refiere a un examen del fondo de los antecedentes? Si se requiere una revisión del mérito de los antecedentes, podría entenderse que se trata de un estándar de suficiencia de antecedentes para condenar al acusado. Por el otro lado, un examen cuantitativo pareciera absurdo y sin ningún sentido: ¿cuántos antecedentes serían suficientes en cada caso, 2, 4, 5 ó 10? En tanto el procedimiento abreviado admite la dictación de una sentencia absolutoria, evidentemente no puede tratarse de un estándar de convicción sobre la culpabilidad del sujeto. El problema es que el juez de garantía que decide sobre la aplicación del procedimiento abreviado es quien luego dictará la sentencia definitiva, condenando o absolviendo al acusado. Se produce el clásico conflicto del juez en el antiguo procedimiento inquisitivo: la imposibilidad psicológica de que se desdoble, primero, resolviendo sin prejuzgar la solicitud sobre el procedimiento abreviado para, después, fallar imparcialmente sobre los cargos imputados, decidiendo su absolución o condena.

En nuestra opinión, el requisito en estudio debe ser entendido como *suficiencia razonable.*[172] Es decir, no se requiere un examen del mérito de los antecedentes, sino sólo verificar que existe al menos un antecedente, aunque sea sucinto, para comprobar cada elemento de la acusación, tanto en lo que se refiere al delito imputado, la participación y las circunstancias modificatorias de responsabilidad criminal atribuidas al hecho

[171] RIEGO propone algunas preguntas que el juez podría hacerle al imputado (cfr. "El procedimiento abreviado", cit., p. 459).

[172] Así parece desprenderse, por otra parte, de la discusión habida en el Senado con ocasión de la tramitación parlamentaria del Proyecto. Cfr. PFEFFER, cit., p. 398. Allí se acordó dejar constancia expresa de las siguientes circunstancias: primero, la necesidad de "reforzar el control que el juez debe efectuar (...) a fin de evitar que se transe sobre los hechos, en aquellos casos en que la investigación del fiscal sea insuficiente"; y, segundo, "que el juez puede rechazar el acuerdo si su contenido no se conforma con los antecedentes de la investigación".

o al autor.[173] Este control todavía dejaría margen para que luego, en el examen sobre el fondo de dichos antecedentes, el tribunal pudiera absolver por ausencia de convicción sobre la culpabilidad del acusado.

Si el juez considera que los antecedentes reunidos por el fiscal son insuficientes, que el consentimiento del imputado no ha sido prestado libre y voluntariamente y con pleno conocimiento de sus derechos, que la pena requerida por los acusadores sobrepasa el límite legal o acepta la oposición del querellante, deberá rechazar el procedimiento abreviado y continuar con la audiencia de preparación del juicio oral hasta la dictación del auto de apertura. Pero, además, el juez de garantía deberá denegar la aplicación del procedimiento abreviado si una errónea apreciación de los hechos o circunstancias del caso o una calificación jurídica de los mismos determinara la aplicación de una pena que excediera el límite máximo que permite este procedimiento (artículo 406 CPP). En caso alguno puede admitirse, como hacen algunos autores, que en este supuesto debe aplicarse la pena solicitada por el fiscal o el querellante, entendiendo que la disposición contenida en el inciso 1° del art. 412 CPP es una norma "sustantiva" sobre determinación de pena, que prevalecería sobre el Código Penal.[174] Esta interpretación infringe abiertamente la disposición del artículo 406 CPP, que señala el ámbito de aplicación de este procedimiento especial. La restricción impuesta en dicha disposición legal se debe a una definición político-criminal previa del legislador, esto es, a la prohibición de su aplicación a delitos graves, pues allí sólo se considera legítima la realización del juicio.[175]

Entre los efectos del rechazo a la solicitud de tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento están las siguientes:

a) Se tendrán por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes a

[173] Bastaría con la invocación, en la solicitud de aplicación de este procedimiento, con efectuar una mención de tales antecedentes y el elemento de la acusación pública o particular al cual se refieren.

[174] CERDA/HERMOSILLA, *El procedimiento abreviado*, Ed. Metropolitana, 2002, p. 47.

[175] Cfr. PFEFFER, cit., p. 392. En efecto, la Cámara de Diputados dejó constancia de que "se impide la renuncia del acusado al juicio oral en los casos en que se arriesguen penas privativas de libertad de larga duración...".

que se refiere el inciso 2° del art. 406 CPP, como tampoco las modificaciones de la acusación o de la acusación particular efectuadas para posibilitar la tramitación abreviada del procedimiento. Evidentemente, para que el acusado sea juzgado imparcialmente por el tribunal de juicio oral en lo penal competente, se requiere regresar a la situación jurídica anterior a la solicitud de procedimiento abreviado.

b) El juez dispondrá que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado sean eliminados del registro. Para reforzar el efecto anterior, se plantea no sólo la eliminación de estos antecedentes del registro sino también una prohibición de invocarlos, dar lectura o incorporar como medio de prueba al juicio oral.[176]

Si el juez considera que concurren todos los presupuestos que señala el art. 410 CPP, dispondrá la tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado.

2.7.2. *Posibilidad de interponer recursos*

Ninguna de estas dos resoluciones resulta susceptible de impugnación por la vía del recurso de apelación. En efecto, sólo son apelables las resoluciones del juez de garantía cuando pusieren término al procedimiento, hicieren imposible su prosecución o lo suspendieren por más de treinta días, y cuando la ley lo señale expresamente (art. 370 CPP). Ninguna de estas hipótesis concurre en los casos indicados, ni puede entenderse que hay término o suspensión del procedimiento cuando el juez de garantía *rechaza la solicitud* de procedimiento abreviado, pues en tal caso nunca se ha abandonado el procedimiento ordinario por crimen o simple delito, el que debe pasar a su fase de juicio oral.[177] En efecto, el inciso 2° del art. 410 CPP es claro y preciso:

[176] Vid. supra cap. X, 3.4.2.8.1.

[177] Las resoluciones que conceden el recurso de apelación o acogen los recursos de hecho que se presentan directamente ante las Cortes de Apelaciones son abiertamente contrarias al tenor expreso de la ley, que redujo el ámbito de aplicación de dicho recurso. Sobre este recurso, vid. infra cap. XI, C.

si el tribunal rechaza la solicitud de procedimiento abreviado "dictará el auto de apertura del juicio oral".

Por otro lado, el superior jerárquico sólo se encuentra autorizado para revisar los presupuestos de aplicación del procedimiento abreviado con ocasión del recurso de apelación interpuesto en contra de la *sentencia definitiva*.[178] En efecto, de conformidad con la norma contenida en el art. 414 inciso 2° CPP, en relación con la del inciso 1°, "[e]n el conocimiento del recurso de apelación [contra la sentencia definitiva], la Corte podrá pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado previstos en el artículo 406".

2.8. Trámites del procedimiento abreviado

Una vez acordado el procedimiento abreviado, el juez debe abrir debate entre las partes, otorgando primero la palabra al fiscal, quien efectuará una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de investigación que la funden y, luego, a los demás intervinientes. La exposición final corresponde siempre al acusado (art. 411 CPP).

En consecuencia, los intervinientes tienen todavía la posibilidad de hacer las alegaciones o interpretaciones que consideren pertinentes, las que normalmente versarán sobre la calificación jurídica de los hechos, la participación o las circunstancias que den lugar a una atenuación o agravación de la pena o la exención o extinción de la responsabilidad criminal, o sobre la naturaleza y grado de la pena. Todas ellas deberán hacerse exclusivamente sobre la base de *los hechos y antecedentes* de la investigación aceptados por el acusado y que estuvieren a disposición del juez de garantía. Si un hecho no tuviese ningún respaldo en los antecedentes aportados, deberá ser ignorado por el tribunal, y en caso alguno, podrá servir para fundar una sentencia condenatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 412 inciso 2° CPP.

[178] Vid. infra 2.10.

2.9. FALLO Y SENTENCIA

Terminado el debate, el juez deberá emitir su fallo de absolución o condena. En cuanto existe una remisión general a las normas del procedimiento ordinario y no existen normas expresas sobre el particular,[179] deben considerarse aplicables a este procedimiento especial las disposiciones generales sobre valoración de la prueba y estándar de convicción,[180] de modo que si no se alcanza dicha convicción el tribunal deberá absolver al acusado. Como hemos señalado repetidamente, el procedimiento abreviado no excluye en modo alguno la posibilidad de una sentencia absolutoria. Rechazando la posición de que este procedimiento sólo podía dar lugar a un fallo condenatorio, en el que únicamente se fijase la cuantía de la pena,[181] la Cámara de Diputados señaló que "no puede entenderse que aun sobre la base de la aceptación de los hechos, el juez tenga necesariamente que condenar, porque ello significaría legalizar un allanamiento a una condena y atribuirle un sentido jurisdiccional al acuerdo entre el fiscal y el imputado, en desmedro de las facultades naturales del órgano jurisdiccional".[182] Y añadió que, "aquí, el imputado acepta que los antecedentes reunidos por el fiscal son ciertos, en general. El juez tiene que indagar dentro de esos antecedentes y, sobre la base de ellos, puede absolver".[183] Se señaló que, en todo caso, debía absolver "si concurre alguna causal de extinción de la responsabilidad penal".[184]

En el caso de un fallo condenatorio, no podrá imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el fiscal o el querellante, en su caso (art. 412 inciso 1° CPP). En cuanto son aplicables supletoriamente las disposiciones del procedimiento ordinario, estimamos posible que el tribunal difiera la redacción de la sentencia fijando la fecha de la audiencia de lectura de la misma en los términos expresados en el artículo 344 CPP. El con-

[179] Vid. infra 2.11.
[180] Vid. infra cap. X, 3.7. y 3.8.1.
[181] Cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 392.
[182] Ibíd., p. 392.
[183] Ibíd., p. 393.
[184] Ibíd., p. 392. Al parecer, este término no se utilizó en su sentido estricto, abarcándose las hipótesis de exención de responsabilidad criminal o de exclusión de pena.

tenido de la sentencia, como veremos, se rige por las reglas generales, debiendo su fundamentación de hechos hacerse en relación con la aceptación del imputado, los antecedentes de la investigación y el contenido del debate.

2.9.1. *Limitaciones del fallo*

De conformidad con el inciso 2° del artículo 412 CPP, la sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado. En otras palabras, no basta con su solo acto de voluntad, pues es necesario que éste guarde correspondencia con algún antecedente de la investigación. De allí que se plantee la exigencia de una mínima actividad probatoria.[185] Sin embargo, es importante dejar constancia de que en el texto propuesto por el Ejecutivo la limitación no se refería a la aceptación del imputado, sino a las diligencias policiales. En efecto, en él se establecía que "[l]a sentencia condenatoria no podrá emitirse exclusivamente sobre la base de diligencias policiales", entendiéndose esta norma como una exigencia al ministerio público para que desarrollara una cierta actividad probatoria a fin de "alcanzar su propia convicción sobre los hechos, sin descansar únicamente en los partes policiales". Finalmente se consideró que la exigencia mínima no debía estar referida a los partes policiales, sino a la mera aceptación de los hechos por parte del acusado. No obstante, es importante destacar que el fundamento de la limitación respecto de los partes policiales no se refería únicamente a la exigencia de una mínima actividad probatoria, sino también a la ausencia de control efectivo y de garantías suficientes en las primeras actuaciones de la policía respecto del imputado, determinadas por la inevitable discrecionalidad en el ejercicio de sus facultades represivas del delito.[186] Esta situación

[185] El concepto fue utilizado también por la Cámara de Diputados, aunque en el contexto original de esta norma, aludiéndose a los estándares probatorios fijados por el tribunal constitucional español (cfr. PFEFFER, cit., p. 399).

[186] Vid. DUCE/GONZALEZ, "Policía y Estado de derecho: problemas en torno a su función y organización", en Revista Pena y Estado N° 3 (Policía y sociedad democrática), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 51 y ss.; también RUSCONI (M.), "Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones", en Revista Pena y Estado N° 3, cit., pp. 189 y ss.

hacía desaconsejable basar una condena en los partes policiales, por las sospechas de ilegitimidad que podrían pesar sobre ella.[187]

El procedimiento abreviado requiere, aunque sea de manera muy precaria, alguna vinculación con la verdad establecida en la investigación[188] y, de este modo, con el principio de legalidad de los delitos y las penas. Esta limitación también tiene una dimensión garantista: la evitación de los abusos y excesos que ofrece la larga historia de la confesión como *probatio probatissima.* En consecuencia de lo que se trata es de impedir que la sola aceptación signifique una condena automática que pudiera conducir a errores.[189] Este es, también, el fundamento de la restricción que se plantea en el artículo 340 inciso final CPP.[190]

Se señala expresamente que el procedimiento abreviado no obsta a la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando corresponda (art. 412 inciso 3° CPP). Es decir, que aunque no se haya solicitado por los acusadores o el acusado la aplicación de alguna medida alternativa, como las que se contemplan en la Ley N° 18.216, el juez de garantía podrá concederla en la sentencia si se cumplen sus requisitos. El problema radicaría en la realización del denominado "informe presentencial"[191] que si no ha solicitado con anticipación, no podría –en la mayoría de los casos– elaborarse en el término extremadamente breve que plantea el artículo 344 CPP, aplicable a la especie por la remisión que hace el art. 415 CPP. En todo caso, la última oportunidad para acompañarlos es la audiencia de determinación de pena.[192]

Finalmente, se establece que la sentencia no podrá pronunciarse sobre la demanda civil que hubiere sido interpuesta (art. 412 inciso 4° CPP). Esta norma es natural corolario del carácter sumario del procedimiento abreviado, que impide tratar

---

[187] Al respecto, vid. MAIER, *Derecho procesal penal. Sujetos procesales,* cit., pp. 422 y ss.

[188] Ello también constituyó una limitación del procedimiento inquisitivo antiguo, que impedía que se acreditara el cuerpo del delito con la pura confesión del imputado (cfr. art. CdPP).

[189] RIEGO, "El procedimiento abreviado", p. 460.

[190] Vid. supra cap. X, 3.8.1.

[191] Ellos son solicitados a la Sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile para cumplir con los requisitos establecidos en los arts. 4° letra c), 8° letra c) y 15 letra c) de la Ley N° 18.216.

[192] Vid. supra cap. X, 3.9.

con la debida latitud las cuestiones relacionadas con el ejercicio de la acción civil derivada del hecho punible.[193]

2.9.2. *Contenido de la sentencia*

La sentencia que se dicte en el procedimiento abreviado debe contener las siguientes menciones (art. 413 CPP):

a) El tribunal, la fecha de su dictación y la identificación de los intervinientes;
b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hubieren sido objeto de la acusación y de la aceptación por el acusado, así como de la defensa de éste;
c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos que se dieren por probados sobre la base de la aceptación que el acusado hubiere manifestado respecto a los antecedentes de la investigación, así como el mérito de éstos, valorados en la forma prevista en el artículo 297;
d) Las razones legales o doctrinales que sirvieren para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar su fallo;
e) La resolución que condena o absuelve al acusado. La sentencia condenatoria debe fijar las penas y pronunciarse sobre la aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley;
f) El pronunciamiento sobre las costas; y
g) La firma del juez que la haya dictado.

Al igual que ocurre con el procedimiento ordinario, el legislador exige que la sentencia se encuentre motivada y se valoren los antecedentes de la investigación. Sin embargo, estos deberes tienen menor trascendencia que en aquél, pues como hemos puesto repetidamente de manifiesto, el procedimiento abreviado no cumple con el esquema cognoscitivo de justificación de la decisión jurídico-penal.[194] Sin embargo, la circunstancia que la ley exija la existencia de correspondencia entre los hechos aceptados y los antecedentes de la investigación plantea,

[193] Más latamente sobre este tema, vid. infra cap. XIV, 1.
[194] Vid. tomo I, cap. I, 2. y cap. X, 1.

aunque de un *modo no satisfactorio* desde una perspectiva garantista, la posibilidad de verificación fáctica de los hechos materia de la acusación y de su calificación jurídica, esto es, el control jurisdiccional –con cierto valor cognitivo– de los presupuestos de la responsabilidad penal y de la pena. De allí que el procedimiento abreviado no sea del todo equiparable al *plea bargaining* norteamericano, en el que la oferta del fiscal y la conformidad del acusado resultan vinculantes para el juez.

La valoración de los hechos aceptados por el acusado y de los antecedentes de la investigación (en rigor, no puede hablarse de "prueba") debe hacerse con libertad, aunque sin contradecir los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicamente afianzados. El juez de garantía deberá hacerse cargo en su fundamentación de todos los hechos aceptados por el acusado y de los antecedentes que los fundan, incluso los que hubiere desestimado, indicando las razones tenidas en cuenta para hacerlo. Asimismo, el señalamiento de los antecedentes que sirvieron para tener por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias deberá permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones de la sentencia (art. 297 CPP). Por otro lado, y como señaláramos, la convicción del tribunal respecto de la culpabilidad del acusado debe estar exenta de dudas razonables (art. 340 inciso 1° CPP). De modo que si los hechos y antecedentes de la investigación, aceptados por el imputado, no alcanzan para formar su convicción conforme a este exigente estándar, deberá absolverlo de los cargos formulados en su contra.

La sentencia que condene a una pena temporal deberá expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijará el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento (art. 413 inciso 1° CPP). Esta norma guarda estricta coherencia con la contenida en el artículo 26 del Código Penal, que señala que la duración de las penas temporales empezará a contarse desde el día de la aprehensión del "procesado".

Finalmente, la sentencia condenatoria deberá disponer, también, el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando fuere procedente. Esta norma resulta superflua a la luz de lo dispuesto por el artículo 30 del Código Penal.

2.10. Recursos

La sentencia definitiva dictada por el juez de garantía en el procedimiento abreviado sólo puede ser impugnada a través del recurso de apelación, el que deberá concederse en ambos efectos (art. 414 inciso 1° CPP).

El mantenimiento de este sistema de impugnación, similar al general existente en el proceso penal antiguo, pone de manifiesto una identidad sustancial: en ambos casos, se trata de fallos sobre registros cuyo contenido puede ser revisado a través de una nueva lectura de aquéllos por el tribunal superior. Existen, empero, dos aspectos que podrían ser especialmente relevantes en la tramitación y fallo del recurso por el tribunal *ad quem*, y que constituyen una novedad respecto del sistema anterior.[195] El primero es que la vista del recurso de apelación, como en general respecto de cualquier recurso, se realiza en audiencia pública, sin previa relación, y a través de un debate en que intervienen las partes y los miembros del tribunal, formulando preguntas, pidiendo aclaraciones sobre los hechos o sobre los argumentos vertidos (art. 358 CPP). El segundo es que la ley permite que la Corte de Apelaciones respectiva se pronuncie no sólo sobre el contenido de la sentencia recurrida, sino también acerca de la concurrencia de los presupuestos mismos del procedimiento abreviado (art. 414 inciso 2° CPP). Esta norma resulta bastante llamativa y excepcional, pues permite la revisión de oficio de dichos presupuestos, aunque no se haya causado agravio al acogerse la solicitud de aplicación del procedimiento abreviado, como se requiere respecto de todos los recursos (art. 352 CPP). La razón de esta regla radica en la importancia del acuerdo del acusado como principal fundamento de legitimidad del procedimiento abreviado y de la sentencia que recae en él. En efecto, el legislador ha querido conferir a otro tribunal, colegiado y de mayor jerarquía, la facultad de controlar nuevamente el consentimiento del imputado y de los demás requisitos de procedencia del mismo, para disminuir al máximo las posibilidades de abuso o arbitrariedad en su utilización.

[195] Así, también, RIEGO, "El procedimiento abreviado", cit., pp. 460-461.

La interrogante que a continuación surge es la siguiente: ¿por qué simplemente no se concedió a las partes la posibilidad de recurrir de apelación en contra de la resolución que acoge o rechaza la solicitud de tramitación del caso conforme a las reglas del procedimiento abreviado? La respuesta a esta interrogante requiere distinguir ambos supuestos. En nuestra opinión, la ley no quiso abrir la puerta a la impugnación de la resolución que *rechaza* el procedimiento abreviado, en la medida que este procedimiento es excepcional y supone el enjuiciamiento del sujeto sin las garantías del juicio oral. Cualquier sospecha de ilegitimidad del acuerdo que constituye el fundamento y justificación del procedimiento abreviado debe hacer prevalecer las reglas generales, que resultan más garantistas para el acusado. De allí que *sólo* cuando la solicitud de procedimiento abreviado es *acogida* puede, en rigor, efectuarse una nueva revisión de los presupuestos de aplicación del procedimiento abreviado, pues sólo en este caso habrá una sentencia definitiva recaída en un procedimiento abreviado (art. 414 CPP). Si no se concedió *antes* el recurso de apelación, esto es, al momento de acogerse la solicitud de procedimiento abreviado, fue probablemente porque ello habría significado la suspensión de su tramitación hasta la resolución de recurso por el tribunal superior –si hubiese procedido la apelación en ambos efectos–, o todo lo obrado por el tribunal *a quo* estaría sujeto a la ratificación posterior del tribunal superior, si la apelación hubiese procedido en el solo efecto devolutivo; situación que en sus efectos es del todo análoga a la regulación del inciso 2° del artículo 414 CPP.

2.11. Supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario

El artículo 415 CPP establece que en lo no previsto por las disposiciones del Título III del Libro IV del Código Procesal Penal, referidas al procedimiento especial abreviado, deberán aplicarse las normas comunes del Código y las disposiciones del procedimiento ordinario. En consecuencia, se aplican supletoriamente las normas contenidas en los Libros I ("Disposiciones generales") y II ("Procedimiento ordinario") del Código Procesal Penal.

C. *PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCION PENAL PRIVADA*

1. INTRODUCCION

Hemos visto en otro lugar de esta obra en qué consiste este régimen de persecución penal, analizando sucintamente sus características principales y el catálogo de delitos que están sometidos al mismo.[196] Este procedimiento tiene gran preponderancia allí donde se han conferido importantes atribuciones procesales a la víctima en la persecución penal de los delitos, esto es, incluso en el procedimiento de acción penal pública, por la posibilidad de que el querellante fuerce su continuación en determinados casos y se sustituya al ministerio público.[197] Junto con una mayor consideración de la víctima en el proceso penal, parece inevitable la tendencia a la privatización del derecho penal[198] y, con ella, el peligro del renacimiento de la pena privada,[199] relativizándose el papel del Estado en el derecho penal y en la aplicación de la pena. Esta problemática, que ha generado una vasta literatura en el derecho comparado, no ha concitado, sin embargo, la atención de nuestro medio académico.[200] Por otro lado, el impacto de las nuevas instituciones "privatizadoras" del nuevo proceso penal está todavía por verse. No obstante, hay que destacar que el número de delitos que pueden perseguirse conforme al procedimiento de acción penal privada es bastante reducido, desechándose la propuesta del Proyecto del Ejecutivo que contemplaba un catálogo mayor.[201] Por otra parte, existe un obstácu-

[196] Cfr. t. I, cap. V, 3.

[197] Sobre el forzamiento de la acusación y sus efectos, cfr. t. I, cap. VII, B.10.6.

[198] Además de lo ya señalado en t. I, cap. III, E.2.1., cfr. HASSEMER (W.), "Rücksichten auf das Verbrechensopfer", en KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag*, Köln, 1983, tomo II, pp. 226 y ss. También, QUINTERO OLIVARES, "La llamada privatización del derecho penal", en Revista de Derecho y Proceso Penal, Nº 6, 2001, pp. 13 y ss.

[199] Cfr. GROSSFELD, *Die Privatstrafe*, Frankfurt a.M./Berlin, 1961, STOLL, "Schadenersatz und Strafe", en VON CAEMMERER/MENTSCHIKOFF/ZWEIGERT (eds.), *Ius privatum gentium*, festschrift für Max Rheinstein, Tübingen, 1969, pp. 569 y ss.; y HIRSCH, "Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht", en BOCKELMANN/KAUFMANN/KLUG (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M., 1969, pp. 305 y ss.

[200] La escasa literatura existente se enuncia en el t. I, cap. III, E.2.1.

[201] Cfr. tomo I, cap. V, 3.

lo formidable para incentivar a la víctima a ejercer la acción penal privada o forzar la acusación, a saber, la carga económica y procesal de asumir la posición del acusador público. En efecto, la víctima no sólo debe ser representada en el procedimiento por un abogado que actúe como querellante, sino que debe asumir los gastos y las costas del procedimiento si el imputado es absuelto o sobreseído definitivamente (art. 48 CPP). De allí que la privatización del derecho penal sea, por ahora, más un anuncio que una realidad.

La regulación del procedimiento de acción penal privada en el CPP chileno es extremadamente concisa, planteándose como normas supletorias las del procedimiento simplificado, con excepción de la posibilidad de suspender la imposición de la condena. Como se verá, el legislador ha mantenido, en lo esencial, las disposiciones del antiguo Código de Procedimiento Penal sobre la materia.[202]

Característica principal de este procedimiento es la exclusión de la intervención del ministerio público en el procedimiento y la atribución de poder exclusivo de persecución al querellante.[203] Por consiguiente, el impulso procesal radica enteramente en este interviniente y, como el interés preponderante en la persecución penal del hecho es de carácter privado, es posible la renuncia de la acción penal a través del desistimiento, hecho que determinará el sobreseimiento definitivo del procedimiento. Como contrapartida, la inactividad del querellante puede acarrearle una grave sanción procesal, a saber, el abandono de la acción penal privada y la consiguiente resolución de sobreseimiento definitivo. Todo el procedimiento depende de la actuación del querellante, lo que puede constituirse en una pesada carga procesal.[204]

---

[202] Arts. 571 y ss. CdPP.

[203] Lo que no siempre ocurre en el derecho comparado. Así, en Alemania, el ministerio público puede intervenir en este procedimiento cuando exista un "interés público" comprometido (parágrafo 376, OPP); así sucederá, por ejemplo, en las injurias dirigidas a un círculo amplio de personas o proferidas por motivos racistas. En estos casos, el ministerio público puede, desde un principio, iniciar el procedimiento o asumir la persecución de uno ya iniciado (parágrafo 377, OPP): la víctima sólo podrá seguir actuando como querellante adhesivo (*Nebenkläger*) (parágrafos 395, 396, OPP).

[204] Así, claramente en el derecho procesal penal alemán; cfr. ESER, "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en MAIER (comp.), *De los delitos y de las víctimas,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 21 y ss.

El protagonismo del querellante en el procedimiento no sólo se verifica en los delitos de acción privada, sino también en el forzamiento de la acusación y en la hipótesis a que se refiere el inciso 3° del artículo 270 CPP,[205] incluso de modo más radical que en otras legislaciones del derecho comparado que sirvieron de modelo al Código Procesal Penal. Así, por ejemplo, la Ordenanza Procesal Penal alemana contempla, en los parágrafos 172 y siguientes, el denominado procedimiento de forzamiento de la acusación, que no admite la posibilidad de que el querellante reemplace al fiscal del ministerio público y lo subrogue en sus derechos y facultades para perseguir la aplicación de una pena. Si el ofendido considera que el fiscal ha archivado una causa infringiendo el principio de legalidad, puede recurrir a un tribunal para que lo fuerce a acusar si éste comparte su postura.[206] Pero es el ministerio público quien debe continuar el procedimiento interponiendo el correspondiente escrito de acusación. El querellante sólo podrá acompañarlo como querellante adhesivo.[207]

2. TRAMITACION DEL PROCEDIMIENTO DE ACCION PENAL PRIVADA

2.1. TRIBUNAL COMPETENTE

Tribunal competente para el conocimiento y resolución de los casos tramitados conforme a este procedimiento es el juez de

[205] Vid. supra cap. VIII, 2.4.3.1.

[206] Este procedimiento ha sido objeto de una importante controversia en la doctrina alemana, pues se señala que el ministerio público es independiente del Poder Judicial y, por tanto, no debiera encontrarse vinculado por decisiones judiciales que afecten su prerrogativa de ejercer o no la acción penal. El fundamento constitucional de este procedimiento se ha querido ver en el art. 19.4 de la Ley Fundamental, concretamente, en la protección de derechos subjetivos públicos que se conceden al ofendido para la protección del principio de legalidad y contra el monopolio de la acusación que el Estado tiene (KÜPPER, "Das Klageerzwingungsverfahren", Jura 90, pp. 281 y ss.; RIESS, "Kostenfolgen des Klageerzwingungsverfahren", *NSTz* 90, pp. 6 y ss.; FRISCH, Der Begriff des "Verletzten" im Klageerzwingungsverfahren", *JZ* 74, pp. 7 y ss.). Sobre la discusión parlamentaria habida en torno a la concreta configuración del forzamiento de la acusación en el Código Procesal Penal, vid. tomo I, cap. VII, B.10.6; también, PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 270 y ss.

[207] KÜHNE (H.H.), *Strafprozessrecht*, 5ª ed., Heidelberg, 1999, pp. 239-240.

garantía. Se plantean a su respecto las mismas críticas invocadas para el procedimiento simplificado y abreviado,[208] pues este tribunal carece de imparcialidad en el juzgamiento del delito si ha debido intervenir en etapas previas del mismo.[209]

2.2. Delitos que deben ser perseguidos a través de este procedimiento

Conforme al artículo 55 CPP, son delitos de acción penal privada los siguientes:[210]

a) La calumnia y la injuria;
b) La falta descrita en el N° 11 del artículo 496 del Código Penal;
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.

---

[208] Vid. supra, caps. XII, A.2.2. y XII B.2.2.

[209] Lo que ocurrirá si el querellante ha solicitado la realización de diligencias previas. Vid. infra 2.5.

[210] En el artículo 63 del Proyecto del Ejecutivo se contemplaban los siguientes delitos de acción privada: la calumnia y la injuria; el estupro; la falta contenida en el art. 496 N° 11 CP; la provocación al duelo y el denuesto o descrédito público por no haberlo aceptado; el giro fraudulento de cheque contenido en el DFL 707 de 1982; la comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado está o ha estado empleado; y el matrimonio del menor llevado a cabo sin el consentimiento de quienes deben autorizarlo. El estupro fue suprimido del catálogo por haber sido sometido al régimen de la acción penal pública previa instancia particular por la Ley N° 19.617, aunque por lo dispuesto en el artículo 53 inciso 1° CPP siempre deba ser considerado un delito de acción penal pública. También fue suprimido de la lista el delito de comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado está o ha estado empleado, por considerar el Senado que este caso debiera asimilarse al de los delitos previstos en la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial; "toda vez que si el ofendido decide denunciar los hechos, el interés público aconseja que siga la persecución penal conforme a las reglas generales". En consecuencia, se sometió la persecución de este delito al régimen de la acción penal pública previa instancia particular. Con relación al delito de giro fraudulento de cheque, se suprimió su inclusión en este catálogo sobre la base de que se "afectaría su eficacia como título de crédito". Sin embargo, la ley adecuatoria, como veremos, lo sometió en algunas hipótesis a este régimen de persecución (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 74-5; t. I, cap. V, 3).

Sin embargo, este catálogo no es taxativo. Existen otras hipótesis previstas en leyes penales especiales, de indudable relevancia, que deben ser incluidas en él. Así, el artículo 38 de la Ley N° 19.806, sobre normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal, modificó el Decreto con Fuerza del Ley N° 707, de 1982, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques.

De este modo, se sustituyó el artículo 42 de dicho cuerpo legal y se concedió únicamente acción penal privada al tenedor de un cheque protestado para la persecución de los delitos previstos y sancionados en el artículo 22 que deriven del giro doloso del cheque efectuado por un librador en los siguientes casos:

i. Cuando no cuente de antemano con fondos o créditos disponibles suficientes en su cuenta corriente, y
ii. Cuando hubiere retirado los fondos disponibles después de expedido el cheque, o
iii. Cuando hubiere girado sobre cuenta corriente cerrada.

La ley añade que los restantes delitos establecidos en el artículo 22 y los contenidos en el artículo 43 de la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques confieren, en cambio, acción penal pública al tenedor del cheque protestado, pero se añade que "los fiscales del ministerio público sólo iniciarán la investigación cuando se les presente el cheque protestado y la constancia de haberse practicado la notificación judicial del protesto y de no haberse consignado los fondos en el plazo indicado en el mismo artículo 22, sea que se haya opuesto o no tacha de falsedad en el momento del protesto, o dentro de los tres días siguientes a la notificación judicial del mismo". Esta disposición establece, pues, una condición objetiva de procedibilidad. En consecuencia, el ministerio público no podrá perseguir penalmente estos delitos mientras no se hayan cumplido tales requisitos legales previos, so pena de nulidad de todo lo obrado.

El sometimiento a un diferente régimen de persecución penal de los delitos contemplados en la Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques se funda en el mayor o menor interés público comprometido en su realización. Así, existe un mayor interés en la persecución penal pública de aquellos delitos que reflejen de modo más evidente la existencia de ánimo defrau-

datorio. Así, el inciso 8° del artículo 22 de la señalada ley expresa que "el pago del cheque, los intereses corrientes y las costas judiciales, si las hubiere, constituirá causal de sobreseimiento definitivo, *a menos* que de los antecedentes aparezca en forma clara que el imputado ha girado el o los cheques con ánimo de defraudar". Como esta disposición puede referirse a delitos de acción penal pública o privada, surge la siguiente interrogante: ¿qué ocurre si esta actuación se produce en las hipótesis delictivas que sólo dan origen a una acción penal privada y en que existan antecedentes de que hubo ánimo defraudatorio? ¿Qué deberá hacer el juez en tal caso? Pareciera que la solución consiste en remitir los antecedentes al ministerio público para que éste persiga el delito conforme a las reglas del procedimiento ordinario por delitos de acción penal pública. Esta es, al menos, la solución en algunas legislaciones del derecho comparado.[211]

2.3. Legitimación activa

De acuerdo con el artículo 400 CPP, el procedimiento sólo podrá comenzar con la interposición de la querella por quien estuviere habilitado para promover la acción penal, esto es, por la víctima, su representante legal o su heredero testamentario (arts. 55 y 111 inciso 1° CPP). En el caso de la hipótesis contemplada en la letra d) del artículo 55 CPP, podrán ser querellantes las personas cuyo consentimiento exige la ley para la validez del matrimonio del menor. En efecto, la Ley N° 19.806, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal,[212] no modificó el artículo 385 del Código Penal, que en su inciso 2° señala que la pena prevista en dicho artículo "sólo podrá imponerse a requisición de las personas llamadas a prestar el consentimiento, quienes podrán remitirla en todo caso". Cabe destacar que la prescripción de la acción penal de este delito es sumamente breve: dos meses a partir del conocimiento del matrimonio.

Con relación a la hipótesis contenida en la letra a) del art. 55 CPP, es importante destacar que la Ley N° 19.806 derogó la nor-

[211] Vid. supra nota 8.
[212] D.O. 31 de mayo de 2002.

ma del artículo 424 del Código Penal y modificó la contenida en el artículo 428 del mismo cuerpo legal, que fundamentalmente se referían a las personas que, además del ofendido, podían ejercer la acción de calumnia o injuria.[213] Dichas disposiciones entraban en contradicción con el artículo 111 CPP y, por ello, fueron derogadas.

2.4. Inicio del procedimiento

El procedimiento se inicia con la presentación de la querella. Ella debe interponerse ante el juez de garantía competente y cumplir no sólo con los requisitos de toda querella criminal (art. 113 CPP), sino también con los de una acusación particular, en los términos señalados en el artículo 261 CPP, y siempre que no se contravenga alguna disposición del Título II del Libro IV del CPP (art. 400 inciso 1° CPP). Además, el querellante deberá acompañar una copia de la querella por cada querellado a quien deba notificarse de la misma.

La remisión a los artículos 113 y 261 CPP nos sugiere que la querella es, en consecuencia, una actuación similar a la del requerimiento del ministerio público en el procedimiento simplificado, aunque con algunos matices relevantes.[214] En efecto, una interpretación coherente y sistemática de ambos preceptos legales, que resulte concordante con las características de este procedimiento, nos indica que dicha querella debe contener las siguientes enunciaciones:

a) La designación del tribunal ante el cual se entable la querella (art. 113 a);
b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante (art. 113 b);

[213] Art. 424 CP derogado: "Podrán ejercitar la acción de calumnia o injuria el cónyuge, los hijos, los nietos, padres, abuelos y hermanos legítimos, los hijos y padres naturales y el heredero del difunto agraviado". La norma derogada del artículo 428 CP (inciso 1°) señalaba lo siguiente: "Nadie será perseguido por calumnia o injuria sino a instancia de la parte agraviada o de las personas enumeradas en el artículo 424, si el ofendido hubiere muerto o estuviere física o moralmente incapacitado".

[214] Así, por ejemplo, el requerimiento no contiene el señalamiento de los medios de prueba que se harán valer en el juicio.

c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignora estas circunstancias (art. 113 c);
d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si ellas son conocidas del querellante; la calificación jurídica de los hechos, de la participación que se atribuya al querellado, y la pena cuya aplicación se solicita al tribunal (arts. 113 d) y 261 a);
e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicite al tribunal, si ellas fueren necesarias (arts. 113 e) y 400 inciso 3°);
f) El ofrecimiento de prueba que estime necesaria para sustentar su querella, la que deberá hacerse en los términos del artículo 259 CPP (art. 261 c); y
g) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no sabe o no puede firmar (art. 113 f)).

Con relación al artículo 113 CPP, la única variación existente se produce respecto de la exigencia contemplada en la letra e), pues no siempre será necesaria la realización de diligencias de investigación, y ellas en caso alguno podrán solicitarse al ministerio público. Sobre este tema volveremos más adelante.

La remisión al artículo 261 CPP es más compleja, pues dicha disposición no resulta del todo aplicable a este procedimiento, por sus propias características. Evidentemente, no cabe plantear una adhesión a la acusación, por no existir intervención alguna del ministerio público en este procedimiento; ni, por el mismo motivo, el señalamiento de vicios formales al escrito de acusación. Más problemática es, sin embargo, la posibilidad de deducir demanda civil en este procedimiento, cuando ella procediere. Por el carácter breve y simple de este procedimiento, y en que son de aplicación supletoria las normas del procedimiento simplificado, estimamos que tal posibilidad debiera encontrarse expresamente excluida, debiendo el actor civil deducir la demanda ante el tribunal civil correspondiente. Sin embargo, la remisión sin excepciones al art. 261 CPP no permite descartarla de plano.

2.5. Eventual realización de diligencias orientadas a "precisar los hechos"

Si fuere necesaria la realización previa de diligencias orientadas a "precisar los hechos" que configuran el delito de acción penal privada, el querellante deberá solicitar su práctica al juez de garantía (art. 400 inciso 3° CPP). En consecuencia, no procede efectuar esta solicitud al ministerio público,[215] sino directamente al juez de garantía, quien, a su vez, deberá disponer la realización de las diligencias solicitadas a la policía.

Estimamos que esta disposición entra en conflicto con la norma constitucional que atribuye la exclusividad de la investigación de los delitos al ministerio público, sin efectuar distinciones (art. 80 A CPR). En efecto, la utilización de una expresión distinta para aludir a las diligencias de investigación no constituye sino un eufemismo del legislador para no incurrir en una flagrante inconstitucionalidad del precepto legal. Esta disposición, además, quiebra un principio importante de la reforma, cual es que el órgano jurisdiccional no debe verse involucrado en la realización de diligencias de investigación. En suma, la única solución compatible con la lógica del nuevo proceso penal era la que ofrecía el Proyecto del Ejecutivo, esto es, encomendar la realización de las diligencias de investigación al ministerio público a través del tribunal, como por lo demás se plantea en el artículo 257 CPP.[216] De *lege ferenda*, la forma de evitar que el ministerio público asuma la investigación de estos delitos en un sentido amplio es que su intervención se limite estrictamente a realizar las diligencias solicitadas expresa y determinadamente por el querellante en su presentación. De *lege lata*, esta limitación rige actualmente para el juez de garantía.

---

[215] El Proyecto del Ejecutivo contemplaba la intervención del ministerio público para estos efectos (art. 461). El Senado la estimó inapropiada señalando que "es el abogado querellante quien debe investigar" y reunir las pruebas. Se planteó que, sin embargo, podría ser difícil para un particular obtener determinada información o antecedentes, porque no hay una obligación de colaborar en su investigación como ocurre con el ministerio público, con lo que el agraviado podría quedarse sin la posibilidad de acreditar el delito. En consecuencia, se acordó que cuando con sus medios no le fuere posible investigar, entonces podrá recurrir al juez, "pero en ningún caso involucrar al ministerio público en la investigación" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 387).

[216] Vid. t. I, cap. VII, B.10.3.

2.6. Desistimiento y abandono de la acción

Como consecuencia de la amplia renunciabilidad de la acción penal privada por parte del ofendido (art. 56 inciso 2° CPP), el Código establece que el desistimiento de la querella determinará la dictación de la resolución de sobreseimiento definitivo del procedimiento y la consiguiente condena en costas del querellante, salvo que el desistimiento obedezca a un acuerdo con el querellado. Sin embargo, existe un límite a la posibilidad de desistimiento por el querellante. De conformidad con el inciso 2° del artículo 401 CPP, una vez iniciado el juicio no se dará lugar al desistimiento de la acción privada, si el querellado se opone a él. En este caso, por la oportunidad procesal en que el desistimiento desea hacerse valer, priman los intereses del querellado. La oposición del querellado podrá deberse, por ejemplo, al interés en el pronunciamiento fundado de su inocencia en una sentencia absolutoria.

Para evitar la inactividad del querellante o su inasistencia al juicio, se mantuvo –con las adecuaciones necesarias– la antigua norma sobre abandono de la acción contenida en el Código de Procedimiento Penal (art. 587), que también se contiene en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica (art. 381). De acuerdo con el artículo 402 CPP, la inasistencia del querellante a la audiencia del juicio, así como su inactividad en el procedimiento por más de treinta días producirán el abandono de la acción privada. En tal caso, el tribunal deberá, de oficio o a petición de parte, decretar el sobreseimiento definitivo de la causa.

La ley quiso dejar en claro qué tipo de inactividad es la que puede dar origen a esta sanción procesal tan grave para el querellante. Para ello estableció que constituye inactividad del querellante la falta de realización de diligencias útiles para dar curso al procedimiento que sean de cargo de este interviniente. En efecto, la inactividad podría ser imputable al tribunal, si éste tarda en disponer la realización de las diligencias solicitadas por el querellante, o de la policía, si ella se tarda en cumplirlas.

Asimismo, se producirá el abandono de la acción en el caso que, habiendo muerto o caído en incapacidad el querellante, sus herederos o su representante legal no concurran a sostener la acción dentro del término de noventa días (art. 402 inciso fi-

nal CPP).[217] En consecuencia, si el querellante muere, podrán continuar el procedimiento las personas designadas en el artículo 108 CPP, en el orden de prelación que allí se señala. Si el querellante cae en situación de incapacidad, podrá proseguir la acción privada su representante legal.

2.7. AUDIENCIA DEL JUICIO

En el Proyecto del Ejecutivo se contemplaba la realización, como en el procedimiento ordinario, de dos etapas: una audiencia intermedia o de preparación del juicio y el juicio oral.[218] Sin embargo, durante la tramitación parlamentaria se acordó que, para conferir mayor rapidez a este procedimiento, debía contemplarse una sola audiencia, sin distinción entre preparación y juicio, haciendo por tanto supletorias las normas del procedimiento simplificado y no las del ordinario.[219]

Como no existe una regulación completa sobre las actuaciones previas al juicio y de su desarrollo, hay que hacer aplicación supletoria de las normas del procedimiento simplificado (art. 405 CPP). En consecuencia, una vez presentada la querella o efectuadas las diligencias solicitadas por el querellante, el juez de garantía ordenará su notificación al imputado y citará a todos los intervinientes al juicio, el que no podrá tener lugar antes de veinte ni después de cuarenta días contados desde la fecha de la resolución. En lo demás, rigen las reglas contenidas en el artículo 393 CPP. Es importante destacar que, no obstante la posibilidad de una conciliación, las partes deberán concurrir al juicio con todos sus medios de prueba, pues ella se desarrolla sin solución de continuidad.

El artículo 403 CPP establece que el querellante y el querellado podrán comparecer a la audiencia de forma personal o representados por mandatario con facultades suficientes para transigir.

---

[217] Para el establecimiento del plazo para producir el abandono de la acción en esta hipótesis, se tomó en consideración el tiempo de tramitación del auto de posesión efectiva para la determinación de los herederos y de quiénes podrían actuar en representación del fallecido (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 389).

[218] Artículos 459 y ss. del Proyecto.

[219] PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., pp. 390-391.

Dispone, sin embargo, que ambos intervinientes deberán concurrir en forma personal si el tribunal así lo ordena. La comparecencia personal de las partes tiene por objetivo, evidentemente, posibilitar una conciliación o avenimiento antes de la realización del juicio. En el Senado se planteó que obligar al querellante a comparecer personalmente podía perjudicarlo, si aquél quería eludir la publicidad. Además, se planteó que la audiencia podría victimizarlo aún más, especialmente en el caso de las injurias. Por ello, el Senado optó por dejar librada esta decisión a la voluntad de las partes, excepto cuando el tribunal ordenara su comparecencia personal.[220] No obstante, esta *facultad* de los intervinientes es difícilmente conciliable con el efecto que la ley asigna a la inasistencia de ciertos intervinientes al juicio.[221] Estimamos que el legislador debió haber distinguido entre víctima y querellante. En efecto, cabe admitir que la víctima no asista al juicio, salvo que deba deponer como testigo, pero el querellante –esto es, la víctima representada por un mandatario judicial– sí debe estar presente en el juicio, so pena de que se declare el abandono de la acción (art. 402 CPP).

Por otro lado, el querellado también debe estar presente en el juicio, no sólo por las consideraciones expresadas con ocasión del examen del procedimiento simplificado,[222] sino porque procede instruirlo y dirigirle las preguntas a que se refieren los artículos 394 y 395 CPP, aplicables a la especie por lo dispuesto en el artículo 405 CPP, las que obviamente son de carácter personalísimo, por los efectos penales que ellas conllevan. En todo caso, el Código confiere suficientes facultades al juez –como, por ejemplo, la posibilidad de restringir el acceso al público o sus atribuciones disciplinarias–, para otorgar debida protección a la víctima durante la audiencia del juicio oral.

Las partes deberán concurrir al juicio con todos sus medios de prueba. No obstante, al inicio de la audiencia, el juez deberá instar a las partes a buscar un acuerdo que ponga término a la causa. Asimismo, se establece que en el caso de los delitos de calumnia o de injuria deberá otorgar al querellado la posibilidad de dar explicaciones satisfactorias de su conducta (art. 404 CPP).

---

[220] PFEFFER, cit., p. 390.
[221] Vid. supra 2.6.
[222] Vid. supra cap. XII, A.2.5.6.

Si la conciliación se produce, el tribunal deberá decretar el sobreseimiento definitivo de la causa. De lo contrario, deberá procederse a la realización del juicio de acuerdo con las normas contenidas en el artículo 396 CPP, sin perjuicio de preguntarle previamente sobre la admisión de su responsabilidad en los hechos atribuidos, con las consecuencias que prevé el artículo 395 CPP. Concluido el debate, el juez pronunciará su decisión de absolución o condena y deberá fijar una nueva audiencia, para dentro de los cinco días próximos, para dar a conocer el texto escrito de la sentencia.

2.8. Dictación de la sentencia

La sentencia debe cumplir con los contenidos señalados en el artículo 342 CPP, por la remisión que realiza el art. 405 CPP a las normas del procedimiento simplificado que, a su vez remiten, en lo provisto por ellas, a las normas del Libro II del CPP (art. 389 CPP). Sin embargo, el tribunal no puede suspender la imposición de la pena y sus efectos, facultad que se le confiere en el ámbito del procedimiento simplificado (art. 405 CPP). El fundamento de esta decisión fue, conforme a los antecedentes de la tramitación parlamentaria, que "las penas que en algunos casos corresponden a los delitos de acción privada son de mayor gravedad que las que regula el procedimiento simplificado".[223]

Sin embargo, no divisamos la razón de haber impedido la aplicación de *esta* disposición, que –como toda institución derivada de la *probation* anglosajona– sólo tiene por finalidad permitir la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia cuando existan antecedentes favorables al imputado. Ella se corresponde, en general, con la medida alternativa de remisión condicional de la pena prevista en el párrafo 1° del Título I de la Ley N° 18.216, de 14 de mayo

[223] PFEFFER, cit., p. 391. Llama la atención, no obstante, que no se hubiera excluido del ámbito de aplicación de este procedimiento la norma contenida en el artículo 395 CPP, pues el fundamento para la exclusión del art. 398 CPP sería más plausible respecto de aquélla. Sobre los problemas que produce la aplicación del art. 395 CPP en relación a la pena prevista para el delito de que se trate, vid. supra cap. XII, A.2.5.5.

de 1983, aplicable a personas sin condenas previas por crimen o simple delito, que hayan sido sentenciadas a una pena privativa o restrictiva de libertad no superior a tres años y exista una prognosis favorable de peligrosidad (art. 4° Ley N° 18.216). Como es fácil advertir, la medida alternativa contenida en el artículo 398 CPP está básicamente prevista para las faltas y, por ello, la única condición que se exige durante el período de prueba de 6 meses es la no comisión de un nuevo delito.[224] No obstante, si la pena privativa de libertad que se impone en la sentencia, cualquiera sea el procedimiento que se siga, es superior a la de reclusión o presidio mayor en su grado mínimo, siempre será posible la aplicación de una medida alternativa de aquellas contempladas en la Ley N° 18.216, por ser ella una ley de aplicación general y porque así lo establece expresamente el inciso 1° del artículo 348 CPP. En consecuencia, aunque no se aplique supletoriamente el artículo 398 CPP, siempre será procedente alguna de las medidas alternativas que contempla la Ley N° 18.216, cuando concurran sus presupuestos.

2.9. Recursos

Contra la sentencia definitiva sólo podrá interponerse el recurso de nulidad, contemplado en el Título IV del Libro III CPP. Se establece, no obstante, que el querellante sólo podrá impugnar la sentencia si hubiere concurrido al juicio.

2.10. Supletoriedad del procedimiento simplificado

Tal como se ha señalado reiteradamente, el Proyecto del Ejecutivo contemplaba la supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario por crimen o simple delito, opción que era consistente con las penas asignadas a la mayor parte de los delitos que fueron sometidos al régimen de la acción privada.[225] Sin

[224] Véase el artículo 2° de la Ley N° 18.216, modificado por el artículo 11 de la Ley N° 19.806, que reemplaza la alusión al artículo 564 del Código de Procedimiento Penal por la del artículo 398 del Código Procesal Penal.

[225] PFEFFER, cit., pp. 390-391.

embargo, el Senado resolvió finalmente hacer aplicables supletoriamente las normas del procedimiento simplificado, decisión que genera un problema interpretativo de gran relevancia. En efecto, como sabemos, el ámbito de aplicación de este procedimiento especial está determinado –de modo general– por la cuantía de la pena requerida en concreto por el ministerio público, esto es, que no supere el presidio menor en su grado mínimo.[226]

Empero, las penas asignadas en abstracto a los delitos de acción penal privada, en la mayoría de los casos superan el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado.[227] En consecuencia, ¿qué ocurre cuando el querellante solicite la imposición de una pena privativa de libertad superior a reclusión o presidio menor en su grado mínimo? Esta circunstancia no puede ser entendida como una modificación tácita del marco penal de tales delitos, que obligue al querellante a requerir una pena privativa de libertad no superior a reclusión o presidio menor en su grado mínimo en todos los casos, pues no existe un fundamento político-criminal que pudiera justificar tal decisión legislativa. A diferencia de lo que ocurre con el artículo 395 CPP,[228] en la especie no se trata de un mecanismo de negociación que permita la oferta de una pena menor o distinta a la prevista en la ley a cambio de la confesión. Por el contrario, consta de los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Proyecto que se tuvo presente este problema; sin embargo, no se advirtieron cabalmente todas sus consecuencias. En efecto, al resolver la exclusión de la aplicación supletoria del artículo 398 CPP, sobre suspensión de la imposición de la pena y sus efectos, el Senado tuvo en consideración el hecho que las penas que en algunos casos se asignan a los delitos de acción privada son de *mayor gravedad* que las que permite la aplicación del procedimiento simplificado. Sin embargo, no introdujo una norma para regular expresamente esta hipótesis.

Una solución a este problema sería, lisa y llanamente, hacer aplicables las disposiciones generales del procedimiento ordinario

[226] Vid. supra cap. XII, A.2.1.

[227] Véanse las penas de los delitos clásicos de acción privada, como las injurias y calumnias (párrafos 6° y 7° del Título VIII del Libro II del Código Penal), arts. 22 y 43 Ley de Cheques, etc.

[228] Vid. supra cap. XII, A.2.5.5.

por crimen o simple delito, por no concurrir en la especie los presupuestos del procedimiento simplificado señalados en el art. 388 CPP y por así exigirlo el principio de proporcionalidad entre la pena requerida y el nivel de garantías del respectivo procedimiento. Sin embargo, esta interpretación sería *contra legem*, lo que resulta claramente inadmisible. La única interpretación alternativa que nos parece correcta consiste en aplicar supletoriamente las disposiciones del procedimiento simplificado en la medida que no se opongan a los presupuestos del procedimiento por delito de acción penal privada.[229] Entendemos, por tanto, que la norma contenida en el art. 388 CPP no es aplicable al Título II del Libro IV del CPP, por oponerse a su principal presupuesto de aplicación: las penas previstas en abstracto por el legislador a los simples delitos de acción penal privada.

En efecto, el ámbito de aplicación del procedimiento simplificado, conforme a las reglas generales, depende de la pena requerida por el órgano acusador, mientras que el ámbito de aplicación del procedimiento por delito de acción penal privada depende, en cambio, de la *naturaleza* del delito perseguido. En consecuencia, la regla del artículo 388 CPP no es aplicable al procedimiento por delito de acción penal privada; en consecuencia, el juez de garantía deberá aplicar la pena que corresponda conforme a las reglas generales.

Problemática resulta, asimismo, la aplicabilidad del art. 395 CPP al procedimiento por delito de acción penal privada, cuando la pena solicitada por el querellante exceda del presidio o reclusión menor en su grado mínimo, si se considera que esta norma se estableció en el contexto del ámbito de aplicación del procedimiento simplificado (art. 388 CPP). Hemos señalado que el ámbito de aplicación del procedimiento por delito de acción penal privada es independiente del art. 388 CPP, que no rige en este procedimiento especial. Además, debe considerarse que en los delitos de acción penal privada existe un menor interés público en la imposición de una pena que en los de acción penal pública; por eso, existen reglas que promueven la conciliación entre las partes o sancionan la inactividad del querellante. De allí que nos parezca aplicable, en todos los casos, la disposición

[229] Evidentemente, con la limitación que expresa el art. 405 CPP.

contenida en el art. 395 CPP, que permite la rebaja de la pena o la aplicación de una menos aflictiva (multa) cuando el querellado acepte responsabilidad en los hechos contenidos en la querella.

D. *PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD*

1. INTRODUCCION

En el derecho penal clásico no existían consecuencias jurídico-penales para los autores de hechos antijurídicos declarados no culpables.[230] Las medidas de seguridad surgen en Europa a fines del siglo XIX, con la influencia del positivismo criminológico en el derecho penal.[231] Ellas se basan únicamente en la peligrosidad del sujeto y consisten en un tratamiento dirigido a evitar que éste delinca. Frente a la pena, cuyo fundamento es la culpabilidad por el injusto realizado, la medida de seguridad se plantea como la respuesta a un estado socialmente peligroso del autor.[232] Conceptualmente, entonces, no presuponen la comisión

[230] Esta situación conducía, sin embargo, a una ampliación de los supuestos en los que se apreciaba la existencia de culpabilidad (cfr. SILVA SANCHEZ (J.M.), "Consideraciones sobre las medidas de seguridad a propósito de su regulación en el nuevo Código Penal español", en, del mismo, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 59 y ss., esp. 70.

[231] Sobre este aspecto histórico, cfr. FRISCH (W.), "Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", en *ZStW* N° 102 (1992), pp. 344 y ss., con especial referencia al Anteproyecto de Stoos. Las medidas de seguridad se introducen en las legislaciones penales modernas con el Anteproyecto de Código Penal suizo de Stoos, de 1893, por influencia de la escuela positivista italiana que vinculaba la pena a la peligrosidad del delincuente. En Alemania fueron introducidas por una Ley de 1933, en Italia, en el CP de 1930 y en España, aparecen por primera vez en el Código Penal de 1928. En la versión de la Escuela Positiva Italiana, estas medidas se orientan a la prevención especial (advertencia individual, corrección o enmienda, inocuización), constituyéndose el estado peligroso, propio de un derecho penal de autor, en el único criterio para la actuación del sistema penal (cfr. POLITOFF (S.), *Derecho Penal*, tomo I, Conosur, Santiago, 1997, pp. 74 y ss.; CEREZO (J.), *Curso de derecho penal español, P.G.*, 3ª ed., 1985, pp. 33 y ss.; BUSTOS (J.), *Introducción al derecho penal*, Conosur, Santiago, 1989. pp. 9 y ss.

[232] Así se instauró el sistema denominado "dualista" o "binario", o de "doble vía" en las consecuencias jurídico-penales.

de un delito previo, sino el peligro de un delito futuro y, desde esta perspectiva, resultan admisibles no sólo las medidas de seguridad posdelictuales, sino, también, las predelictuales. Así el derecho penal chileno se caracterizó durante largo tiempo por contemplar, en un cuerpo legal especial,[233] esta última clase de medidas, el que, sin embargo, no tuvo eficacia práctica. En efecto, la Ley N° 11.625, de 1954, reguló los denominados "estados antisociales", sus correspondientes medidas de seguridad, así como el procedimiento y ejecución de las mismas. No obstante, su vigencia se defirió hasta 90 días después de que se dictara, por el Presidente de la República, el decreto en el cual se señalarían los establecimientos en los cuales debían cumplirse provisionalmente las medidas, a la espera de construirse los definitivos. El decreto nunca se dictó; primero, por razones de infraestructura y presupuestarias, pero después, porque la propia ley fue considerada antiliberal y fuertemente afectadora de derechos fundamentales.[234] Es así como la Ley N° 19.313, de julio de 1994, derogó en su totalidad el Título I de la Ley N° 11.625, que contenía las materias que estamos examinando.

Hoy en día, la doctrina contemporánea coincide en el rechazo de las medidas predelictuales, cuya ilegitimidad funda en la infracción del principio de legalidad de los delitos y las penas y, específicamente, en la exigencia de determinación que dicho principio comporta.[235] Se señala que la aplicación de medidas de seguridad predelictuales, esto es, de medidas que pueden ser gravemente aflictivas para el que las sufre, en circunstancias que su supuesta peligrosidad no se ha puesto de manifiesto a través de la realización de una conducta delictiva, pone en grave riesgo la seguridad jurídica y los principios garantistas del derecho penal. En consecuencia, sólo resultarían aceptables en un Esta-

---

[233] Su origen estaba en un proyecto de 1941 y era análoga a la española Ley de Vagos y Maleantes, de 1933, y su continuadora, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 1970. Cfr. DE RIVACOBA (M.), *Evolución histórica del derecho penal chileno,* Valparaíso, 1991, pp. 109 y ss.

[234] Por todos, vid. ETCHEBERRY (A.), *Derecho penal. P.G.*, tomo II, 3ª ed., Santiago, 1998, pp. 233-234.

[235] TERRADILLOS BASOCO (J.), *Peligrosidad social y Estado de Derecho,* Akal, Madrid, 1981, pp. 120-121; CEREZO MIR (J.), cit., p. 36; BUSTOS (J.), cit., p. 13; MAPELLI/TERRADILLOS, *Las consecuencias jurídicas del delito,* Civitas, Madrid, 1990, pp. 171 y ss.

do de Derecho las medidas de seguridad posdelictuales, esto es, aquellas reacciones que se imponen para prevenir un peligro de repetición, objetivado en un hecho. En otras palabras, procederá una medida de seguridad cuando el sujeto haya cometido un hecho antijurídico que constituya indicio de un estado peligroso, el que debe ser complementado con un pronóstico de probabilidad *concreta* de peligrosidad futura como consecuencia de su patología.[236]

Tales medidas posdelictuales pueden aplicarse de modo complementario a la pena[237] o en lugar de la pena, como en el caso de los inimputables.[238] Un ejemplo de medida de seguridad de la segunda clase en el sistema jurídico chileno lo ofrece la regulación prevista en el Código Procesal Penal para el enajenado mental, según la cual se podrá disponer su internación en un centro psiquiátrico o su custodia y tratamiento, cuando "hubiere realizado un hecho típico y antijurídico" y "existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas" (arts. 455 y 457 inciso 1° CPP).

---

[236] En este sentido, SILVA SANCHEZ (J.M.), "Consideraciones sobre las medidas de seguridad a propósito de su regulación en el nuevo Código Penal español", cit., p. 64.

[237] Ello es posible en los sistemas que admiten la "doble vía" de las consecuencias jurídicas del delito, esto es, la aplicación de una pena y una medida de seguridad en razón de un mismo hecho, como es el caso de los parágrafos 63 y 64 del Código Penal alemán. Este sistema ha sido criticado, especialmente en los casos de dualismo extremo, que redundaría en muchos casos en la imposición cumulativa de penas y medidas de seguridad con infracción del principio *non bis in idem*. Una forma de superación parcial de este problema es el denominado "sistema vicarial" (SILVA SANCHEZ (J.M.), "Consideraciones...", cit., pp. 81-82; también KÖHLER (M.), *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986, pp. 80 y ss. La rotulación de "administrativas" y "asistenciales" de tales medidas de seguridad no hace sino encubrir el problema, para sustraer a las medidas de los límites y garantías del derecho penal (cfr. BUSTOS (J.), *Introducción al derecho penal*, cit., pp. 9 y ss.). Sobre la posibilidad, en nuestro sistema, de aplicación acumulativa de penas y medidas de seguridad, vid. infra 5.

[238] JAKOBS las denomina medidas de seguridad *sustitutivas* de la pena, señalando que son aquellas que se imponen por el comportamiento inculpable del autor, considerando medidas de seguridad que se imponen *en lugar de la pena* aquellas que se aplican a un autor culpable èn lugar de la pena, de acuerdo con el parágrafo 67 del CP alemán. También hace referencia a las medidas *complementarias* de la pena (*Derecho penal, P.G.*, 2ª ed., trad. de De Cuello y Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1991, pp. 40-41).

Por lo tanto, tratándose de enajenados mentales a quienes se les imputa la comisión de un hecho punible, el Código Procesal Penal sienta el principio de la garantía al juicio previo, esto es, a un procedimiento encaminado, primero, a establecer si se cometió o no el delito atribuido al inimputable; y, en segundo lugar, a determinar la peligrosidad de su autor para verificar si es necesaria la aplicación de una medida de seguridad y, en caso afirmativo, su clase y condiciones. En ello consiste el procedimiento contenido en el Título VII del Libro IV CPP, pues hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo Código, era posible la aplicación de medidas de seguridad al enajenado mental sin un juicio previo que estableciera la existencia del delito imputado y la participación del inculpable en él.[239] La misma situación es todavía[240] predicable para los menores de edad, quienes bajo el imperio de modelos tutelares o asistenciales de raigambre positivista[241] siguen siendo sometidos, sin juicio previo, a medidas de "protección" análogas, en privación de derechos, a una pena.[242] En efecto, mediante un simple cambio de denomi-

[239] Vid. artículos 682 y ss. del Código de Procedimiento Penal.

[240] Se encuentra aún en proceso de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal que regula los presupuestos de la responsabilidad penal juvenil y las penas aplicables a los adolescentes infractores, fijando un límite inferior (14 años) bajo el cual no es posible ningún tipo de intervención estatal coactiva sobre el menor. (Para un examen general del proyecto, cfr. CILLERO/BERNALES, "Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia 'penal de menores' de Chile: evaluación y perspectivas", en *Revista de Derechos del Niño* N° 1, Univ. Diego Portales, 2002.) Con todo, la Ley N° 19.806, de 2002, que modificó la Ley N° 16.618, de Menores (LM), ha mejorado sensiblemente la situación procesal de los mayores de 16 y menores de 18 años que son declarados con discernimiento (art. 28 LM). Sin embargo, de la lectura de los modificados artículos 29 y 30 LM se comprueba la gravedad e indeterminación de las medidas aplicables, sin debido proceso, a los menores inimputables o declarados sin discernimiento.

[241] Instalados en las legislaciones latinoamericanas a principios del siglo XX, han ido perdiendo terreno frente a modelos, asentados en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de derechos humanos, que defienden el principio de legalidad por sobre el de la tutela de la irregularidad, y del juicio de responsabilidad por sobre el de peligrosidad (CILLERO (M.), "'Nulla poena sine culpa'. Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes", en GARCIA MENDEZ (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, cit., pp. 74 y ss.).

[242] La Ley de Menores (LM) contempla las medidas aplicables a los menores inimputables a quienes se atribuye la comisión de un delito, hecho que, sin embargo, no es probado en un proceso con las debidas garantías. Adicionalmente,

nación –un fraude de etiquetas– se eluden las garantías y límites del derecho penal. Para FERRAJOLI, la aplicación de "medidas de seguridad privativas de libertad, no menos aflictivas que las penas, a los menores declarados inimputables" representan "lesiones legales de las garantías".[243] Por ello, se hace urgente la introducción de un sistema de responsabilidad juvenil que cumpla con los compromisos adoptados por el Estado chileno al suscribir la Convención sobre los Derechos del Niño.[244] En efecto, ella consagra para los adolescentes a los que se impute, acuse o declare culpables de infringir la ley penal, un sistema de responsabilidad penal por el acto, regido por el principio de legalidad y limitado por un conjunto de garantías muy estrictas, entre ellas, la del debido proceso. Con ello se quiere impedir que se prescinda de la garantía de la culpabilidad a través del argumento de que las medidas no son penas ni un mal, sino un bien para el menor.[245]

En suma, las diferencias entre pena y medida de seguridad no deben ocultar, sin embargo, importantes puntos de contac-

ellas son impuestas por el tiempo que el juez determine, sin que rija certeza previa respecto de su duración. Pero además la ley dispone que esas mismas medidas y en la misma forma pueden ser impuestas al menor a quien se "recoja" por hechos que no sean constitutivos de delitos, según convenga a la "irregularidad" que tal menor presente. Vid., entre otros, DO AMARAL E SILVA (F.), "La 'protección' como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la 'doctrina de la situación irregular'", en GARCIA MENDEZ (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 119 y ss.; también CILLERO (M.), "'Nulla poena sine culpa'..., cit., pp. 71 y ss. Para FERRAJOLI, el modelo de protección es "la idea antiliberal del delito como patología y la pena como tratamiento" (*Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 270).

[243] *Derecho y razón*, cit., p. 712. Cfr. arts. 29 N° 3, 30 N° 2 LM y la regulación de la medida de internación en establecimientos especiales de tránsito o rehabilitación, de distribución, hogares substitutos o establecimientos residenciales (vid. art. 37 de la Ley N° 19.806, adecuatoria del sistema legal chileno a la reforma procesal penal).

[244] Ratificada por el Estado chileno el 13 de agosto de 1990; decreto promulgatorio N° 830, de 14 de agosto de 1990; publicación en el Diario Oficial: 27 de septiembre de 1990.

[245] Así, claramente CUELLO CALON, quien señalaba que "tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso" (*Tribunales para niños*, citado por CILLERO, "'Nulla poena sine culpa'"..., cit., p. 82).

to entre ambas. Si bien la medida de seguridad posdelictual no se impone como mal buscado y carece de contenido punitivo formal, lo cierto es que constituye una consecuencia jurídico-penal del hecho que a menudo supone una privación o restricción de derechos básicos de la persona en un grado no menor que la pena.[246] Por tanto, la analogía sustancial de las medidas de seguridad con las penas hace imperativo el respeto del principio de legalidad para ambas clases de consecuencias jurídicas, estableciéndose que ellas y sus presupuestos deben estar previstos en la ley vigente al momento de cometerse el hecho o de dictarse el fallo.[247] Asimismo, se impone la observancia del principio de proporcionalidad entre el hecho y la consecuencia jurídica, asociado a la clase de medida y su duración. Desde esta perspectiva, debe efectuarse una ponderación de los intereses en conflicto, esto es, la entidad de la peligrosidad manifestada en el delito y en el juicio de pronóstico, así como los bienes del sujeto afectados con la medida.[248] En efecto, la peligrosidad del sujeto debe establecerse en un juicio de pronóstico que deter-

[246] Ello explica que algunos autores hablen del "carácter material de pena que corresponde a la medida de seguridad" (RODRIGUEZ RAMOS (L.), *La detención*, Madrid, 1987), o afirmen que su imposición constituye materialmente una "condena" (VIVES ANTON (T.), "Constitución y medidas de seguridad", en *Poder Judicial* N° 3, 1986, pp. 91 y ss.) o señalen que tiene una estructura análoga a la pena, pues "significan un mal para el reo y lo coartan en sus derechos" (BUSTOS (J.), *Introducción*, cit., p. 18).

[247] En razón de que su fundamento es la peligrosidad, el parágrafo 2 (6) del Código Penal alemán dispone que, salvo que legalmente se establezca lo contrario, en materia de medidas de seguridad y corrección debe estarse a *la ley vigente en el momento del fallo*. Los sistemas punitivos austriaco y español, en cambio, siguen el criterio de la ley vigente en el momento del hecho o del presupuesto de la medida. Como señala SILVA SANCHEZ, las medidas, en cuanto "posdelictuales", no pueden distanciarse radicalmente del hecho cometido. Así, por ejemplo, si en el momento de enjuiciar al sujeto inimputable, el hecho antijurídico por él cometido ha prescrito, aunque se constate una subsistencia de peligrosidad, no podrá imponérsele medida de seguridad alguna ("Consideraciones sobre las medidas de seguridad...", cit., p. 60 y nota 2).

[248] Así, en la regulación española de las medidas de seguridad del Código Penal de 1995 se plantea que la medida de seguridad sólo podrá ser privativa de libertad (internamiento) si el delito cometido lleva aparejado pena privativa de libertad (críticamente, SILVA SANCHEZ, "Consideraciones...", cit., pp. 90 y ss.). Desde la proporcionalidad se podrían vetar, por ejemplo, ciertas modalidades de tratamiento especialmente agresivas en supuestos en que el delito cometido y el peligro hacia futuro lo fuera sólo para bienes patrimoniales, por la preeminencia en la ponderación del valor libertad por encima del valor patrimonio.

mine la probabilidad concreta de que éste cometa determinados delitos en el futuro como consecuencia de su enfermedad.[249] Del mismo modo, se impone una limitación en la duración de la medida, sobre todo si ella implica una privación de libertad.[250] Ella suele estar dada por el marco penal del delito cometido por el inimputable, esto es, en la idea de que la medida no puede ser más grave que la pena.[251] Por último, el principio de necesidad prohíbe que la medida se extienda más allá del límite estrictamente necesario para prevenir la peligrosidad del autor. Por ello, si dicha necesidad desaparece antes del tiempo máximo dado por la pena asignada al delito cometido, debe cesar inmediatamente la aplicación de la medida de seguridad.[252]

De allí que, en base a los principios expuestos, quepa plantear la inconstitucionalidad de las medidas de seguridad predelictuales[253] como las que se prevén, por ejemplo, en el Código Sanitario,[254] pues su presupuesto no es ya la comisión de un delito, sino únicamente el estado peligroso, situación que suele justificarse en la pretendida naturaleza administrativa, tutelar o asistencial de la medida en estos casos.[255]

---

[249] Sobre el juicio de pronóstico, vid. extensamente GRACIA MARTIN (L.), en GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español*, Valencia, 1996, pp. 383 y ss.

[250] Sobre las penas indeterminadas, surgidas de la influencia de la ideología de la resocialización o de la defensa social, variantes de la doctrina de la prevención especial, vid. NEUMANN/SCHROTH: *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980, pp. 19 y ss.

[251] Así, el artículo 6 N° 2 del Código Penal español señala que "Las medidas de seguridad no pueden resultar más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor".

[252] FRISCH (W.), "Die Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem", cit., pp. 378 y ss.

[253] Por infracción del artículo 19 N° 3 inc. 8, CPR, entendiendo "pena" en un sentido amplio. Asimismo, BUSTOS (J.), *Introducción*, cit., pp. 13 y ss. En el nuevo Código Penal español de 1995, se extiende la garantía de legalidad a las medidas de seguridad, indicándose que "sólo podrán aplicarse cuando concurran los presupuestos previamente establecidos en la ley" (art. 1° N° 2 del Código Penal español).

[254] Vid. más detenidamente sobre el particular, infra 2.1.

[255] Vid. ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, P.G., 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 70; EICKHOFF, "Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht", NStZ, 1987, pp. 65 y ss.; FRISCH, "Die Massregeln der Besserung...", cit., pp. 343 y ss., DREHER, "Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln", en ZStW N° 65, 1953, pp. 481 y ss.

Respecto de las medidas posdelictuales, el principio de legalidad pareciera suficientemente asegurado en cuanto los presupuestos de aplicación se contienen en el artículo 455 CPP, y exigen la comisión previa de un delito que, a su vez, debe ser establecido por ley ("garantía criminal"). Asimismo, el artículo 457 CPP establece las únicas medidas de seguridad que pueden aplicarse en un proceso penal ("garantía penal"). Sin embargo, cabe cuestionar la frecuente opción legislativa que enfrenta la realización de ciertos comportamientos, cuya criminalización aparece como ilegítima, excesiva o infundada, con medidas de seguridad. En esta línea se enmarca la nueva Ley de Alcoholes (N° 19.925, de 2004),[256] por la que se confiere competencia a los jueces de policía local para imponer multa o amonestación, a título de dudosas medidas de "prevención y rehabilitación", a quien consuma bebidas alcohólicas en calles, caminos, plazas, paseos y demás lugares de uso público (art. 25 LA). Asimismo, medidas más graves se contemplan en el artículo 26 LA para quienes fueren sorprendidos en manifiesto estado de ebriedad en la vía pública o en lugares de libre acceso al público. Por su importancia, serán abordadas con mayor detalle más adelante.[257]

2. PROCEDENCIA DE LA APLICACION DE MEDIDAS DE SEGURIDAD

2.1. PRESUPUESTOS

El artículo 455 CPP establece que presupuestos de aplicación de una medida de seguridad al enajenado mental *en el proceso penal* son los siguientes:

a) Que éste hubiere realizado un hecho típico y antijurídico, y
b) Que existan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas.

En consecuencia, el Código está consagrando el carácter posdelictual de la medida, pues requiere la comisión de un in-

[256] D.O. de 19.01.2004.
[257] Vid. infra 5.

justo,[258] y exige un pronóstico negativo de peligrosidad fundado en antecedentes graves y calificados. Por consiguiente, para la determinación del juicio de peligrosidad futura no es suficiente considerar solamente la gravedad del injusto realizado o su disvalor para el bien jurídico afectado pues, de lo contrario, bastaría con el primer requisito. Los antecedentes calificados podrán consistir, a nuestro juicio, en conductas peligrosas previas, en diagnósticos médicos sobre las características de la enfermedad, en la ausencia previa de vigilancia o cuidado sobre el sujeto, etc.

El Código exige que tales requisitos deben concurrir para que se pueda aplicar una medida de seguridad a un enajenado mental en la sentencia definitiva que se dicte "en el proceso penal". ¿Quiere decir ello que es posible aplicar una medida de seguridad fuera o al margen del mismo? La interrogante dice relación con la posibilidad, todavía existente en el Código Sanitario (CS), de que la autoridad sanitaria disponga la internación –forzosa, si es necesario– de enfermos mentales. En efecto, el artículo 130 CS establece que el Director General de Salud "resolverá sobre la observación de los enfermos mentales, de los que presentan dependencias de drogas u otras substancias, de los alcohólicos y de las personas presuntivamente afectadas por estas alteraciones, así como sobre su internación, permanencia y salida de los establecimientos públicos o particulares destinados a ese objeto". Por su parte, el artículo 131 CS señala que la internación puede ser voluntaria, administrativa, judicial o de urgencia. En consecuencia, la internación como medida de seguridad podría tener carácter meramente administrativo, situación que plantea la eventual inconstitucionalidad de la regulación legal en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del art. 80-A de la Constitución, que exige *aprobación judicial previa* respecto de *cualquier actuación* que prive, restrinja o perturbe en el ejercicio de los derechos constitucionales, tanto al imputado como a terceros.

El proyecto del Ejecutivo no hacía distinciones en esta materia. En él se establecía, como principio general, que la aplica-

[258] Como es evidente, no requiere que el injusto sea culpable, pues se trata, justamente, de la aplicación de una medida a un inculpable (art. 10 N° 1 Código Penal).

ción de una medida de seguridad sólo podría fundarse en la constatación de un hecho típico y antijurídico establecido a través de un proceso penal. Ya en la Cámara de Diputados se quiso alterar este principio al introducir la frase final "sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Sanitario".[259] Ante la observación de que el Código no es el llamado a determinar cómo se tratará a un enfermo mental que no ha cometido delito y es peligroso, un parlamentario puso hincapié en la necesidad de limitar las facultades de los Servicios de Salud al señalar "que no es posible que una autoridad administrativa pueda decidir la internación de una persona, y consecuencialmente privarla de libertad, sin intervención de la autoridad jurisdiccional".[260] Al mismo tiempo entregó un documento de la Comisión de Derechos Humanos del Senado en que se indicaba que alrededor de 75 personas discapacitadas mentales o postrados absolutamente o mayores de 70 años estaban en cárceles comunes.[261] El Senado desechó la preocupación del senador aduciendo que las normas del Código Sanitario no tienen ninguna relación con el proceso penal. Este planteamiento, a nuestro juicio equivocado, ha permitido la imposición de medidas notablemente aflictivas para los derechos de las personas, como es el internamiento manicomial por tiempo indefinido, al margen de toda garantía constitucional y del control jurisdiccional, sobre la base de que se trata de medidas que no son penas. Esta posición, sin embargo, se opone al rechazo unánime de la doctrina a las medidas de seguridad predelictuales, más aún si ellas son dispuestas por la autoridad administrativa, sosteniendo que se trata de un clásico ejemplo de "fraude de etiquetas"[262] que permite eludir el respeto y cumplimiento de las garantías procesales. Por ello, cabe esperar que prospere la propuesta del Senado en orden a "revisar, mantener o perfeccionar" la legislación sanitaria en esta materia.[263]

[259] Cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 432.

[260] Ibíd., p. 432.

[261] PFEFFER, cit., p. 433.

[262] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, cit., p. 70.

[263] Así consta de los antecedentes de la tramitación parlamentaria del Proyecto; vid. PFEFFER, cit., p. 433.

2.2. Clases de medidas de seguridad (art. 457 CPP)

El Código establece que, según la gravedad del caso, podrá imponerse al enajenado mental alguna de las siguientes medidas de seguridad:

a) la internación en un establecimiento psiquiátrico, o
b) la custodia y tratamiento.

Tales medidas de seguridad se encontraban previstas ya en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 682 del Código de Procedimiento Penal y en los artículos 130 y ss. del Código Sanitario.[264]

La ejecución de estas medidas será tratada en otra parte.[265] Lo que aquí interesa destacar es que la ley dispone que la forma y condiciones de cumplimiento de tales medidas deberán establecerse en la sentencia que las impone. Entonces surge la interrogante acerca de la duración de las medidas, esto es, si existen límites máximos establecidos en la ley para su ejecución, pues la peligrosidad del sujeto podría considerarse existente por tiempo indefinido.

La respuesta se halla en el artículo 481 CPP. Conforme a esta disposición, las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistan las condiciones que las hicieron necesarias, pero establece que en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele en una sentencia condenatoria o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo. El inciso 2° del citado precepto legal establece que se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de pri-

[264] El Código de Procedimiento Penal permitía que el enajenado mental que hubiese cumplido el plazo máximo de internación fuese puesto a disposición de la autoridad sanitaria si su libertad constituía riesgo (art. 693, inciso final, del CdPP). Si bien esta disposición no se mantuvo en el Código Procesal Penal, sí se mantienen las contenidas en los artículos 130 y 131 del Código Sanitario que distinguen entre internación voluntaria, administrativa, judicial y de urgencia, y la del art. 132 inciso 2° CS que se refiere a la internación del enajenado mental dispuesta por resolución administrativa del Director General de Salud, y cuya salida podrá ser denegada cuando no se garantice el control y vigilancia del enfermo en términos que no constituya peligro para sí ni para terceros.

[265] Vid. infra capítulo XIII.

vación o restricción de libertad que la ley prescriba para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere.

En consecuencia, se ha preservado el principio de proporcionalidad en las medidas de seguridad aplicadas en el proceso penal, lo que no ocurría en el antiguo sistema.[266] Conforme a dicho principio, la medida de seguridad no puede exceder el tiempo de duración que hubiera correspondido a la pena impuesta por la comisión del delito, ni aun cuando subsistan las condiciones que hicieron procedente la medida. Este principio, como sabemos, no se plantea respecto de la medida administrativa de internamiento que puede imponer la autoridad sanitaria al enajenado mental, por tratarse de genuinas medidas de seguridad predelictuales.

3. PROCEDIMIENTO APLICABLE AL ENAJENADO MENTAL QUE COMETIO DELITO EN TAL ESTADO

3.1. APLICACIÓN SUPLETORIA DE LAS REGLAS DEL PROCEDIMIENTO ORDINARIO

De acuerdo con el artículo 456 CPP, el procedimiento para la aplicación de las medidas de seguridad se rige por las reglas contenidas en el Título VII del Libro IV del CPP y, supletoriamente, por las del procedimiento ordinario, sólo en cuanto éstas no fueren contradictorias con aquéllas. Las reglas del procedimiento ordinario resultan aplicables no sólo porque la investigación puede haberse iniciado regularmente sin conocimiento de la

[266] La regulación del antiguo CdPP respetaba formalmente este principio; sin embargo, él era negado a continuación. En efecto, conforme a los artículos 682 y ss. CdPP la internación del demente por resolución judicial no podía durar más allá del tiempo de la pena probable asignada al delito cometido; no obstante, si concluida la internación por aplicación de dicho límite la libertad del demente seguía constituyendo un riesgo, se establecía que aquél debía ponerse a disposición de la autoridad sanitaria. Como es evidente, se infringía el principio a través de un simple enroque de palabras, pues la internación judicial pasaba a ser en adelante internación administrativa, con lo cual ella se hacía, en la práctica, indefinida.

enajenación mental que afecta al imputado, como porque, aun en conocimiento de su enfermedad, la gravedad del delito imputado y la medida de seguridad solicitada hacen necesario un procedimiento con todas las garantías. La situación del imputado refuerza esta opción.

3.2. Actuaciones del procedimiento destinadas a determinar la enajenación mental del imputado

Pueden distinguirse diversas hipótesis. En un primer caso, el ministerio público da inicio a la investigación preparatoria de un delito en el transcurso de la cual surgen antecedentes que permiten presumir la enajenación mental del imputado. En un segundo supuesto, el ministerio público y/o el juez de garantía tienen conocimiento o disponen de antecedentes desde un inicio acerca de la naturaleza de la enfermedad del imputado. En cualquiera de ambos casos, el ministerio público o el juez de garantía, de oficio o a petición de parte, deberán solicitar un informe psiquiátrico, explicitando la conducta punible que se investiga en relación a éste (art. 458 CPP).

La intervención de oficio del juez de garantía en este caso no es objetable, pues no se trata de una diligencia encaminada a *fundar* la imputación penal, sino a establecer –eventualmente– una causal de *exclusión* de la de responsabilidad criminal, así como los *presupuestos* de un procedimiento más garantista para el imputado. Como se trata de establecer la inimputabilidad del sujeto al momento de cometer el delito, circunstancia que diferencia esta hipótesis de aquella en que el imputado cae en enajenación mental durante la tramitación del procedimiento,[267] el informe psiquiátrico deberá pronunciarse sobre la existencia de enajenación mental del imputado al momento en que, según los antecedentes de la investigación, se cometió el hecho presuntamente punible.[268]

[267] El matiz tiene cierta trascendencia práctica, pues si el sujeto era capaz de culpabilidad al momento de cometer el delito, cabría sobreseer temporalmente la causa si el trastorno mental es temporal, y reanudarlo posteriormente conforme a las reglas generales. Ello no podría ocurrir si el sujeto cometió el delito siendo inculpable. Vid. infra 4.

[268] En esta etapa del procedimiento, en que no se encuentra *probada* la participación del imputado en el hecho, sólo cabría hacer esta exigencia. La distin-

El Código dispone que el juez deberá ordenar la suspensión del procedimiento hasta tanto no se remita el informe requerido, sin perjuicio de continuarse respecto de los demás coimputados, si los hubiere. Al respecto, cabe imaginar diversas hipótesis, según sea el grado de tramitación del procedimiento. En la mayoría de los casos, se tratará de la suspensión de la investigación por parte del ministerio público, en otras, podrá significar la suspensión de una audiencia. Si se tratare del juicio oral, deberá decretarse la interrupción del mismo siempre que puedan cumplirse las condiciones que dicha disposición establece.[269] En todo caso, la declaración de inimputabilidad del acusado determinará la aplicación de las reglas especiales contenidas en el artículo 463 CPP.

Por otro lado, existiendo antecedentes acerca de la enajenación mental del imputado, sus derechos deberán ser ejercidos por un curador *ad litem* designado al efecto (art. 459 CPP).[270] La ley no exige que se haya declarado su inimputabilidad; basta, en consecuencia, cualquier antecedente grave y serio que dé cuenta de su enfermedad para que se le designe un curador que tutele y represente sus derechos en el procedimiento. Esta norma obedece a la necesidad de garantizar los derechos del imputado tan pronto consten indicios relevantes de su enajenación mental. Sin embargo, tal representación no lo habilita para ejercer por el imputado derechos tan personalísimos como prestar su consentimiento para una suspensión condicional del procedimiento, un acuerdo reparatorio o para la aplicación del procedimiento abreviado. Tales instituciones procesales requieren que el imputado preste su consentimiento libre y voluntariamente, con conciencia de los derechos a que está renunciando y de las consecuencias que la renuncia le acarrea y, como es eviden-

ción es importante, porque si se demuestra que el sujeto cayó en enajenación mental con posterioridad al hecho, son aplicables las normas contenidas en el artículo 465 CPP y no necesariamente las del párrafo 2° del Título VII del Libro IV del CP.

[269] Vid. artículo 283 CPP, que establece que la interrupción del juicio oral no podrá exceder de 10 días.

[270] El Senado hizo presente que el nombramiento lo efectúa el juez de la causa en conformidad a las reglas generales del Código Civil (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 436).

te, tales requisitos no concurren en el imputado sospechoso de padecer una enfermedad mental. Como consecuencia de esta limitación, el artículo 461 inciso 2º CPP establece que el fiscal en caso alguno puede solicitar la aplicación del procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento.

Durante todo el procedimiento, pero después de formalizada la investigación, el tribunal podrá ordenar, a petición de alguno de los intervinientes, la internación provisional del imputado en un establecimiento asistencial, cuando concurran a su respecto los requisitos exigidos por la ley para decretar la prisión preventiva conforme a lo previsto en los artículos 140 y 141 CPP, y el informe psiquiátrico practicado al imputado señale que éste sufre una grave alteración o insuficiencia en sus facultades mentales que hacen temer que atentará contra sí mismo o contra otras personas. El Código hace aplicables, en lo que fueren pertinentes, las normas contenidas en los párrafos 4º, 5º y 6º del Título V del Libro Primero, sobre medidas cautelares personales (art. 464 CPP). En cuanto el pronóstico de peligrosidad de una persona, por su propia naturaleza, es un juicio incierto, cabe exigir un estricto apego al principio de proporcionalidad planteado en el inciso 1º del artículo 141 CPP al momento de decidir sobre la internación provisional del imputado.

Concluida la investigación, y antes o después de la suspensión del procedimiento para la realización del informe psiquiátrico a que se refiere el artículo 458 CPP, el fiscal puede encontrarse frente a cualquiera de las situaciones que señala el artículo 248 CPP. En consecuencia, dispondrá el cierre de la investigación y podrá:

a) solicitar el sobreseimiento temporal o definitivo de la causa, procediendo de acuerdo a las reglas generales (art. 460 inciso 1º CPP);[271]

[271] La solicitud de sobreseimiento se puede basar en que el hecho atribuido no es un ilícito penal, no hubo participación del imputado, existió una causal de justificación o exculpación, entre otras, cuando ellas fueren reconocidas por el ministerio público, *y no obstante su estado de enajenación mental.* La culpabilidad constituye tan solo un elemento a tener en cuenta en el establecimiento de la responsabilidad penal: la persecución penal del hecho puede concluir aun antes de su acreditación porque no concurren *otros* presupuestos de tal responsabilidad, como la tipicidad o la antijuridicidad. La Cámara de Diputados se refirió a este tema señalando que "toda persona tiene el legítimo derecho de aspirar que en un proceso se la dote de garantías para que se establezcan los hechos", añadiendo que "no es lo mismo terminar un proceso penal diciendo que es un inimputable, a

b) comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento, por no haberse reunido suficientes antecedentes para fundar una acusación; o
c) formular acusación conforme a las reglas generales o un requerimiento de aplicación de una medida de seguridad, si considera que el imputado es enajenado mental y puede atentar contra sí mismo o contra otras personas.

El juez de garantía *sólo* podrá decretar el sobreseimiento definitivo por aplicación de la causal de exención de responsabilidad criminal contemplada en el numerando 1° del artículo 10 del Código Penal (art. 250 letra c) CPP), cuando el fiscal no considere peligroso para sí o para terceros al imputado y, por tanto, decida no solicitar la aplicación de una medida de seguridad. Si, en cambio, resuelve requerir la aplicación de una medida de seguridad, porque concurre la hipótesis a que se refiere el art. 455 CPP, y existen antecedentes suficientes para presumir su inimputabilidad y establecer la existencia del delito y su participación en él, el fiscal deberá presentar un escrito en tal sentido, el que deberá contener, en lo pertinente, las menciones exigidas para la acusación (art. 461 inciso 1° CPP).

Las únicas menciones que no son procedentes al caso del enajenado mental son las contenidas en las letras g) y h) del artículo 259 CPP. La de la letra g), porque corresponde solicitar una medida de seguridad y no una pena; y la de la letra h), por lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 461 CPP, el que dispone que el fiscal no podrá, en caso alguno, solicitar la aplicación del procedimiento abreviado o la suspensión condicional del procedimiento. Por el contrario, sí es procedente indicar las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal determinantes de una disminución del injusto en el hecho, por su relevancia para la determinación del límite máximo de duración de la medida de seguridad, que se basa en un juicio analógico, esto es, en la "sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele" (artículo 481 CPP, inciso 1° CPP).[272]

---

que el proceso termine y se demuestre (por ejemplo) que ese inimputable fue objeto de violencia por parte de la persona que asesinó. Entonces, se estaría en presencia de una legítima defensa" (cfr. PFEFFER, *Código Procesal Penal*, cit., p. 436).

[272] Esta situación obliga a efectuar un juicio hipotético en cuanto a la pena concreta que le habría correspondido al sujeto por el hecho cometido. Nos

Formulado el requerimiento, el tribunal deberá citar a la audiencia de preparación del juicio oral según las reglas generales del procedimiento ordinario. Si existe un querellante, éste podrá adherir al requerimiento del fiscal o acusar particularmente en los términos señalados en el artículo 261 CPP, acompañando los antecedentes que considere demostrativos de la imputabilidad de la persona requerida (art. 461 inciso 3° CPP). En este segundo caso, se entiende que el querellante se opone al requerimiento del fiscal. El imputado, representado por el curador *ad litem* y su defensor, podrá contestar por escrito el requerimiento y su adhesión o la acusación particular del querellante, o verbalmente, en la audiencia intermedia.

En la audiencia de preparación del juicio oral, el juez deberá pronunciarse sobre la cuestión de la imputabilidad o inimputabilidad del imputado, en este último caso verificando la concurrencia de alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 10 N° 1 del Código Penal, sobre la base del informe psiquiátrico solicitado y demás antecedentes acompañados por las partes. Si el juez aprecia que los antecedentes no permiten establecer con certeza la inimputabilidad, rechazará el requerimiento formulado por el fiscal. Si el querellante se hubiere opuesto a dicho requerimiento en su acusación particular, el juez de garantía dispondrá que dicho interviniente sostenga en lo sucesivo la acción penal con las mismas facultades del ministerio público. En consecuencia, éste constituye otro supuesto de privatización de la acción penal pública.[273] Si, por el contrario, el querellante hubiere adherido al requerimiento del fiscal o no existe querellante en la causa, el juez de garantía ordenará al ministerio público que acuse conforme al trámite ordinario (art. 462 inciso 2° CPP). En la práctica esta actuación se traducirá

hemos referido solamente a la consideración de los elementos determinantes de una disminución del injusto del hecho y no a los elementos referidos a la culpabilidad, por ser ellos, en nuestra opinión, incontrastables en los sujetos inculpables. Sin embargo, deben considerarse aquellas atenuantes que, aunque teóricamente fundadas en un menor reproche de culpabilidad, se encuentran de tal modo objetivadas en la práctica jurisprudencial que pueden aplicarse igualmente a este caso, como, por ejemplo, la contenida en el art. 11 N° 6 CP (cfr. sobre el particular, SILVA SÁNCHEZ, "Consideraciones...", cit., pp. 89 y ss.).

[273] Vid. t. I, cap. III, E.2.1 y 2.2.

en modificar las menciones del requerimiento que son exigidas por el escrito de acusación.

Tras el pronunciamiento del juez sobre el requerimiento del fiscal, tanto en la situación del querellante que continúa solo en el procedimiento como en el caso del fiscal que debe formular acusación, procederá el debate sobre las peticiones y correcciones formuladas por las partes en sus respectivos escritos conforme a las reglas generales. Al final de la audiencia, el juez de garantía dictará auto de apertura del juicio oral.

La ley se pone en la situación que el tribunal del juicio acoja la alegación de inimputabilidad del acusado, invocada y acreditada por la defensa. Por ello, autoriza que los escritos de acusación contengan peticiones subsidiarias relativas a la imposición de medidas de seguridad (art. 462 inciso final CPP).

3.3. Trámites posteriores a la declaración de inimputabilidad y procedencia de la aplicación de una medida de seguridad

Si el juez de garantía declara que el imputado se encuentra en la situación prevista en el artículo 10 N° 1 del Código Penal y corresponde aplicar una medida de seguridad, deberá continuar el procedimiento penal respetando ciertas reglas especiales. Una de ellas es que el procedimiento no se podrá seguir conjuntamente contra sujetos enajenados mentales y otros que no lo fueren (art. 463 letra a) CPP). De allí que las acusaciones deducidas en contra de coimputados por el mismo hecho deban dar lugar a un juicio oral separado. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que como el procedimiento ordinario es de aplicación supletoria, podrán debatirse y resolverse en la audiencia de preparación del juicio oral las solicitudes y correcciones que se hubieren planteado en los respectivos escritos de requerimiento y de contestación a los mismos. Finalmente, el juez de garantía dictará el auto de apertura del juicio oral.

3.4. El juicio oral

El juicio oral se tramitará conforme a las reglas del procedimiento ordinario, con la particularidad que debe realizarse a puerta

cerrada, sin la presencia del enajenado mental, cuando su estado imposibilite la audiencia (art. 463 letra b) CPP). La redacción de la norma ofrece dudas.[274] Sobre su sentido para el legislador, sólo existe constancia de una intervención en la Cámara de Diputados, en la que se estableció que la disposición constituye una medida de protección para el enfermo mental, por estimarse que "exigirle que interactúe con las personas que no son enfermas mentales puede ponerlo en situaciones que no corresponden".[275] Pareciera que la restricción de carácter general en los juicios contra enajenados mentales se refiere únicamente a la publicidad del juicio. Mientras no exista peligro de atentado contra sí mismo o terceros no puede negarse al acusado su derecho a estar presente en el juicio dirigido contra su persona. En consecuencia, la única medida de protección admisible sería la realización del juicio a puerta cerrada, para evitar perturbaciones en el desarrollo de la audiencia, provenientes del público. Una restricción adicional y excepcional estará constituida por la posibilidad de que el juicio se desarrolle sin la presencia del acusado enajenado mental, "cuando su estado imposibilite la audiencia", esto es, cuando por las características particulares de su enfermedad no pueda desarrollarse normalmente la audiencia o pueda atentar contra sí mismo o terceros, etc.

3.5. La sentencia

El tribunal del juicio deberá adquirir convicción, más allá de toda duda razonable, de que se cometió un hecho típico y antijurídico y que el imputado tuvo participación en él. Por ello, la letra c), primera parte, del artículo 463 CPP establece, como regla especial, que el tribunal deberá absolver al imputado si no constata la existencia de ambos extremos.

---

[274] La confusión se produce por la ubicación de las comas, que permiten formar dos frases con sentido diferente: a) el juicio debe realizarse a puerta cerrada y sin la presencia del enajenado mental *sólo y cuando* su estado imposibilite la audiencia, o b) el juicio debe realizarse (siempre) a puerta cerrada, (pero) sin la presencia del enajenado mental cuando su estado imposibilite la audiencia.

[275] PFEFFER, cit., p. 438.

Sin embargo, ¿qué ocurre si el tribunal, en uso de sus facultades para valorar libremente la prueba, adquiere la convicción que el imputado no es un enajenado mental o que no estaba en tal estado cuando cometió el delito, y que por lo tanto es culpable del hecho que se le atribuye? A nuestro juicio, la situación es insalvable sin producir la nulidad del juicio. En efecto, el requerimiento del fiscal presupone el reconocimiento del estado de enajenación mental del imputado y sólo plantea la aplicación de una medida de seguridad, pues la ley no admite la petición subsidiaria de una pena. Por otro lado, el derecho de defensa del requerido se vería seriamente afectado si, durante el juicio, se plantea su posible responsabilidad criminal y la consiguiente solicitud acerca de la aplicación de una pena. En este supuesto, el defensor carecería de la posibilidad de ofrecer prueba para desvirtuar aquella que hubiere fundado la convicción del tribunal en este sentido.

Por tanto, no existe la posibilidad de subsanar la hipótesis planteada, ni aun mediante el recurso que provee el inciso 2º del artículo 341 CPP, pues dicha disposición se refiere a la calificación jurídica del hecho o sus circunstancias modificatorias, esto es, al delito, y no a la situación de la exigibilidad del sujeto frente al hecho, como es la cuestión de la culpabilidad. Su aplicación analógica sería *in malam parte* y, por tanto, prohibida por el ordenamiento jurídico-penal.

La segunda parte de la letra c) del art. 463 CPP dispone que si el tribunal adquiere convicción, en los términos del artículo 340 CPP, acerca de la existencia del injusto y la participación en él del imputado, *podrá* imponer al inimputable una medida de seguridad. Ello constituye una facultad del tribunal, pues podría estimar que el sujeto no es peligroso y, por tanto, no se justifica la aplicación de una medida de seguridad. También podría resolver la aplicación de otra menos intensa, si estima que la medida solicitada por el fiscal es desproporcionada con el hecho cometido y el pronóstico de peligrosidad.

4. SITUACION PROCESAL DEL IMPUTADO QUE CAE EN ENAJENACION MENTAL DURANTE EL PROCEDIMIENTO (ART. 465 CPP)

Esta hipótesis se diferencia de la anterior en que el imputado es capaz de culpabilidad o imputable al momento de cometerse el hecho punible, pero cae en enajenación mental después de iniciarse el procedimiento en su contra. En efecto, la causal de exención de responsabilidad criminal contemplada en el artículo 10 Nº 1 del Código Penal se funda en la ausencia de capacidad de culpabilidad del sujeto al momento de cometer el hecho y, por tanto, la imposibilidad de hacerlo responsable penalmente, situación que determinará, por regla general, el sobreseimiento definitivo de la causa por aplicación del art. 250 letra c) CPP, excepto cuando sea necesario aplicar una medida de seguridad. En efecto, si bien no existirían razones preventivo-generales para imponerle una pena,[276] sí podría haber una necesidad preventivo-especial que justificase la imposición de una medida de seguridad, como un tratamiento específico.[277] Por su lado, el individuo que cometió el hecho culpablemente, pero que en algún momento posterior a su consumación cae en enajenación mental se halla sujeto a un tratamiento procesal y punitivo similar al anterior, pero por razones diferentes. Se trata, en la especie, de la enajenación mental como una causal de in-

[276] Función propia de la pena, no así la preventivo-especial. Desde esta perspectiva, castigar a un inimputable sería innecesario, pues no constituye un sujeto con la competencia para poner en tela de juicio la validez de la norma; la confianza en la vigencia de las normas penales continuaría incólume a pesar de la infracción. En la posición funcionalista radical de JAKOBS, el inimputable no es definido como un igual; faltando la igualdad, se renuncia a la estabilización de la expectativa normativa que deba imponerse contrafácticamente por la defraudación del autor. En estos casos, a lo más se reacciona ante la frustración de una expectativa *cognoscitiva,* no normativa; esto es, la medida de seguridad pretende resolver cognoscitivamente el conflicto, a través de la eliminación de peligros. Se custodia al autor, se lo cura o se lo educa siempre que no pueda prescindirse de toda reacción, cuando quepa entender al hecho como desgracia ocasional (*Derecho Penal,* P.G. (Fundamentos y teoría de la imputación), 2ª ed., corregida, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 37 y ss., pp. 593 y ss., sobre el concepto de igualdad como elemento constitutivo del concepto de imputabilidad, vid. pp. 598 y ss.).

[277] Sobre la finalidad preventivo-especial de las medidas de seguridad y bibliografía citada, vid. SILVA SANCHEZ, "Consideraciones...", cit., pp. 95 y ss.

capacidad procesal sobreviniente, esto es, la ausencia de condiciones psíquicas o mentales para representar racionalmente sus intereses, ejercer sus derechos y conducir su defensa de forma inteligente o inteligible.[278] Pero como respecto de este individuo también puede existir un pronóstico de peligrosidad futura, la ley también contempla la posibilidad de aplicar medidas de seguridad en esta hipótesis.

En el caso de enajenación mental sobreviniente, y de conformidad con lo dispuesto en el inciso 1° del art. 465 CPP,[279] el juez de garantía deberá decretar, a petición del fiscal o de cualquiera de los intervinientes y previo informe psiquiátrico, el sobreseimiento temporal del procedimiento hasta que desaparezca la incapacidad del imputado o el sobreseimiento definitivo, si se trata de una enajenación mental incurable. Esta regla sólo se aplicará cuando no proceda la terminación del procedimiento por cualquier otra causa, con la limitación que plantea el inciso 2° del artículo 461 CPP. Asimismo, no procederá el sobreseimiento temporal o definitivo si, al momento de caer en enajenación mental el imputado, se hubiere formalizado la investigación o se hubiere deducido acusación en su contra y el fiscal estima que corresponde adoptar una medida de seguridad. En tal caso, deberá presentar un requerimiento solicitando su aplicación en los términos señalados en el párrafo 2° del Título VII del Libro IV CPP.

La diferente regulación del art. 465 con la del art. 252 letra c) CPP plantea ciertas dudas, como también el diferente tratamiento procesal al caso del enajenado mental peligroso que comete el delito en tal estado respecto de aquel cuya enfermedad sobreviene con posterioridad al hecho imputado.

Si se observa la redacción de la causal de sobreseimiento temporal contenida en la letra c) del art. 252 CPP pareciera concluirse: a) que el sobreseimiento temporal siempre debiera decretarse en el caso de enajenación mental sobreviniente, y b) que la causal se configura si el imputado cae en enajenación mental "después de cometido el delito" y no "después de iniciado el procedimiento", como señala el art. 465 CPP. Una interpretación

[278] ROXIN, *Derecho Procesal Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 168; VOLK, *Strafprozessrecht*, C.H. Beck, München, 1999, p. 115.

[279] Cfr. también arts. 250 letra c) y 252 letra c) CPP.

razonable de ambos preceptos sería aquella que entendiera que prevalece el art. 465 CPP, en el primer caso, y el art. 252 letra c) CPP, en el segundo.

En efecto, la posibilidad de decretar un sobreseimiento definitivo en caso de enfermedad mental incurable es plenamente coherente con el fundamento de la institución: quien nunca podrá defenderse materialmente y ejercer en plenitud sus derechos en el proceso penal debe ser sobreseído definitivamente y no sólo temporalmente. Por otro lado, pensamos que para la aplicación de estas normas es suficiente que el imputado caiga en enajenación mental *después de cometido el hecho*, se haya o no iniciado el correspondiente procedimiento penal, pues el fundamento siempre es el mismo: el sujeto carecerá siempre de capacidad para defenderse materialmente de la imputación jurídico-penal. En este sentido resulta más acertada la regulación del art. 252 letra c) del CPP, que se refiere al imputado que cae en enajenación mental "después de cometido el delito". Otra interpretación dejaría fuera de esta regulación a quien devino enajenado mental después de cometido el hecho pero antes de iniciarse la persecución penal en su contra. Evidentemente, para que se dicte sobreseimiento temporal o definitivo, o se aplique alguna medida de seguridad, se requiere que haya comenzado el procedimiento pero como es fácil advertir, ello no es requisito indispensable para la determinación del estatuto regulativo aplicable al enajenado mental.

Por otro lado, el inciso final del art. 465 CPP pareciera dar a entender que deben haberse realizado ciertas actuaciones procesales por parte del ministerio público *antes* de que el imputado caiga en enajenación mental para poder solicitar la aplicación de una medida de seguridad, cuando concurran sus presupuestos, conforme al procedimiento establecido en el párrafo 2° del Título VII del CPP. Como es evidente, ello no puede plantearse respecto del imputado que hubiere cometido el delito estando en situación de enajenación mental. No vemos la razón de la restricción procesal en el primer caso. Si el presupuesto de aplicación de la medida de seguridad es la posibilidad de realización de hechos futuros peligrosos que surge de la existencia de una enfermedad mental en el sujeto no se advierte por qué la solicitud de su imposición deba subordinarse a un acaso o al azar, esto es, a la circunstancia que la enajenación mental sobreven-

ga *después* de realizados ciertos actos procesales del ministerio público. En nuestra opinión, cualquiera sea el momento procesal en que sobrevenga la enfermedad mental del imputado podrá solicitarse la aplicación de una medida de seguridad, si se dan sus presupuestos.

Si el estado de enajenación mental del imputado es transitorio, posibilidad que la psiquiatría forense ha controvertido y puesto en tela de juicio a propósito de los "intervalos lúcidos" a que se refiere el artículo 10 N° 1 del Código Penal,[280] el procedimiento penal deberá ser reiniciado a fin de que el imputado sea enjuiciado conforme a las reglas generales (art. 254 CPP).

5. LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD CONTEMPLADAS EN LEYES ESPECIALES

No podemos concluir esta problemática sin referirnos, siquiera brevemente, a las medidas de seguridad contenidas en la Ley N° 19.925, sobre expendio y consumo de bebidas alcohólicas, y en la Ley N° 19.366, sobre tráfico ilícito de drogas estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

La antigua Ley N° 17.105, de Alcoholes, fue modificada, primero, por el artículo 50 de la Ley N° 19.806, de 31 de mayo de 2002, y, poco tiempo después, por la Ley N° 19.814, de 15 de julio de 2002. Finalmente fue derogada por la Ley N° 19.925, publicada en el Diario Oficial el 19 de enero de 2004, que estableció una nueva regulación de las infracciones referidas al expendio y consumo de bebidas alcohólicas, erradicando definitivamente los delitos de conducción de vehículos con ingesta de alcohol y trasladándolos a la Ley del Tránsito. La Ley N° 19.806 había atribuido competencia a los jueces de garantía para conocer de la solicitud, efectuada por el ministerio público, para la aplicación de alguna de las medidas "de protección"[281]

[280] Cfr. ETCHEBERRY (E.), *Derecho Penal*, P.G., t. I, cit., pp. 282-283, quien señala que sólo puede haber una remisión aparente del trastorno mental, pues la enfermedad sigue latente e influyendo en los procesos psíquicos, aunque reconoce que es un tema controvertido en la disciplina psiquiátrica.

[281] Es interesante destacar que mientras la Ley N° 19.806 las denominó medidas de protección, la Ley N° 19.814 sólo se refirió a ellas como "medidas".

que se contemplaban para el ebrio contumaz y que la Ley N° 17.105, antigua Ley de Alcoholes, castigaba como autor de falta. Por su parte, la Ley N° 19.925, sobre Expendio y Consumo de Bebidas Alcohólicas (en adelante, LECBA), contempla, en su Título II, las denominadas "medidas de prevención y rehabilitación" para el consumo de alcohol y la embriaguez en lugares públicos. Pareciera que la intención del legislador ha sido privar de connotación punitiva a los comportamientos relacionados con la embriaguez, asignándoles consecuencias con contenido terapéutico-rehabilitador. Resulta discutible, como veremos, que se trate de medidas de protección al ebrio; y, por tanto, exentas de todo contenido punitivo.[282] Revisaremos, en cambio, si ellas pueden ser concebidas como auténticas medidas de seguridad.

Las medidas de prevención y rehabilitación previstas en la ley deben ser aplicadas por el juez de policía local competente y están previstas para quienes fueren sorprendidos consumiendo bebidas alcohólicas en lugares de uso público (art. 25 LECBA) o en manifiesto estado de ebriedad, cuando se encuentren en los mismos lugares (art. 26 LECBA). En el primer caso, las medidas consisten en una multa de hasta una unidad tributaria mensual o amonestación, cuando aparecieren antecedentes favorables para el infractor. Por su parte, las medidas contenidas en el art. 26 LECBA podrán ser impuestas a toda persona que hubiere sido sorprendida más de tres veces en un mismo año en manifiesto estado de ebriedad en la vía pública o en lugares de libre acceso al público. Ellas pueden consistir: a) en la obligación de someterse a un tratamiento médico o sicológico destinado a la rehabilitación, o b) en la internación en un centro hospitalario o comunidad terapéutica que cuente con programas para el tratamiento del alcoholismo. En cuanto poseen una

[282] Acerca de su posible carácter de medida de protección, tal resulta sumamente discutible, pues se trata de consecuencias que pueden imponerse coactivamente al sujeto y que afectan derechos o bienes personalísimos. La protección forzosa de las personas no resulta legítima en el marco de un orden constitucional que reconoce la autonomía ética y la libertad de autodeterminación de las personas. Por consiguiente, sólo cabe entender tales infracciones como faltas y la consecuencia jurídica asociada a ella, como una pena. Lo demás es puro eufemismo (vid. GARZON VALDES (E.), "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. XIII, N° 3, Buenos Aires, 1987, pp. 155 y ss.).

finalidad rehabilitadora y su duración depende del tratamiento adecuado para alcanzar el fin perseguido,[283] nada impediría una solicitud de reducción del plazo de duración de la medida fijado por el juez si el sujeto ha experimentado una evolución favorable en su tratamiento, pues la medida sólo debería mantenerse si subsiste la razón por la cual fue impuesta.

Se establece que el juez de policía local podrá requerir los informes y diligencias que estime convenientes, a efectos de determinar el diagnóstico de habitualidad de ingesta alcohólica. Por otro lado, la resolución del juez deberá precisar la duración de la medida, que no podrá exceder de noventa días, renovable, por una vez, por un período similar (art. 26 incisos 3° y 4° LECBA).

La "medida" de multa que puede imponerse a las personas que son sorprendidas consumiendo bebidas alcohólicas en lugares públicos tiene carácter manifiestamente punitivo y no puede ser entendida como una medida de seguridad, esto es, con contenido preventivo-especial, pues afecta fundamentalmente el patrimonio de la persona.[284] Sí pueden ser vistas como tales, en cambio, las medidas previstas para el ebrio contumaz, es decir, aquella persona que es sorprendida más de tres veces en un mismo año en estado de ebriedad en lugares públicos, con las objeciones que hemos hecho precedentemente. Ellas poseen un claro contenido terapéutico, pues están orientadas a la desintoxicación o deshabituación del ebrio.

El problema fundamental que presentan es que pueden ser impuestas coactivamente al sujeto. En efecto, en tanto pueden imponerse contra la voluntad del afectado por la realización de conductas que no constituyen un delito, sino que exteriorizan una forma de vida "peligrosa" o "antisocial" constituirían medidas de seguridad predelictuales, ilegítimas en un Estado democrático de derecho, que sólo admite la culpabilidad por el hecho realizado y no por la conducción de vida. La interrogante que

[283] Se contempla, sin embargo, un plazo máximo de 90 días de duración de la medida, renovable, por una vez, por un período similar (art. 26 inciso 4° LECBA).

[284] Sí podría concedérsele tal carácter a la amonestación, la que tiene un carácter socioeducativo en el ámbito de la delincuencia juvenil y punitivo en el derecho penal disciplinario, pero que no encuentra justificación alguna en un derecho penal de adultos no sometidos a relaciones de sujeción con el Estado.

surge, entonces, es la siguiente: ¿puede el Estado imponer legítimamente medidas de seguridad en razón de un estado –la ebriedad– que todavía no se ha demostrado peligroso a través de la comisión de un delito? Se objetará, tal vez, que tales medidas tienen una finalidad de protección y tutela ante una "patología", un mal que aqueja al sujeto y que le hace daño. La respuesta es la misma aducida para el rechazo de cualquier medida pre-delictual, aunque ella se ampare en consideraciones tutelares. Un Estado de Derecho que reconoce como límite a su soberanía los derechos fundamentales de las personas, entre ellos la autonomía personal y ética que se deriva del derecho a la libertad y el valor de la dignidad humana, carece de legitimidad para intervenir punitivamente –pues las medidas de seguridad forman parte del *ius puniendi*–[285] cuando no se ha cometido una infracción que previamente ha sido designada como delito por la ley.

En efecto, en tanto el consumo de bebidas alcohólicas en lugares públicos y la ebriedad –incluso habitual– no son conductas por sí solas constitutivas de ilícito alguno, se estaría presumiendo *iure et de iure* su peligrosidad a partir de ciertos *estados* o *situaciones,* lo que, a nuestro juicio, sería inconstitucional a partir de los valores de la dignidad e igualdad de la persona humana consagrados en el art. 1° inciso 1° CPR y en el artículo 19 N° 3 inciso 6° CPR, que prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. En este sentido, el Tribunal Constitucional español señaló, en sus importantes sentencias de 14 de febrero de 1986 y 19 de febrero de 1987, que aunque se afirme que la pena es un instrumento para sancionar la culpabilidad y la medida de seguridad un mecanismo para tratar la peligrosidad criminal, *tanto la pena como la medida de seguridad* constituyen privaciones o restricciones de derechos impuestas en el ámbito penal; por tanto, ambas deben ser consideradas como auténticas *sanciones penales.* Las sentencias individualizadas reafirmaron la vigencia del principio de legalidad también para las medidas de seguridad, señalando que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

[285] ZUGALDIA ESPINAR (J.M.), *Fundamentos de Derecho Penal,* 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pp. 142, 148-149.

constituyan delito o falta según la legislación vigente al momento de su realización. De allí que la doctrina española extrajo, entre otras, una consecuencia fundamental: el carácter inconstitucional de las medidas de seguridad predelictuales contenidas en la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, que contemplaba como estados peligrosos la vagancia, la mendicidad, la prostitución, las toxicomanías y la ebriedad habituales, entre otros, en cuanto ellas suponen imponer una sanción penal –y la medida de seguridad lo es– a quien aún *no* ha realizado ningún hecho previsto por la ley como delito, esto es, no ha "exteriorizado" su peligrosidad mediante la realización de un injusto penal.[286]

De otro lado, surge la duda acerca de la idoneidad del procedimiento seguido ante los juzgados de policía local para asegurar la garantía del debido proceso del afectado con la posible aplicación de la medida. En nuestra opinión, fue más acertada la decisión legislativa de la Ley N° 19.806, que atribuía competencia a los jueces de garantía en un procedimiento especial.

Asimismo, es importante observar que el inciso final del art. 25 LECBA establece que "las disposiciones precedentes se entenderán sin perjuicio de la responsabilidad que procediere por los delitos o faltas cometidas por el infractor", esto es, las medidas previstas en ambos preceptos podrán imponerse sin perjuicio de las sanciones que correspondan por las demás infracciones que cometa el afectado. Ello supone la eventual *aplicación copulativa* de una pena y una medida de seguridad, cuestión que la doctrina ha rechazado por contravenir el principio *non bis in idem*, esto es, por significar la doble sanción de unos mismos hechos.[287] Ante la inexistencia de una regulación general expresa en el Código Penal sobre las medidas de seguridad y su aplicación conjunta con penas, la solución del caso pasa por la aplicación de los principios generales de limitación del *ius puniendi* estatal.[288]

---

[286] Por todos, vid. ZUGALDIA ESPINAR, cit., pp. 147 y ss.

[287] ZUGALDIA, cit., pp. 148 y 166 y ss.

[288] Para impedir la infracción del principio *non bis in idem*, sólo cabría entender su imposición vicarial: primero debiera cumplirse la medida por el lapso indicado en la sentencia, y sólo si existen necesidades preventivo-especiales que la justifiquen, podría aplicarse pena por el remanente de tiempo excluido el lapso de cumplimiento de la medida (cfr. GARCIA-PABLOS, *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 1995, p. 153; también ZUGALDIA ESPINAR, cit., pp. 147 y ss.).

Por último, cabe señalar que el Código Sanitario también prevé la posibilidad de internación administrativa de alcohólicos, en que el presupuesto básico para su salida es la garantía de control y vigilancia del enfermo de modo de asegurar que aquél no atentará contra sí mismo o contra terceros (arts. 130 y ss. CS).

La Ley N° 19.366 sobre Tráfico ilícito de drogas Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (LTESP) estableció que quienes fueren sorprendidos consumiendo algunas de las drogas prohibidas por dicha ley "serán sancionados con alguna de las siguientes *penas*" (art. 41 inciso 1° LTESP):

a) multa de media a diez UTM;
b) asistencia obligatoria a programas de prevención hasta por 60 días en instituciones consideradas como idóneas por el Servicio de Salud de la ciudad asiento de la Corte de Apelaciones respectiva.

La similitud de estas "penas" con las "medidas" contempladas en la LECBA muestra que no existe claridad conceptual del legislador al respecto.[289] Pareciera evidente que la consecuencia penal contenida en la letra b) del artículo 41 LTESP es una medida de seguridad, por su contenido esencialmente preventivo especial orientado a evitar que el sujeto continúe consumiendo drogas ilegales, conducta que *per se* el legislador considera peligrosa aunque no se haya afectado ningún bien jurídico de otra persona. Nuevamente, y como viéramos respecto de la ebriedad, nos encontramos frente a una medida de seguridad de carácter pre-delictual.

La doctrina penal suele rechazar el merecimiento de pena del consumo de drogas prohibidas, ya sea porque se trataría de un delito sin víctima o ya porque con la intervención punitiva en este ámbito personalísimo se estaría invadiendo ilegítimamente la esfera de la intimidad y libertad de las personas. Pero, además, porque hay el convencimiento de que el derecho penal no sólo no resuelve el problema sino que se intensifican con la criminalización.[290] No obstante, el legislador opta por el castigo,

[289] Ello se aprecia, además, en la calificación de "medidas" que hace de las consecuencias penales contempladas en el artículo 46 LTESP, pero esta vez, para menores de 18 años y mayores de 16 años, hayan o no obrado con discernimiento.

[290] Cfr. VAN SWAANINGEN (R.), "Política de drogas: ¿control de pecados o de estimulantes", en POLITOFF/MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada*

pero permitiendo una solución terapéutica. El inciso 6º del citado artículo 41 LTESP señala que "el tribunal determinará la sanción correspondiente de acuerdo con las circunstancias personales del infractor y que conduzcan mejor a su rehabilitación", esto es, se impone coactivamente al sujeto un tratamiento para su rehabilitación, en circunstancias de que no ha cometido un delito, presupuesto para la imposición de cualquier medida de seguridad legítima. Las analogías con planteamientos propios de un derecho penal de autor y, especialmente, con la ideología del tratamiento[291] parecen inevitables. Debe señalarse, sin embargo, que la propia ley establece un límite temporal a esta medida, de manera que ella deberá cesar aunque no se hayan cumplido los fines preventivo-especiales perseguidos.

El carácter terapéutico de la intervención punitiva queda en evidencia con la disposición del artículo 45 LTESP, cuando dispone que toda sentencia condenatoria por alguna de las faltas de la ley establecerá la obligación del condenado de ser examinado por un médico calificado por el Servicio de Salud correspondiente con el fin de determinar si es o no dependiente de substancias estupefacientes o sicotrópicas, la gravedad de tal dependencia y el tratamiento que debiera seguir el "afectado". Recibido el informe, el tribunal le hará notificar la resolución que le imponga el tratamiento aconsejado en el dictamen médico. Se plantea, incluso, la posibilidad de arresto hasta por 8 días en caso de *resistencia o negativa* del "afectado" a practicarse el examen o el tratamiento médico decretado, pudiendo repetirse el apremio.

¿Qué naturaleza tiene esta "obligación" del condenado? No olvidemos que se trata de una persona a quien ya se le ha impuesto alguna de las consecuencias penales a que se refiere el artículo 41 LTESP. Entonces, ¿cuál es el fundamento de esta obligación que

y tráfico ilícito de estupefacientes, Conosur, Santiago, 2000, pp. 119 y ss.; GONZALEZ ZORRILLA (C.), "Drogas y cuestión criminal", en BERGALLI y otros, *El pensamiento criminológico*, vol. II (Estado y control), Temis, Bogotá, 1983, pp. 179 y ss.; ESCOHOTADO (A.), *Aprendiendo de las drogas* (Usos y abusos, prejuicios y desafíos), 8ª ed., Anagrama, Barcelona, 1998.

[291] Sobre el origen de la ideología del tramiento y su relación con la teoría de la prevención especial, vid. BUSTOS (J.), *Introducción al Derecho Penal*, Conosur, Santiago, 1989, pp. 82 y ss.

incluso puede imponerse coactivamente al condenado, mediante sucesivos apremios? Se trata, evidentemente, de una nueva medida de seguridad, esta vez fundada en un *estado* del sujeto que se considera peligroso: su drogodependencia.[292]

Similares "medidas" se prevén para los menores de 18 y mayores de 16 años, hayan obrado o no con discernimiento; mientras que a los menores de 16 años, que hubieren incurrido en las conductas descritas en el artículo 41 LTESP, podrán imponérseles alguna de las medidas establecidas en la Ley N° 16.618, de menores, o la prevista en el N° 1 del artículo 46 LTESP, si resulta conducente a su rehabilitación. Se añade que el juez deberá, en todo caso, ordenar el examen médico a que se refiere el artículo 45 LTESP y "disponer la obligación del menor de seguir el tratamiento que se aconseje, pudiendo ordenar las medidas conducentes a su cumplimiento".

[292] Es importante destacar que a la ausencia de un delito cometido se añade la inexistencia de una prognosis de peligrosidad del sujeto, pues no se exige que el examen médico recaiga sobre este aspecto. En consecuencia, la peligrosidad se presume *iure et de iure* por la situación de drogodependencia.

XIII. EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD*

1. INTRODUCCION

Conforme al artículo 467 del Código Procesal Penal, la ejecución de las sentencias penales debe efectuarse de acuerdo con las normas del párrafo 2° del Título VIII del Libro IV del CPP y con las establecidas en el Código Penal y demás leyes especiales. En general, estas normas regulan aspectos generales sobre el cumplimiento de las penas o medidas de seguridad impuestas en la sentencia, según la clase o naturaleza de las mismas. Especial importancia tiene la ejecución de las penas privativas de libertad, pues se trata de la pena más grave y frecuente que contempla el ordenamiento punitivo chileno. Por ello, nos parece oportuno y relevante efectuar algunas reflexiones previas en torno a la regulación de esta materia.

La legislación penitenciaria somete a sus normas tanto a los detenidos, a las personas sujetas a prisión preventiva, como a los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas.[1] Sin embargo, existe una importante diferencia entre los diferentes estatus jurídicos de cada uno de ellos. Con relación a los detenidos y presos preventivos existe una regulación legal bastante estricta en el Código Procesal Penal, el que contempla diversos medios para reclamar la tutela jurisdiccional en caso de ilegalidad o abuso.[2] En cambio, respecto de las personas con-

---

* Capítulo preparado por María Inés Horvitz L.

[1] Vid. Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, Decreto N° 518/98, de 21 de agosto de 1998, arts. 1, 2, 6 y 24.

[2] Vid. arts. 95 y 150 CPP, y especialmente, su inciso final; también t. I, cap. VI, A.3.6. y 4.8.

denadas a penas privativas de libertad, la fuente de la regulación tiene rango reglamentario, infringiéndose el principio de legalidad en la ejecución penal,[3] los mecanismos jurisdiccionales y administrativos existentes son insuficientes para la adecuada protección jurídica de los derechos que no han sido afectados por la pena o la medida de seguridad, como examinaremos más adelante.

En efecto, esta materia ha estado siempre regulada, en lo esencial, por reglamentos, por expresa disposición de la ley.[4] Y ello no obstante que el artículo 80 inciso 1° del Código Penal expresa que "no puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto". En efecto, primero se dictó un reglamento que rigió ininterrumpidamente entre 1928 y 1992; después otro que estuvo vigente entre 1992 y 1998[5] y, finalmente, está el Decreto N° 518, de 21 de agosto de 1998, que se encuentra actualmente vigente. En efecto, la ley ha delegado a la potestad reglamentaria la regulación del cumplimiento de las penas privativas de libertad, de los castigos disciplinarios, de la naturaleza, tiempo y demás circunstancias de los trabajos, de las relaciones de los penados con otras personas, de los socorros que pueden recibir y del régimen alimenticio (art. 80 inciso 2° CP).

El Reglamento Penitenciario de 1998 (RP) constituye un importante esfuerzo por adaptar la legislación interna a las obligaciones emanadas de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados y vigentes en Chile, lo que el propio reglamento señala en su artículo 4°. Son de gran relevancia, en este sentido, normas como las del artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos, que establecen que

[3] Vid. MERA (J.), "Adecuación del derecho penal chileno al derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie especial N° 6, Santiago, 1996, pp. 390 y ss.

[4] Vid. arts. 80 inciso 2° y 86 Código Penal.

[5] Un examen de las ideas matrices y las críticas dirigidas a ambos Reglamentos, puede verse en JIMENEZ (M.A.), "Consideraciones criminológicas en torno al nuevo Reglamento Penitenciario", en Revista de Ciencias Penales, tomo XL N° 1, 1990-1993, pp. 76 y ss.

toda persona privada de libertad deberá ser tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.[6] Para el Reglamento, la finalidad declarada del tratamiento penitenciario es la atención, custodia y asistencia de detenidos, sujetos a prisión preventiva y de los condenados; así como la acción educativa necesaria para la reinserción social de los sentenciados a penas privativas de libertad o sustitutivas de ellas (arts. 1° y 24).

Por su parte, el artículo 2° RP señala expresamente que será principio rector de la actividad penitenciaria "el antecedente que el interno se encuentra en una relación de derecho público con el Estado, de manera que fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurídica es idéntica a la de los ciudadanos libres", y así plantea que "la Administración Penitenciaria procurará la realización efectiva de los derechos humanos compatibles con la condición del interno" (art. 5° RP). Y por otra parte, prohíbe las torturas, tratos crueles, inhumanos y degradantes, de palabra o de obra, y establece que los internos no serán objeto de rigores innecesarios (art. 6° RP y art. 15 de la Ley Orgánica de Gendarmería de Chile).

Con relación al derecho básico de respetar la dignidad humana, las condiciones de vida en las cárceles chilenas distan mucho de conferir un trato digno a los reclusos. La situación altamente deficiente en este ámbito no sólo responde a la falta de consideración de este tema en la agenda pública –con alguna excepción en el año 1991, a la que haremos alusión más adelante– sino también a la fuerte presión punitiva que los problemas de inseguridad ciudadana producen en el sistema de justicia criminal y, dentro de éste, en la institución penitenciaria.

Así, durante la última década del régimen militar se produjo un crecimiento explosivo de la población privada de libertad, especialmente en el ámbito de las detenciones. El gobierno democrático enfrentó este problema y durante una primera etapa se produjeron reducciones significativas, probablemente atribuibles

[6] También están las "Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos", de 1955, o los "Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión", de 1988, aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

a la dictación de normas que mejoraron algunas garantías procesales. Sin embargo, con posterioridad se retornó a un aumento, aunque más moderado, de la población privada de libertad, constituyendo el encarcelamiento y el permanente estado crítico del sistema penitenciario las formas habituales y prácticamente únicas de afrontar la situación de alta inseguridad subjetiva que produce el problema de la delincuencia y su manejo mediático.[7] Al hacinamiento carcelario, la falta de higiene, las condiciones infrahumanas de vida, la ausencia de programas de reinserción social se ha añadido la ausencia de instancias jurisdiccionales efectivas ante las cuales plantear sus reclamaciones, incluso frente a las actuaciones de la administración penitenciaria.

Sólo recién en 1991, y con ocasión de un conjunto de hechos problemáticos ocurridos en los recintos penales, la Cámara de Diputados creó una Comisión Especial para investigar y emitir un informe acerca de la situación penitenciaria nacional y, además, para proponer políticas de superación de los problemas críticos del mismo. El informe que emitió dicha Comisión,[8] y que podríamos designar como el primer planteamiento de política penitenciaria basado en un diagnóstico serio y global de la realidad de las cárceles chilenas, identificó las siguientes grandes dificultades en esta área: altos índices de hacinamiento (más del doble de la capacidad de todos los centros penitenciarios, y en algún caso más de 6 veces la capacidad del respectivo centro carcelario), un importante déficit de personal penitenciario, y, especialmente, la inexistencia de un cuerpo legal que regulase todo lo relacionado con la ejecución de las penas y de los pro-

[7] Una interesante descripción de la situación al inicio de la transición democrática chilena se halla en el texto de proposiciones de la Asociación de Política Criminal a la Comisión Especial de la Cámara de Diputados que investigó los problemas carcelarios, en 1991. Una parte de dicho texto se encuentra en MERA/DUCE (comps.), *Introducción al sistema penal*, Textos de docencia universitaria, UDP, 1996, pp. 361 y ss. Vid., para la situación en el derecho comparado, CAFFERATA (J.I.), "Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana", del mismo (comp.), *Justicia penal y seguridad ciudadana (contactos y conflictos)*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, pp. 19 y ss. Un análisis actual de la relación entre medios de comunicación, sistema penal e inseguridad ciudadana fue realizado por el Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana (INAP, U. de Chile); cfr. DASTRES (C.), "Cómo muestran los medios el sistema penitenciario?", en Boletín del Ministerio de Justicia N^{os} 4-5, 2003, pp. 73 y ss.

[8] Vid. supra nota 7.

cedimientos jurisdiccionales para tutelar el respeto de los derechos de los penados y controlar la aplicación de las normas penitenciarias. Sin embargo, ningún esfuerzo serio se hizo por implementar las propuestas sugeridas por la Comisión y la crisis penitenciaria no ha hecho sino agudizarse año tras año.

Como hemos señalado repetidamente, no existe en Chile una ley que regule de modo orgánico y unitario todas la materias relacionadas con la ejecución de penas y medidas de seguridad. Lo que tenemos es una legislación fragmentaria, dispersa, no exenta de contradicciones, y en que importantes materias, por su incidencia sobre los derechos y garantías del recluso (como el régimen penitenciario), se encuentran contenidas en reglamentos, infringiéndose el principio de legalidad en la ejecución de las penas y el principio republicano de separación de poderes. En efecto, resulta altamente criticable que, siendo la propia autoridad administrativa la que dicta dichos reglamentos, sea, al mismo tiempo, la que se encuentra encargada de aplicarlos y cumplirlos, dejándose esta materia entregada al autocontrol y vulnerándose el principio republicano de separación de los poderes. Por ello, resulta de gran relevancia la norma contenida en el artículo 466 CPP, cuando establece que durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, podrán intervenir ante el competente juez de garantía el ministerio público, el imputado y su defensor. Esta situación permitirá a las partes hacer valer los recursos jurisdiccionales y administrativos que correspondan para resguardar los intereses que representan, con independencia de la actuación de las autoridades penitenciarias. Esta disposición ha determinado que tanto el ministerio público como la defensoría penal pública hayan comenzado a adoptar decisiones orientadas a enfrentar sus deberes en este ámbito.[9]

En este sentido no debe olvidarse el principio rector establecido en el artículo 2° RP, ratificado en el artículo 6° RP de la siguiente forma: "fuera de los derechos perdidos o limitados por su detención, prisión preventiva o condena, su condición jurí-

[9] Así quedó en evidencia en la discusión generada en el Seminario Internacional sobre "La protección jurídica en el ámbito penitenciario", patrocinado por la GTZ, el Ministerio de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, realizado los días 21 y 22 de agosto de 2003, en la ciudad de Santiago.

dica (del privado de libertad) es idéntica a la de los ciudadanos libres". Sin embargo, estimamos que la protección jurídica de tales derechos, respecto del condenado a una pena privativa de libertad, no ha mejorado sustancialmente. La situación jurídica de los reclusos anterior al reconocimiento de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos era de ausencia de derechos, no obstante que los ordenamientos constitucionales vigentes en Chile jamás los han excluido del catálogo de derechos y garantías que no son afectados por la pena. Para conocer su situación actual es necesario tener en consideración la normativa que establece los medios o recursos de que disponen los internos para hacer valer sus derechos e intereses, entre los cuales destaca el derecho a efectuar peticiones.[10]

En efecto, el artículo 9° RP establece que los internos podrán dirigirse a las autoridades competentes y formular las reclamaciones y peticiones pertinentes, a través de los recursos legales. También podrán presentar a las autoridades penitenciarias peticiones y quejas relativas a su tratamiento o al régimen del establecimiento. Y ¿cuál es el procedimiento administrativo establecido para ejercer este derecho? De acuerdo con lo señalado en el art. 58 RP, las peticiones o reclamaciones deben realizarse en forma individual, verbalmente o por escrito, debiendo ser necesariamente cursadas y contestadas por escrito o verbalmente por el alcaide en las audiencias que conceda. Se establece que en ningún caso el encargado de su recepción podrá negarse a recibirlas o a tramitar las peticiones. Y eso es todo. Cabe suponer que si la reclamación es grave y afecta a personal de Gendarmería, se podrá disponer la instrucción de un sumario o una investigación sumaria para la aplicación de las medidas disciplinarias que correspondan. Es importante señalar que se considera falta leve el hecho de formular reclamaciones relativas a la internación sin hacer uso de los medios reglamentarios o establecidos en disposiciones internas del establecimiento (art. 80 letra h) RP).

[10] Sobre el consolidado derecho de los reclusos a efectuar peticiones en el derecho penitenciario alemán (*Beschwerderecht*), vid. FEEST (J.), "La protección jurídica en el ámbito carcelario alemán", en *Ejecución de penas y reinserción social*, Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia N^{os} 4-5, cit., pp. 105 y ss.

Claramente este procedimiento administrativo es insuficiente y no asegura debidamente los derechos del interno que no son afectados por la pena impuesta. Como señaláramos, no se corresponde con el principio republicano de separación de los poderes que sea la propia autoridad penitenciaria la que resuelva sobre reclamaciones dirigidas en contra de ella misma, por la falta de cumplimiento de sus obligaciones o por abusos cometidos por su personal. Por lo demás, los internos se enfrentan ante la propia autoridad que controla prácticamente todos los aspectos de su vida, circunstancia que los puede inhibir de presentar sus quejas ante el temor a represalias o abusos. En el ámbito jurisdiccional sólo existen las acciones constitucionales de amparo y protección para reclamar la vulneración de los derechos que no han sido afectados por la pena. Sin embargo, recientes investigaciones han mostrado el escaso impacto que ellas han tenido en la protección jurídica de las personas que cumplen condenas en los centros penitenciarios del país.[11] Por otro lado, y aunque el juez del crimen del antiguo sistema tenía competencia para controlar la ejecución de las sentencias penales, tal función se limitaba a despachar los oficios a las autoridades correspondientes para el cumplimiento total de las mismas.[12] Dicha circunstancia hace temer que, por el exceso de atribuciones que le confiere la ley, el juez de garantía se limite a cumplir con los deberes que le impone en los términos señalados en el párrafo 2° del Título VIII, del Libro IV CPP. Las actuaciones que desarrollen el ministerio público y los defensores en esta etapa constituyen la clave para comprobar un cambio sustancial en esta materia.

La judicialización de la ejecución penal exige la existencia de un juez especializado con atribuciones durante toda la fase de cumplimiento de penas y medidas de seguridad. En consecuencia, la solución al problema es la creación de un juez de ejecución de penas, al estilo del que existe en diversos países

[11] El Ministerio de Justicia, la GTZ y el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile se encuentran realizando una investigación sobre la protección jurídica de los penados en Chile, cuyos resultados serán publicados próximamente en la Revista de Estudios de la Justicia (REJ) de la Facultad de Derecho de la U. de Chile.

[12] Vid. art. 509 bis y Títulos I, II y III del Libro IV del CdPP.

europeos[13] y latinoamericanos,[14] con competencia –entre otras atribuciones– para resolver sobre las quejas y reclamaciones que los internos efectúen en contra de la administración penitenciaria. La instancia jurisdiccional especializada aparece como ineludible en el sistema penitenciario de un Estado de Derecho. Asimismo, debe existir un procedimiento jurisdiccional simple, que contemple audiencias orales, y en que siempre sea posible la comparecencia personal del interno.[15] La competencia de este órgano debe contemplar, entre otras atribuciones, la resolución de las reclamaciones que interpongan las personas privadas de libertad cuando se vean afectadas en aquellos derechos que no se encuentren comprometidos con la naturaleza de la pena impuesta. En consecuencia, deberá abarcar la vulneración de derechos realizada por la administración penitenciaria o por terceros, tanto en razón del trato y condiciones de vida en el recinto penitenciario como respecto de la aplicación de medidas disciplinarias al recluso.

2. REGLAS COMUNES A LA EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD

Conforme al artículo 466 CPP, 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. Se añade que el condenado o el curador en su caso, podrá ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria le otorga. Ya nos referimos, en el apartado anterior, los derechos y facultades del penado en la legislación penal y penitenciaria. Dicha legislación no se refiere a la situación

[13] Como Alemania, España e Italia. Cfr. FEEST, cit., p. 108; ALONSO DE ESCAMILLA (A.), *El Juez de Vigilancia Penitenciaria*, Madrid, 1985.

[14] Por ejemplo, Brasil, que fue el primer país que reguló la intervención y funciones del juez de ejecución de penas en su Ley Federal de 1922 y posteriormente en el Código de Procedimiento Penal de 1922 (cfr. MANZANARES (J.L.), "El juez de vigilancia", en AA.VV. *Lecciones de derecho penitenciario*, 2ª ed., Alcalá de Henares, 1989, p. 176).

[15] Así, FEEST, cit., p. 112.

del afectado por una medida de seguridad. No existe, pues, una regulación general y sistemática sobre las medidas de seguridad y su ejecución. El Código Procesal Penal, como sabemos, contiene normas sobre el procedimiento y ejecución de las medidas de seguridad posdelictuales, aunque también señala sus clases, en el artículo 457 inciso 1° CPP.

Frente a la ausencia de un tribunal con competencia exclusiva para conocer de los asuntos que se promuevan con ocasión de la ejecución de penas y medidas de seguridad, el legislador decidió atribuir competencia en este ámbito al juez de garantía. La amplia competencia de los jueces de garantía en la actualidad impide valorar positivamente la decisión legislativa, por las razones que hemos expresado precedentemente, aunque entendemos que ella ha sido provisional, mientras no se creen tribunales especializados.[16]

3. EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS

Las sentencias condenatorias penales sólo pueden ejecutarse cuando se encuentren ejecutoriadas. Esta norma es plenamente coincidente con la establecida en el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil.

Hallándose firme, el tribunal deberá decretar una a una todas las diligencias y comunicaciones que correspondan a los organismos públicos o autoridades que deban intervenir en el cumplimiento total del fallo. El Código distingue, para estos efectos, según la naturaleza de las penas impuestas en la sentencia.

[16] El Ejecutivo había propuesto entregar la supervisión de la medida a los tribunales que hubieren dictado la condena respectiva, mientras no se establecieran tribunales especializados (art. 11 inciso 2° Proyecto), norma que fue aprobada en similares términos por la Cámara de Diputados. Finalmente, se acordó suprimirla para introducir la regla correspondiente en el COT. Asimismo, se objetó conferir el control de la ejecución de las medidas de seguridad a los tribunales, sugiriéndose su atribución al ministerio público o a otra entidad, como los fiscales judiciales. Dicha propuesta, afortunadamente, se rechazó, porque se consideró –en forma correcta– que dicho control debía ser necesariamente una función jurisdiccional, sin perjuicio de lo cual se confirieron importantes atribuciones al ministerio público en esta materia (cfr. **PFEFFER**, cit., pp. 434-435, 441-442 y 453-454).

a) Tratándose de una *pena privativa de libertad*, el tribunal deberá remitir una copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado se encuentra en libertad, deberá ordenar inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procederá conforme a la regla anterior (art. 468 CPP).
b) Si la sentencia ha concedido al condenado alguna de las *medidas alternativas* previstas en la Ley N° 18.216, remitirá copia de la misma a la institución encargada de su ejecución, esto es, a la sección de Tratamiento en el Medio Libre de Gendarmería de Chile (art. 468 CPP).
c) Deberá ordenar y controlar el efectivo cumplimiento de las *multas*, en conformidad con lo dispuesto en el articulo 60 del Código Penal (art. 468 CPP).
d) Deberá ejecutar las *cauciones económicas* cuando el condenado se sustraiga a la ejecución de la pena. Si la caución hubiere sido constituida por un tercero, el tribunal ordenará ponerla en su conocimiento, apercibiéndolo que si el condenado rebelde no comparece dentro de cinco días, se procederá a hacer efectiva la caución. Si la caución consiste en dinero o valores, se procederá a su ejecución conforme a las reglas generales y su monto se destinará a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si la caución no consiste en dinero o valores, actuará como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal pondrá los antecedentes en su conocimiento, oficiándole al efecto (arts. 147, 468 CPP).
e) Deberá ordenar los *comisos* impuestos en la sentencia, distinguiéndose según se trate de dineros y otros valores, especies cuya destrucción resulte necesaria y otras especies.

Los dineros y otros valores decomisados se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si el tribunal estima necesario ordenar la destrucción de las especies, lo que de ordinario ocurrirá tratándose de bienes perecibles, ella se llevará a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que dicha tarea sea encomendada a otro organismo público. Ello ocurrirá en el caso de la destrucción de la droga decomisada por la comisión de alguno de los delitos contem-

plados en la Ley N° 19.366.[17] En todo caso, deberá registrarse la ejecución de la diligencia. Las demás especies decomisadas serán puestas a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que se proceda a su enajenación en subasta pública o a su destrucción, si carecen de valor. El producto de la enajenación será destinado a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Cabe observar que existen reglas particulares sobre el destino de las especies decomisadas en leyes especiales.[18]

Las cosas corporales muebles incautadas o retenidas, pero no decomisadas y que no hubieren sido reclamadas por su legítimo titular tras a lo menos seis meses desde la fecha en que la sentencia se encuentre firme, serán vendidas en pública subasta por el administrador del tribunal previo acuerdo del comité de jueces. Los remates podrán efectuarse dos veces al año. El producto de los remates, así como los dineros y valores retenidos y no decomisados se destinarán a la Corporación Administrativa del Poder Judicial. Si se hubiere decretado el sobreseimiento temporal o la suspensión condicional del procedimiento, el plazo para la subasta será de un año (art. 470 CPP).

La ley establece, además, que en el mes de junio de cada año, los tribunales con competencia en materia criminal presentarán a la respectiva Corte de Apelaciones un informe detallado sobre el destino dado a las especies que hubieren sido puestas a disposición del tribunal (art. 472 CPP).

4. EJECUCION DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Tratándose de una consecuencia jurídica distinta de la pena, cuyo fundamento es la peligrosidad del sujeto exteriorizada en la comisión de un hecho típico y antijurídico, el legislador ha regulado en forma expresa las condiciones y límites de la ejecución de esta medida, siguiendo con ello las tendencias actuales de la legislación penal comparada.[19] Con ello se somete el siste-

[17] Cfr. art. 26 Ley N° 19.366 (LTESP).

[18] Vid. art. 28 Ley N° 19.366 (LTESP).

[19] Cfr. la nueva regulación en esta materia realizada por el Código Penal español de 1995. También LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador (Comentario al texto y al debate parlamentario)*, Madrid,

ma de las medidas de seguridad a las garantías propias del Derecho Penal de las penas, satisfaciéndose un importante reclamo de la doctrina en esta materia.

4.1. Lugar de ejecución de las medidas

Ninguna de las medidas de seguridad que contempla el Código Procesal Penal podrá ejecutarse en un recinto carcelario; y si la persona se encuentra recluida, deberá ser trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o internación. En caso de que no exista en el lugar tal establecimiento, deberá habilitarse un recinto especial en el hospital público más cercano (art. 457 inciso 2° CPP). Esta norma obedece a la circunstancia que, en la especie, se trata de personas inculpables y, *por tanto, no cabe sujetarlos al mismo régimen* de las personas declaradas responsables penalmente y condenadas a una pena. En efecto, el fundamento de las medidas de seguridad es de carácter preventivo-especial. Ellas se justifican en cuanto tienden a un tratamiento orientado a evitar que el inimputable declarado peligroso atente contra sí mismo o contra otras personas, objetivo que, evidentemente, no se alcanzará en un establecimiento penitenciario.

4.2. Forma, condiciones y duración de las medidas de seguridad

La medida de internación en un establecimiento psiquiátrico se efectuará en la forma y condiciones que establezca la sentencia que impone la medida. Tratándose de la medida de custodia y tratamiento, la ley señala que la sentencia deberá fijar sus condiciones y entregar al enajenado mental a su familia, guardador o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad (art. 457 inciso 3° CPP).

1996, pp. 74 y ss. Críticamente, SILVA SANCHEZ, "Consideraciones sobre las medidas de seguridad a propósito de su regulación en el nuevo Código Penal español", del mismo, *Perspectivas sobre la política criminal moderna*, Buenos Aires, 1998, pp. 59 y ss.

Es evidente que como el fundamento de las medidas de seguridad no es la culpabilidad por el hecho cometido, sino la peligrosidad del sujeto que se manifiesta en la realización de un delito y en un juicio de pronóstico, no se requiere que la ley establezca previamente la forma y condiciones de aquéllas, sino sólo su adecuación a los principios básicos de garantía que inspiran la moderna doctrina sobre las medidas de seguridad, esto es, los principios de necesidad y proporcionalidad. De allí que sea la sentencia la que deba determinar la forma y condiciones de la medida conforme al tratamiento individualizado que corresponda al sujeto según su enfermedad, peligrosidad, condiciones personales, etc.

Conforme al principio de necesidad, la medida de seguridad no puede exceder el tiempo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.[20] Por su lado, el principio de proporcionalidad, en su vertiente de prohibición de exceso, se descompone en tres subprincipios: idoneidad (adecuación de la medida a los fines que persigue), necesidad (intervención mínima) y proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de intereses y "concretización").[21] En el ámbito penal este último ha sido entendido como un juicio de ponderación entre la carga coactiva de la pena (medida de seguridad) y el fin perseguido por ella.[22] En general, se postula que debe profundizarse al máximo en la naturaleza y alcance del juicio de peligrosidad,[23] partiendo de la presunción de no peligrosidad;[24] que la medida debe ser adecuada a la peligrosidad detectada (idoneidad); y que se debe verificar que no existan medidas alternativas y menos gravosas que la adoptada, en particular, alguna que permitiera afrontar el problema con idénticas posibilidades de éxito (subsidiariedad).

---

[20] Así, en España, este principio se recoge en el artículo 6 Nº 2 del CP de 1995.

[21] RESS (G.), "Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", del mismo, *Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg, 1985, pp. 11 y ss.

[22] Así, COBO/VIVES: *Derecho penal, Parte general*, Valencia, 1987, p. 63.

[23] Acerca de las dudas sobre la validez de los juicios de pronóstico (de peligrosidad o de no peligrosidad) en la discusión actual de la doctrina, cfr. BÖLLINGER, en NEUMANN/JUNG (eds.), *Nomos Komentar zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden, 1995, parágrafo 61 Nºs marg. 39 y 40.

[24] Se considera especialmente inaceptable la presunción de peligrosidad a partir de la constatación de la enfermedad y de la comisión del hecho antijurídico (cfr. SILVA SANCHEZ, "Consideraciones...", cit., p. 96 y nota 93).

Los principios de necesidad y proporcionalidad son recogidos con ocasión de la duración de las medidas de seguridad. El inciso 1° del artículo 481 CPP expresa que ellas sólo podrán durar mientras subsistan las condiciones que las hayan hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponérsele o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, la que será indicada por el tribunal en su fallo. La ley señala que se entenderá por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que ley prescriba para el delito o delitos por los cuales se haya dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizando la investigación o acusado, según corresponda. Algunos autores, aunque críticos de las medidas de seguridad indeterminadas, consideran que debe prevalecer una proporcionalidad más flexible, cuyos referentes sean, además del hecho cometido, los hechos que sea previsible que el sujeto pueda cometer, todo ello a través de una valoración global.[25] Esto determinaría que, en algunos casos justificados por razones preventivo-especiales, la medida pudiera extenderse más allá del límite dado por la pena.

4.3. CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

La ley plantea dos mecanismos para controlar el cumplimiento de las medidas de seguridad conforme a las condiciones establecidas en la sentencia.

El primero consiste en imponer a la persona o institución que tenga a su cargo al enajenado mental la obligación de informar semestralmente sobre la evolución de su condición al ministerio público y a su curador o a sus familiares, en el orden de prelación que establece el artículo 108 CPP. En base a tal información, el ministerio público, el curador o familiar respectivo podrá solicitar al juez de garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma.

[25] Así, SILVA SANCHEZ, crítico de la regulación española, y citando a STREE ("Consideraciones...", cit., p. 98 y nota 99).

Otro medio de control consiste en imponer al ministerio público la obligación de inspeccionar cada seis meses los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encuentren internados o se hallen cumpliendo un tratamiento enajenados mentales. Realizada la inspección, el ministerio público debe informar del resultado al juez de garantía y solicitarle la adopción de las medidas que fueren necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observe en la ejecución de la medida. El juez de garantía deberá adoptar de inmediato y en base a los antecedentes que se le proporcionen las providencias que sean urgentes. Deberá, además, citar a una audiencia al ministerio público y al representante legal del enajenado mental, sin perjuicio de recabar cualquier informe que estime necesario para decidir la continuación o cesación de la medida, o la modificación de las condiciones de aquélla o del establecimiento en el cual se lleve a efecto (art. 481, incisos 3º, 4º, 5º y 6º, CPP).

No hay constancia en los antecedentes de la tramitación parlamentaria de por qué se decidió que fuera el ministerio público quien debiera cumplir tan importante función en el control de la ejecución de las medidas de seguridad,[26] tarea que, por su naturaleza, parecía más apropiado conferir a la defensoría penal pública.[27] Sin embargo, y en virtud del artículo 466 CPP, nada obsta a que sea el defensor quien efectúe las correspondientes solicitudes ante el juez de garantía a favor de su representado.

4.4. Condenado que cae en enajenación mental

El artículo 482 CPP se pone en la hipótesis que, después de dictada la sentencia, el condenado caiga en enajenación mental. En tal caso, el tribunal, oyendo al fiscal y al defensor, dictará una resolución fundada declarando que cesa el cumplimiento de la pena privativa o restrictiva de libertad impuesta en la sentencia,

[26] Una posible explicación se encuentra supra, nota 16.

[27] En efecto, de conformidad con el artículo 466 CPP, el defensor puede intervenir durante la ejecución de la medida de seguridad. Lo lógico hubiera sido que el defensor público, asistido eventualmente por un defensor privado, hubiera estado a cargo de las inspecciones y solicitudes a favor del condenado, interviniendo el ministerio público como contraparte, si fuere necesario.

y dispondrá, según el caso, la aplicación de la medida de seguridad que corresponda. Ello significa que deberá efectuarse previamente una prognosis de peligrosidad, que sólo si es positiva, dará lugar a la imposición de una medida de seguridad. De lo contrario, deberá ser dejado en libertad, cualquiera hubiese sido la pena que estaba cumpliendo.

La ley se remite a las disposiciones del párrafo 4º del Título VIII del Libro IV CPP para la ejecución de la medida de seguridad que se imponga en este caso.

XIV. LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL*

1. INTRODUCCION

La realización de un hecho punible no sólo da origen a responsabilidad penal, sino que también puede dar lugar a responsabilidad civil extracontractual, cuyas finalidades son distintas. En efecto, al autor de un delito se le impone una pena, cuyos fines son fundamentalmente preventivos, esto es, de carácter prospectivo y público, orientados a la colectividad y al infractor de la norma. Con la sanción del responsable civil del hecho punible se pretende, en cambio, compensar por el daño producido con su realización, es decir, tiene carácter retrospectivo y privado, y se orienta decididamente hacia la víctima o los perjudicados con el delito, a obtener su reparación civil. De tales características se derivan marcadas diferencias entre ambas clases de responsabilidad, algunas de las cuales son las siguientes:[1]

---

* Capítulo preparado por María Inés Horvitz L.

La autora agradece especialmente la colaboración prestada por el profesor Juan Carlos Marín González en la corrección de este capítulo, así como sus interesantes observaciones de doctrina y legislación comparada. También se encuentra en deuda con el profesor Enrique Barros Bourie por sus indispensables notas hechas al texto final. Finalmente, agradece las observaciones del profesor Alvaro Bunster Briceño, quien tuvo la gentileza de revisar esta parte de la obra, resultando ser una de las últimas actuaciones académicas realizadas antes de su lamentable fallecimiento.

[1] Para una visión general de las principales diferencias entre la responsabilidad civil y la penal, vid. ALESSANDRI RODRIGUEZ (A.), *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, pp. 27-41; también, CORRAL (H.), *Lecciones sobre responsabilidad civil extracontractual*, Documento Docente N° 10, Facultad de Derecho Universidad Los Andes, Santiago, 1998, pp. 24-30.

i. El daño es la esencia de la responsabilidad civil extracontractual, pues a diferencia de lo que ocurre en el ámbito penal, que contempla la existencia de figuras delictivas de mero peligro y sanciona conductas en grado de tentativa o de frustración, sin daño no hay responsabilidad civil.[2]
ii. En la responsabilidad civil no rige el principio de personalidad propio de la pena. Mientras que la responsabilidad penal se extingue por la muerte del reo (art. 93 N° 1 del Código Penal) y, en consecuencia, no es transmisible a los herederos, la responsabilidad civil *ex delicto*, como cualquier obligación civil, se transmite a los herederos del responsable. Además, sólo son responsables penalmente las personas naturales. Las personas jurídicas están excluidas de este tipo de responsabilidad y, por ello, el inciso 2° del artículo 58 CPP señala que "por las personas jurídicas responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que las afectare". En efecto, en materia civil las personas jurídicas son plenamente responsables, no sólo por el hecho ajeno, sino también por el hecho propio.[3]
iii. Para que exista responsabilidad penal es indispensable que el hecho punible se encuentre previamente descrito en la ley (principio de tipicidad); en cambio, para la existencia de responsabilidad civil no es necesario que el comportamiento se encuentre previamente descrito en la ley, sino que basta la infracción a un deber general de cuidado, que regularmente no está establecido por la ley.[4] Así, no existe responsabilidad penal por cuasidelito de daños, pues tal hecho no se encuentra tipificado en la ley penal; pero sí da origen, indiscutiblemente, a responsabilidad civil extracontractual.
iv. En materia civil, las exigencias de capacidad delictual son menores que en el ámbito penal, pues sólo son absolutamente incapaces los menores de 7 años y los dementes. Respecto del menor de 16 años, la ley faculta al juez para determinar prudencialmente si cometió el delito o cuasidelito con o sin

[2] MAZEAUD/TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual.* t. I, vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963, p. 2; ALESSANDRI, cit., p. 11.

[3] Cfr. BARROS BOURIE (E.), *Curso de derecho de obligaciones. Responsabilidad extracontractual*, materiales de docencia, Facultad de Derecho U. de Chile, 2001, p. 214.

[4] Vid. BARROS BOURIE, cit., pp. 54-55, 212-213; ALESSANDRI, cit., p. 28.

discernimiento y, en este último caso, dispone su irresponsabilidad civil (art. 2319 inciso 2° Código Civil). En materia penal, en cambio, están exentos de responsabilidad criminal los menores de 16 años y los dementes, salvo que estos últimos hayan obrado en un intervalo lúcido. También son inculpables los mayores de 16 y los menores de 18 años, a menos que un juez de menores determine que han obrado con discernimiento (art. 10 N^{os} 1, 2 y 3 Código Penal).

v. La cuantía de la pena se establece de modo proporcional a la gravedad del delito, por la entidad del bien jurídico afectado; en cambio, el monto de la reparación no depende de la gravedad del hecho, sino de la extensión de los daños y perjuicios sufridos.[4 bis]

vi. Mientras que la acción penal para perseguir el delito no se extingue por renuncia del ofendido (excepto en los delitos de acción penal mixta y privada), la acción civil *ex delicto* es esencialmente renunciable por quien tenga derecho a ejercerla.

vii. En tanto que para establecer la responsabilidad penal se exige un estándar de convicción bastante estricto, constituido por la expresión "más allá de toda duda razonable" (art. 340 inciso 1° CPP),[5] en materia civil, en tanto, se establece un principio distinto, menos exigente. Una manifestación del estándar de convicción exigido en materia civil se halla en el artículo 428 del Código de Procedimiento Civil, "entre dos o más pruebas contradictorias, y a falta de ley que resuelva el conflicto, los tribunales preferirán *la que crean más conforme* con la verdad". La razón de esta diferencia reside en los conceptos de *certeza* y *razonabilidad,* que subyacen respectivamente bajo cada uno de los regímenes probatorios. El estándar de convicción en materia penal fue adoptado del

[4 bis] Es conveniente señalar, sin embargo, que los jueces acostumbran considerar la gravedad del ilícito al momento de valorar el daño moral, con la consecuencia de que la indemnización tiene un componente punitivo, sin los resguardos del derecho penal (Diez Schwerter (J.L.) *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina.* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, pp. 249 y ss.

[5] Hay que destacar, sin embargo, que en el antiguo sistema procesal penal el estándar de convicción no parecía ser muy diferente al exigido en materia civil. En efecto, el art. 456 bis CdPP sólo requería la existencia de *convicción* judicial, lo que probablemente determinó que en la mayoría abrumadora de los casos, siempre que los jueces absolvían en materia penal lo hicieran, también, en materia civil.

derecho anglosajón[6] para excluir la condena cuando existan dudas razonables en el establecimiento de la responsabilidad penal, mientras que la responsabilidad civil se satisface con una *probabilidad razonable* de responsabilidad.[7] De allí que pueda absolverse en sede penal y condenarse por las consecuencias civiles que produjo el hecho.[8]

No obstante sus diferencias, el sistema penal chileno y sus reglas positivas siempre han admitido la posibilidad de debatir en el procedimiento penal la responsabilidad civil derivada del hecho punible, bajo la influencia del derecho francés a través de la legislación italiana.[9] La influencia del positivismo criminológico en todo el derecho penal latinoamericano condujo a la idea que la reparación integraba la pena y que, por ello, debía perseguirse en el mismo procedimiento penal y aun de oficio.[10] En cambio, el positivismo jurídico alemán, expresado en la figura de BINDING, denunció una "profundísima diferencia esencial"[11] entre ambas consecuencias jurídicas, situación que determinó –en el derecho alemán– una rigurosa separación entre la realización de la pretensión punitiva estatal, por un lado, y la eventual acción resarcitoria del ofendido, por el otro. ESER ha señalado que como consecuencia de esta separación entre pena y resarcimien-

[6] La *Comisión Mixta* tuvo presente, durante la tramitación legislativa del art. 340 CPP, que el estándar de convicción *más allá de toda duda razonable* es propio del derecho anglosajón, y no del europeo continental, por lo que "resulta una novedad también para el ordenamiento jurídico chileno". Añadió que "es un concepto útil, toda vez que está suficientemente decantado y elimina las discusiones relativas al grado de convicción que se requiere, dejando en evidencia que no se trata de una convicción absoluta, sino de aquella que excluya las dudas más importantes" (cfr. PFEFFER, cit, pp. 340-341).

[7] BARROS BOURIE (E.), *Curso de derecho de obligaciones*, cit., pp. 215-216.

[8] Por ello, el artículo 349 CPP establece que "tanto en el caso de *absolución* como en el de condena deberá el tribunal pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta", regla que, sin embargo, suele atribuirse exclusivamente al régimen independiente de las acciones (vid. supra cap. X, 3.10.3.).

[9] Vid. arts. 10 y 115 CdPP, art. 171 COT.

[10] Cfr. MAIER, II, p. 721, notas 361 y 362, aunque en Chile el impacto de esta Escuela fue mucho menor que en otros países latinoamericanos, como Argentina, por ejemplo.

[11] En su clásica obra *Die Normen und ihre Übertretung*, vol. 1, 3ª ed., 1916, pp. 284-290, en que señala que fuente de la pena es "un injusto irreparable; ella es una disminución de derechos para la compensación de este injusto irreparable; el resarcimiento, por el contrario, es la anulación de una situación reparable contraria a derecho".

to, incluso en el procedimiento penal, se empujó a la víctima a la periferia del derecho procesal penal, en donde sólo le quedó el papel de mero objeto del procedimiento.[12] Por ello saluda la tendencia contemporánea a modificar esta situación insatisfactoria para el ofendido, planteando la necesidad de recoger la institución de la acción civil en el ordenamiento procesal penal alemán.

Sin embargo, la circunstancia que la acción civil pueda plantearse en el procedimiento penal no debe hacer olvidar que sus fundamentos son independientes. El actor civil no necesariamente debe fundar su demanda en el carácter delictivo del hecho punible: puede fundarla en el mismo hecho histórico y en el carácter de ilícito civil de ese hecho o, alternativamente, en ambas características, la de ser un ilícito penal y civil. En efecto, determinante en este sentido es que las reglas del derecho privado tornen al demandado responsable por el daño producido y, como consecuencia, lo obliguen a reparar. Tales reglas se hallan, entre otros cuerpos legales, en los artículos 2314 y siguientes del Código Civil.[13]

En suma, las responsabilidades penal y civil son independientes entre sí: puede haber responsabilidad penal sin que exista responsabilidad civil, como en el caso de un delito que no ocasiona daños pecuniarios, y, a la inversa, puede existir responsabilidad civil que no conlleve responsabilidad penal; así, por ejemplo, un hecho dañoso que no se halle tipificado en la ley penal. La independencia de ambas clases de responsabilidad se manifiesta, también, en la subsistencia de la primera no obstante

[12] "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal. Tendencias nacionales e internacionales", en MAIER (comp.), *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 17.

[13] También encontramos reglas de responsabilidad civil extracontractual que puede provenir de un hecho punible, en la Constitución Política, la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado, y la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. Sobre este tema en sede de derecho administrativo chileno, cfr. SOTO KLOSS (E.), *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, t. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, pp. 244 y ss.; del mismo, "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en Gaceta Jurídica N° 56, 1985; PIERRY (P.), "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio", en *RDJ*, tomo XCII, 1ª parte, 1995, pp. 17 y ss.; CALDERA (H.), *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución chilena de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

la exención de la responsabilidad criminal declarada en el proceso penal, cuando ella se basa en la ausencia de culpabilidad. En efecto, por los hechos punibles que ejecuten las personas a que se refieren los N^{os} 1, 2 y 3 del artículo 10 del Código Penal responden civilmente los que los tengan bajo su potestad o cuidado, si pudiere imputárseles negligencia (arts. 2319, 2320 CC).

Según BARROS, en el ámbito de la responsabilidad civil la culpa es sinónimo de ilicitud y, por ello, "a diferencia de lo que ocurre en materia penal, no existen diferencias conceptuales relevantes entre antijuridicidad y culpabilidad".[14] Continúa afirmando que, mientras en el ámbito del derecho penal las causales de justificación excluyen la antijuridicidad del hecho, "tratándose de la responsabilidad civil éstas actúan sobre el ilícito eliminando la culpabilidad. Su función, por tanto, es servir de excusa razonable para el hombre prudente".[15] Para este autor, las causales de justificación o "excluyentes de la culpa", son: a) la ejecución de actos autorizados por el derecho; b) el consentimiento de la víctima; c) el estado de necesidad; y d) la legítima defensa.[16]

Como se aprecia, son causales de exención de responsabilidad civil *ex delicto* aquellos supuestos que habitualmente constituyen causales de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad penal. Sólo existe controversia respecto de quien se beneficia en un estado de necesidad justificante, pues en este caso existiría un enriquecimiento sin causa que daría acción civil para demandar la

[14] *Curso de derecho de obligaciones...*, cit., p. 70, quien sostiene que "los elementos subjetivos del juicio de responsabilidad (civil) han quedado reducidos a la capacidad (con requisitos mínimos) y la voluntad libre (entendida como el rasgo más elemental de la acción, consistente en que el sujeto haya tenido control sobre su conducta)". Afirma que, "por el contrario, el juicio de valor respecto de la conducta se efectúa sobre la base de un patrón objetivo de comparación" (p. 41).

[15] Op. cit., p. 70. Sin embargo, las causales de justificación no podrían conferir licitud al hecho prohibido penalmente y dejar subsistente la antijuridicidad del ilícito civil, situación que, en nuestra opinión, generaría contradicciones valorativas inadmisibles en el ordenamiento jurídico. Por su parte, RODRIGUEZ considera que la culpa es sólo uno de los factores de "imputación subjetiva" que determinan la existencia del elemento antijuridicidad, al que dicho autor le asigna un mayor alcance que BARROS, señalando que "lo que caracteriza las causales de justificación es la presencia del dolo o de la culpa, y la ausencia de antijuridicidad, atendido el hecho de que la conducta dañosa no puede considerarse contraria a derecho, sino ajustada a él" (RODRIGUEZ (P.), *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999, pp. 119 y ss.).

[16] BARROS, cit., p. 71.

restitución de la cosa y, eventualmente, también la indemnización de perjuicios, pero sólo en la medida de tal enriquecimiento.[17]

En suma, la situación descrita precedentemente determina un régimen independiente de las acciones que derivan de tales responsabilidades en el proceso penal. Por consiguiente, es menester abordar seguidamente la regulación de la interposición de la acción civil *ex delicto* en sede penal.

2. REGULACION EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

2.1. Reglas generales aplicables a la acción civil

2.1.1. *Titular de la acción civil (legitimación activa)*

Titular de la acción civil es quien haya sufrido daño –tanto material o moral– imputable a malicia o negligencia de otra persona (arts. 2314 y 2329 CC).[18] Sin embargo, hay casos en que la misma acción u omisión produce un daño que afecta a distintas personas, todas las cuales pueden ejercer la acción. Al efecto es preciso distinguir entre: a) el daño en las cosas, y b) el daño en las personas:[19]

a) Daños en las cosas: si el daño recae en una cosa, son titulares de la acción tanto el dueño como el poseedor, quienes podrán ejercer su acción en el proceso penal. También podrá

[17] BARROS excluye la acción indemnizatoria de la víctima por el daño ocasionado con el estado de necesidad justificante, aunque señala que ello no obsta al ejercicio de la acción restitutoria, "pues el derecho no puede amparar el enriquecimiento injusto de aquel que salva un bien propio con cargo a un patrimonio ajeno" (*Curso*, cit., pp. 76-77). Para este autor, la acción restitutoria atiende a los beneficios obtenidos a costa de otro, mientras que la acción indemnizatoria cubre todos los daños. Excluida la culpa civil en caso de estado de necesidad, sólo sería procedente la acción restitutoria.

[18] La jurisprudencia nacional se ha expresado continuamente en este sentido. Así, ha fallado "que la acción compete sólo a quien ha sufrido el daño, a la víctima de éste, que la intentará contra el autor material; y el monto de la reparación dependerá de la extensión del daño, porque es su resarcimiento el que determina el monto de la reparación" (C.S., 29.11.1968, RDJ, t. LXV, sec. 4ª, p. 323).

[19] Distinción ocupada por BARROS, cit., pp. 204-206; y ABELIUK (R.), *Las obligaciones*, t. I, 4ª ed. actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003, p. 293.

hacerlo el mero tenedor que haya sido víctima del delito y en ausencia del dueño, pues en tal caso se entenderá que lo hace a nombre de éste y no a título personal (art. 2315 Código Civil).[20] También tienen acción civil los que detenten otros derechos reales sobre la cosa, como el usufructuario, el habitador o el usuario, si el hecho irroga perjuicio a sus respectivos derechos. Finalmente, están legitimados para demandar perjuicios los herederos de todas estas personas.[21]

b) Daño a las personas: La regla general es que el titular de la acción sea la persona que sufre *directamente* el daño en su interés jurídicamente protegido. Sin embargo, también se reconoce legitimación activa a la *víctima indirecta*, esto es, aquella que sufre un daño patrimonial o moral a consecuencia del daño experimentado por la víctima directa, como el que proviene de la muerte de un ser querido (víctimas por repercusión).[22] Tratándose de *daños patrimoniales*, la doctrina y la jurisprudencia han reconocido titularidad a todo aquel que recibía una ayuda económica de la víctima directa, aun cuando no tuviese derecho a ella.[23] En cambio, cuando se trata del *daño moral*, la regla general es que sólo se concede acción a la víctima indirecta en caso de muerte, siempre que se acredite un parentesco cercano con la víctima directa, aunque la Corte Suprema ha reconocido legitimación activa a personas que carecen de vinculación jurídica con la víctima directa.[24] Excepcionalmente, se concede acción para reclamar indemnización por el daño moral en caso de lesiones, cuando éstas son de tal entidad que en los hechos

[20] Sin embargo, el mero tenedor está legitimado para ejercer la acción indemnizatoria como titular de un derecho personal que se ejerce sobre una cosa, como el arrendatario, por el perjuicio que experimenta su crédito (BARROS, *Curso*, cit., pp. 204-205).

[21] ABELIUK, cit., p. 293.

[22] Al respecto, vid. DIEZ SCHWERTER (J.L.), *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002, p. 127; ABELIUK, cit., p. 293.

[23] ALESSANDRI (A.), *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943, p. 459. BARROS (E.), *Curso*, cit., pp. 205-206, con reseñas jurisprudenciales.

[24] Señalando que corresponde indemnización de perjuicios por daño moral a los actores "aun cuando no sean herederos o parientes" (C.S., 15.12.1983, RDJ, t. LXXX, sec. 1ª, p. 128).

imponen una obligación de cuidado que afecta la calidad de vida de la víctima indirecta. Tal es el caso del pariente de la víctima directa que debe hacerse cargo de su invalidez.[25]

Para los efectos de nuestro estudio, sin embargo, la cuestión decisiva es identificar quién, siendo titular de la acción civil *ex delicto*, es, al mismo tiempo, víctima en el sentido del Código Procesal Penal y puede, en consecuencia, ejercer su acción civil en el proceso penal tal como lo dispone la letra c) del art. 109 CPP. Para ello, debemos atender a las normas que hacen procedente la interposición de acciones civiles dentro del proceso penal y las limitaciones que ellas establecen.

2.1.2. *Procedencia de la acción civil en el proceso penal. Clases de acciones civiles*

No todas las acciones civiles *ex delicto pueden* ni *deben* plantearse en el procedimiento penal. De allí que antes de revisar las reglas que rigen esta materia, sea necesario revisar qué clases de acciones civiles nacen del hecho punible.

En primer lugar está la acción civil encaminada a obtener la *restitución* de las cosas que constituyen ya *efectos* del delito, como las especies hurtadas, robadas o estafadas, o *instrumentos* del mismo, siempre que no sean objeto de la pena de comiso.

Luego están las acciones civiles que persiguen *la reparación* del daño producido, esto es, una compensación indemnizatoria por el daño causado.

Examinaremos cada una de estas acciones en el marco de su procedencia en el proceso penal.

2.1.2.1. Acción civil restitutoria

Conforme al artículo 59 CPP, la acción civil que tenga por objeto exclusivamente la restitución de la cosa, *siempre* deberá interponerse durante la tramitación del procedimiento penal. No se opone a ello que la acción se ejerza por persona distinta de la

[25] BARROS, cit., p. 206.

víctima o se dirija contra una persona distinta del imputado, regla que se deduce de la excepción planteada en el inciso 3° del precepto legal examinado. En consecuencia, tendrá legitimación activa para plantear su pretensión restitutoria cualquiera que ostente un derecho real, la posesión o un título de mera tenencia sobre los efectos o instrumentos del delito, o bien sobre los objetos que constituyan medios de prueba en el proceso penal.[26]

El artículo 189 CPP regula las reclamaciones o tercerías que los intervinientes o terceros entablen para obtener la restitución de objetos recogidos o incautados durante la investigación del delito. Se señala que tales reclamaciones se tramitarán ante el juez de garantía, añadiendo que la resolución que recaiga en este incidente deberá limitarse a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de la terminación del procedimiento, a menos que el tribunal considere innecesaria su conservación. Se establecen como excepción a la regla anterior las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las que se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor.[27]

La ley establece que, en todo caso, deberá dejarse constancia mediante fotografías u otros medios que resulten convenientes de las especies restituidas o devueltas (art. 189 inciso final CPP). Esta medida cautelar tiene por finalidad evitar una nueva reclamación de restitución por el dueño o por terceros que aleguen tal calidad.

2.1.2.2. La acción civil reparatoria o indemnizatoria (art. 59 inciso 2° CPP)

En razón de los términos amplios utilizados por el legislador en el artículo 59 CPP, entendemos que el ejercicio de esta acción en sede penal no puede acotarse únicamente a las pretensiones

[26] ROJAS/CONTRERAS, "Las acciones civiles en el Código Procesal Penal", Documento N° 21 de Fallos del Mes N° 491, enero 2002, p. 23.

[27] El art. 189 CPP fue recogido casi íntegramente del art. 115 CdPP. Sobre la posible contradicción normativa entre el art. 189 CPP y el art. 890 CC, vid. ROJAS/CONTRERAS, cit., pp. 23-24.

meramente indemnizatorias, sino a cualquier acción que persiga la reparación –no únicamente de carácter pecuniario– de las consecuencias civiles del hecho punible que ha causado daño. Así, ella podría tener por objeto, entre otros, los siguientes:

- la indemnización del daño, tanto material como moral, ocasionado por el hecho ilícito conforme a las reglas generales de la responsabilidad extracontractual (arts. 2314 y ss. CC);
- la indemnización del daño por el hecho ilícito conforme a las reglas especiales previstas en la ley (v. gr., el art. 370 CP, que faculta a la víctima de los delitos contenidos en los arts. 361 a 366 bis de dicho cuerpo legal, a demandar alimentos al condenado por tales delitos);
- el pago del valor de los efectos o instrumentos del delito que no hubieren sido objeto de pena de comiso, cuando no sea posible su restitución; o el pago de los deterioros que hubieren sufrido tales objetos en caso de haberse procedido a su devolución;
- la nulidad de las convenciones y la cancelación de las inscripciones en los registros correspondientes, en su caso, cuando con ello se logre restablecer la cosa al estado anterior a la comisión del delito que ha causado daño;
- reponer los deslindes al estado anterior, en el caso del delito de destrucción o alteración de términos o límites de propiedades públicas o particulares (arts. 462 CP y 843 CC).[28]

En el ejercicio de las acciones reparatorias, la víctima posee un *derecho de opción*:

a) puede decidir ejercerlas durante la tramitación del procedimiento penal y respecto del imputado, o
b) ejercerlas ante el tribunal civil correspondiente, no sólo respecto del autor material del daño, sino también respecto de todo quien, según la ley, deba responder del daño.

La ley establece que una vez admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, *no* se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil (art. 69, inciso 2° *in fine* CPP). De allí que cobre importancia la norma contenida en el artículo 68 CPP, que admite bajo ciertas condiciones la reproposición de la demanda en sede civil.

[28] ROJAS/CONTRERAS, cit., p. 34.

Finalmente, es preciso destacar que no todos aquellos que son titulares de acciones civiles encaminadas a obtener la reparación o indemnización de los perjuicios causados con el hecho punible pueden deducirla en el proceso penal. En efecto, *sólo la víctima* puede ejercer tales acciones dentro del proceso penal y además *únicamente respecto del imputado.*[29] Pasaremos revista a esta problemática en el siguiente apartado.

2.1.2.3. Exclusión del ejercicio de ciertas acciones civiles dentro del procedimiento penal a titulares diferentes de la víctima y contra sujetos pasivos distintos del imputado (art. 59 inciso 3° CPP)

El principio de protección del interés de los damnificados por el hecho punible cede ante una muy probable prolongación del procedimiento penal por la ventilación de acciones civiles de lato conocimiento o contra terceros extraños al procedimiento penal, circunstancias que perjudicarían el derecho del imputado a ser juzgado en un plazo razonable.[30] La limitación reside, también, en la necesidad de acotar el ámbito del debate sobre la cuestión civil por su carácter accesorio al debate penal. En efecto, presupuesto de ejercicio de la acción civil en sede penal es el ejercicio de la correspondiente acción penal; aunque ello no impide que ellas puedan independizarse en etapas posteriores del procedimiento.

Por lo anterior es que el legislador excluye absolutamente a ciertos titulares de la posibilidad de ejercer sus acciones civiles en el procedimiento penal, o de ejercerlas contra personas dis-

[29] PFEFFER, cit., p. 495, señalando que se dejó expresa constancia en el Senado de los problemas que podrían generarse en el proceso penal si se admitía la interposición de acciones civiles en contra del 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".

[30] Cfr. PFEFFER, cit., p. 495, quien refiere que en el SENADO se reparó en "las importantes dilaciones que podría provocar en la resolución de la contienda penal la admisión irrestricta de acciones civilès...". Esta es la razón por la cual, en Alemania, se halla muy restringida la posibilidad de ejercer acciones civiles en el proceso penal a través del denominado "procedimiento de adhesión"; cfr. ESER (A.), "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", cit., pp. 24 y ss.

tintas del imputado. En efecto, con la sola excepción de la acción civil restitutoria, las demás acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible que interpongan personas distintas de la víctima o se dirijan contra personas diferentes del imputado deberán ser ejercidas ante el tribunal civil competente de acuerdo con las reglas generales. Examinaremos cada una de estas hipótesis en forma particular.

2.1.2.4. Exclusión del ejercicio de acciones civiles que persigan la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible ejercidas por personas distintas de la víctima del hecho punible

La cuestión a dilucidar es la siguiente: ¿a qué se refiere el artículo 68 CPP cuando señala que sólo la víctima podrá ejercer las acciones civiles reparatorias o indemnizatorias derivadas del hecho punible? ¿Se refiere al concepto penal o civil de víctima?

En nuestra opinión, la víctima a que se refiere el artículo 68 CPP es la víctima "penal", esto es, la que ha sufrido daños provenientes directamente de la lesión del bien jurídico producida por la infracción de las normas jurídico-penales de prohibición o mandato.[31] En otras palabras, sólo podrá interponer acción reparatoria o indemnizatoria en el proceso penal el titular del bien jurídico afectado con el delito que ha sufrido daño; no así, en cambio, la víctima indirecta[32] ni la que haya sufrido perjuicio *con ocasión* del hecho punible, esto es, como consecuencia de una relación causal con el hecho. Así, por ejemplo, si se persigue penalmente un delito de lesiones culposas, los daños referidos a la curación de la víctima y su incapacidad sobreviniente

[31] Obliga a esta interpretación la circunstancia que el legislador no haya efectuado ninguna precisión adicional. En efecto, habiendo definido a la víctima en el artículo 108 inciso 1° "para los efectos de este Código", no cabe entender que en este caso se refirió al concepto civil de víctima, pues debió decirlo expresamente. Vid. MAIER, *Derecho procesal penal.* t. II, Parte General (Sujetos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, pp. 737 y ss.

[32] Excepto en el caso de delitos cuya consecuencia fuere la muerte del ofendido, pues entonces se aplica la regla especial del art. 108 inciso 2° CPP, que establece que "víctima" será alguna de las personas que allí se enumeran, en el orden de prelación que señala la disposición citada. Vid. supra, t. I, cap. III, E.2.3.1. y 2.3.2.

podrán constituir el objeto central de la reparación exigible en sede penal; no lo serán, en cambio, los daños que hubiere causado la caída del cuerpo lesionado en la vitrina de un local comercial, porque no existe un cuasidelito de daños que pueda ser perseguido penalmente.[33] Asimismo, si como consecuencia de un delito de incendio el propietario no puede cumplir con la entrega del inmueble al arrendatario, quien, entonces, debe arrendar otro, la reparación de ese daño, fundado en el incumplimiento del contrato de arrendamiento, no podrá perseguirse en el procedimiento penal iniciado por el incendio.

Es importante precisar, sin embargo, que no siempre coincidirá el sujeto pasivo del delito con el titular del bien jurídico afectado por el mismo. En efecto, es posible que la acción de un delito de hurto, por ejemplo, recaiga sobre un objeto material que no sea de propiedad de quien fue sujeto pasivo de la acción. Es claro que, en este caso, tanto el dueño o poseedor de la cosa, como los propietarios de un derecho real sobre la misma o incluso el mero tenedor, en ausencia del dueño, pueden solicitar la restitución de la cosa dentro del proceso penal. No obstante, pareciera claro que sólo el propietario o poseedor puede ejercer aquellas acciones encaminadas a obtener la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible en el procedimiento penal.

Existen, por otro lado, múltiples casos en que el comportamiento delictivo afecta diversos bienes jurídicos y, por tanto, a distintas víctimas. Así, en el caso de un robo con intimidación, en el que el objeto material sobre el cual recae la acción pertenece a un tercero distinto del sujeto pasivo de la acción, tendremos a una persona afectada en su bien jurídico libertad, a través de la coacción ejercida sobre el detentador del objeto material apropiado, y a otra afectada en su bien jurídico propiedad, en cuanto propietaria del objeto material apropiado. Ambas son víctimas del delito para los efectos de ejercer la acción civil que corresponda.

En el caso de los delitos contra la vida, en que se hubiere producido la muerte del ofendido, el Código establece, como

[33] En este sentido, CREUS (C.), *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, p. 29, aunque este autor lo denomina "damnificado directo".

sabemos, un orden de prelación para el ejercicio de los derechos que corresponden a la víctima en el procedimiento penal.[34] Sin embargo, la acción civil *ex delicto* es transmisible a los sucesores abintestato como testamentarios del titular difunto en los límites de su cuota hereditaria, quienes no siempre coincidirán con el orden de prelación establecido en el artículo 108 CPP. De allí que tienen preferencia, a nuestro juicio, las normas civiles para la decisión de quién pueda constituirse en actor civil en el procedimiento penal.

2.1.2.5. Exclusión del ejercicio de acciones civiles que persigan la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible dirigidas contra otras personas diferentes del imputado

La regla general es que a la obligación indemnizatoria quedan sujetos tanto el autor directo del daño como sus herederos (art. 2316 CC), además de los responsables por el hecho ajeno (arts. 2320 y 2322 CC). También es sujeto pasivo de la acción el que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice, pero sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho (art. 2316 inciso 2° CC).

La ley sólo autoriza a demandar civilmente al *imputado* dentro del procedimiento penal. Queda excluida, por tanto, la posibilidad de ejercer la acción civil en contra del tercero civilmente responsable, esto es, a quien sin participar en el hecho punible responde, según la ley civil, por el daño causado por quien lo ha producido como sería el caso de la acción contra el propietario del vehículo motorizado, o contra el empresario por hechos de sus dependientes, etc.[35] El tercero civilmente responsable sólo puede ser demandado en sede civil. Demandado civil *dentro del procedimiento penal* sólo puede serlo, entonces, el imputado (art. 59 inciso 3° CPP).

Esta situación obliga a la víctima-actor civil que dedujo su demanda civil sólo contra el imputado a replantearla contra los demás responsables civiles ante el tribunal civil correspondien-

[34] Vid. t. I, capítulo III, E.2.3.1.
[35] Cfr. BARROS BOURIE, *Curso de derecho de obligaciones*, cit., pp. 153 y ss.

te. No es aplicable a este caso la norma contenida inciso 2° del artículo 59 CPP, que impide deducir *nuevamente* ante un tribunal civil la demanda de la víctima que ha sido admitida a tramitación en sede penal. En efecto, en la especie no concurre la triple identidad de la acción que impediría su ejercicio en sede civil, pues en el primer caso la víctima dirige su acción contra el imputado y en el segundo, contra los *demás* responsables civiles derivadas del hecho punible dañoso. Otra interpretación conduciría al absurdo de privar a la víctima de un derecho que le confiere la legislación civil cada vez que opte por la vía procesal penal sólo en contra del imputado, pues esta vía no le permite dirigirse contra los demás responsables. Tal nunca fue la intención del legislador, que dejó expresa constancia de la necesidad del actor civil de perseguir la responsabilidad de los terceros civilmente responsables, distintos del imputado, ante el tribunal civil correspondiente.[36]

2.1.3. *Desistimiento y abandono de la acción civil*

La acción civil derivada del hecho punible es enteramente renunciable por su titular. Por ello, el desistimiento de la víctima es posible en cualquier estado del procedimiento penal (art. 64 inciso 1° CPP).

Por otro lado, la ley sanciona la falta de interés en el sostenimiento de la acción civil, esto es, cuando la víctima omite ciertas actuaciones relevantes del procedimiento. La sanción del legislador se produce a través de la institución del abandono de la acción. En efecto, la ley considera abandonada la acción civil interpuesta en el procedimiento penal si la víctima no comparece, sin causa justificada, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral (art. 64 inciso 2° CPP). El abandono de la acción civil en el procedimiento penal impedirá a la víctima ejercerla nuevamente en sede civil (art. 59 inciso 2° CPP).

[36] PFEFFER, cit., pp. 78 y 495.

2.1.4. *Extinción de la acción penal y de la acción civil: efectos recíprocos*

La independencia[37] entre la acción penal y la acción civil *ex delicto* se afirma, como sabemos, en que la segunda se deriva del hecho punible y no de su consideración como injusto culpable acreedor de pena. En efecto, es posible que se encuentre extinguida la responsabilidad penal por muerte del hechor, por amnistía o indulto; sin embargo, subsistirá la responsabilidad civil *ex delicto.*

Por su parte, la extinción de la acción civil no produce la extinción de la acción penal para la persecución del hecho punible (art. 65 CPP). Pero si sólo se ejerce la acción civil respecto de un hecho punible de acción penal privada la ley considera extinguida, por esa circunstancia, la acción penal. Se aclara que 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 (art. 66 CPP).

La distinción que hace la ley se basa en la consideración de los delitos de acción penal privada como aquellos en que predomina el interés particular de la víctima por sobre el interés público en la persecución penal del hecho.[38] Pero si el interés de la víctima se manifiesta antes que nada con miras al resarcimiento de los daños y perjuicios, la ley entiende que ha dejado de tener importancia el interés predominantemente privado en la imposición de la pena.

2.2. LA DEMANDA CIVIL EN EL PROCESO PENAL

2.2.1. *Preparación de la demanda civil (art. 61 CPP)*

El Código permite al actor civil "preparar" su demanda, hecho que conlleva un importante efecto procesal: tal actuación inte-

[37] En un sentido conceptual y material, pues la acción civil es *procesalmente* accesoria de la penal en la medida que no puede interponerse en sede penal si no se ha ejercido previamente ésta.

[38] MAIER (J.), *Derecho Procesal Penal,* t. II, cit., pp. 617 y ss.

rrumpe el término de prescripción de la acción civil, que es de cuatro años desde la perpetración del acto (art. 2332 CC). No obstante, si no se deduce demanda en la oportunidad procesal pertinente,[39] la prescripción deberá considerarse como no interrumpida.

¿Y cómo se prepara la demanda? Con posterioridad a la formalización de la investigación, la víctima puede preparar su demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considere necesarias para esclarecer los hechos objeto de su demanda. Para la proposición de diligencias y la asistencia del actor civil en las mismas rigen las normas previstas en los artículos 183 y 184 CPP.[40]

El actor civil también podrá asegurar los resultados de la demanda civil solicitando algunas de las medidas cautelares reales previstas en el artículo 157 CPP.

2.2.2. *Oportunidad para interponer la demanda civil y sus formalidades (art. 60 CPP)*

La oportunidad procesal para deducir la demanda civil corresponde al término previsto en la ley para que el querellante adhiera a la acusación o acuse particularmente, esto es, la prevista en el artículo 261 CPP. Cuando sea el propio querellante quien demande civilmente, deberá hacerlo conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación. Si se trata de un actor civil no querellante, deberá efectuarse por escrito. La demanda civil debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil y, además, la indicación de los medios de prueba que hará valer en el juicio oral, en los términos expresados en el artículo 259 CPP.

2.2.3. *Actuaciones del demandado*

El demandado deberá oponer las excepciones que corresponda y contestar la demanda civil en las oportunidades procesales

[39] Vid. infra 2.2.2.
[40] Cfr. t. I, cap. VII, B.5.3.

a que se refiere el artículo 263 CPP, esto es, hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, si es por escrito, o al inicio de dicha audiencia, si decide hacerlo en forma verbal. Junto con su actuación, el demandado podrá señalar los vicios formales de que adolezca la demanda civil, solicitando su corrección.

El demandado deberá indicar en su contestación cuáles serán los medios probatorios de que piensa valerse en el juicio oral, haciéndolo del modo indicado en el artículo 259 CPP.

2.2.4. *Incidentes relacionados con la demanda y su contestación. Posibilidad de conciliación (art. 63 CPP)*

En la audiencia de preparación del juicio oral deberán debatirse las incidencias planteadas en los escritos de demanda y contestación a la demanda, como corrección de vicios formales de la demanda, excepciones dilatorias y perentorias opuestas, y la posible conciliación sobre las acciones civiles deducidas (art. 273 CPP).

Si el actor civil no corrige o rectifica los vicios formales de que adolezca la demanda en el plazo establecido por el juez de garantía, de conformidad con el artículo 270 CPP, la demanda civil se tendrá por no presentada.

2.3. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

De conformidad con el art. 157 CPP, el ministerio público o la víctima pueden solicitar al juez de garantía que decrete respecto del imputado una o más de las medidas precautorias autorizadas en el Título V del Libro II del Código de Procedimiento Civil (arts. 290 y ss. CPC).

Tal solicitud se puede efectuar durante toda la etapa de investigación, por el ministerio público o la víctima, y en la demanda civil, sólo por la víctima. Además debe efectuarse siempre por escrito, y se substanciará de conformidad con las reglas de las medidas prejudiciales contenidas en el Título IV del mismo Libro II del Código de Procedimiento Civil. No obstante lo anterior, si la medida es concedida, el plazo para presentar la demanda a fin de mantenerla se extiende hasta la oportunidad

prevista en el artículo 60 CPP. Esto es lógico: no cabe hacer aplicación del plazo a que se refiere el artículo 280 CPC, pues la posibilidad de interponer la demanda en el proceso penal no depende de la voluntad del actor civil.

Llama la atención que la ley autorice expresamente al ministerio público para solicitar estas medidas, las que sólo podrían tener por objeto cautelar el pago de las costas que pudieran imponerse en la sentencia. En efecto, la ley sólo se pone en el caso de que la medida precautoria solicitada como prejudicial se conceda y se mantenga a través de la presentación de la demanda civil en la oportunidad correspondiente. Sin embargo, y como es evidente, el ministerio público no presenta demanda. ¿Qué ocurre entonces? ¿Podría entenderse que la medida prejudicial precautoria debiera extenderse hasta la dictación de la sentencia? Nos parece que ello va contra toda la lógica de las medidas prejudiciales precautorias y constituiría un tratamiento privilegiado a favor del ministerio público que carecería de todo fundamento.

La otra alternativa interpretativa, más acertada en nuestra opinión, es que la ley faculta al ministerio público para solicitar estas medidas *en favor de la víctima*, para asegurar los resultados de las acciones civiles que ella pudiera intentar oportunamente en contra del imputado. Tal interpretación se encontraría avalada por la circunstancia que el legislador utiliza la conjunción disyuntiva "o" para referirse a los sujetos activos de las medidas cautelares reales, de tal forma que efectuando la solicitud uno de ellos se excluiría la posible intervención del otro.[41] Por tanto, si el ministerio público solicita estas medidas a favor de la víctima, ella deberá presentar su demanda en la oportunidad que señala el art. 60 CPP y solicitar que se mantengan las medidas decretadas, so pena de ser dejadas sin efecto y hacerse responsable de los perjuicios causados, considerándose doloso su procedimiento (art. 280 inciso 2° CPC). La víctima podrá, además, ampliar su solicitud de medidas precautorias al deducir su demanda civil (art. 157 inciso 2° CPP).

[41] Pareciera que ésta ha sido otra de las inadvertencias del legislador, pues en el Proyecto del Ejecutivo se dejó como titulares de la solicitud de medidas precautorias al "querellante o el actor civil", con lo cual la disyunción adquiere sentido y justificación (cfr. PFEFFER, cit., pp. 179-180).

Finalmente, cabe señalar que son apelables las resoluciones que niegan o dan lugar a las medidas cautelares reales (art. 158 CPP).

2.4. Curso de la acción civil ante suspensión o terminación del procedimiento penal

La acción civil *ex delicto* ejercida en el procedimiento penal tiene carácter accesorio respecto de la persecución penal del hecho punible. De allí que ella sólo pueda ser ejercida y sostenida mientras el procedimiento penal se encuentre *pendiente*, esto es, desde que se ha promovido la persecución penal pública o privada en contra de una o más personas, y precluye o caduca tal posibilidad con la terminación del procedimiento por cualquier razón o se decide su continuación conforme a ritos especiales que, por su naturaleza, impiden el debate sobre cuestiones accesorias a la cuestión penal. Sin embargo, existe una excepción de gran relevancia en el inciso final del artículo 68 CPP, como comprobaremos a continuación.

El inciso 1° del artículo 68 CPP establece que si antes de comenzar el juicio oral el procedimiento se termina o se suspende por cualquier causa, sin decisión acerca de la acción civil deducida oportunamente, o se resuelve su continuación conforme a las normas que regulan el procedimiento abreviado, surge la facultad para la víctima de presentar su demanda civil ante el tribunal civil correspondiente en el plazo de sesenta días siguientes a aquel que, por resolución ejecutoriada, se disponga la suspensión o terminación del procedimiento penal. La ley dispone, además, que el término de prescripción de la acción civil continuará interrumpido durante dicho lapso de 60 días, pero si la demanda civil no se interpone oportunamente, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

La demanda civil y la resolución que recaiga en ella deberán notificarse por cédula y el procedimiento se sujetará a las reglas del procedimiento sumario (art. 68 inciso 2° CPP). Por otro lado, si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas cautelares reales, éstas se mantendrán vigentes durante el lapso de 60 días de que la víctima dispone para presentar su demanda en sede civil, transcurrido el cual quedarán sin efecto si,

solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantiene (art. 68 inciso 3° CPP).

Finalmente, el inciso final del artículo 68 CPP establece la excepción al principio de accesoriedad de la acción civil respecto del procedimiento penal. En efecto, con arreglo a dicha disposición si comenzado el juicio oral se dicta sobreseimiento de acuerdo a las prescripciones del CPP, el tribunal deberá continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil.

Las normas anteriores nos inducen a efectuar las siguientes consideraciones:

a) La norma contenida en el art. 68 inciso 1° CPP constituye una excepción a la regla contenida en el inciso 2° del artículo 59 CPP, que establece que una vez admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil.
b) Si el procedimiento debiere sobreseerse temporalmente (v. gr., rebeldía del imputado) o definitivamente (v. gr., muerte del imputado) *después de iniciado el juicio oral*, el tribunal deberá, no obstante, pronunciarse sobre la acción civil válidamente interpuesta por la víctima. Si fuere necesario, deberá continuarse el debate para este solo efecto. La decisión legislativa pareciera fundarse en razones de economía procesal. En efecto, no parece lógico obligar a la víctima a interponer su acción en sede civil si el debate sobre las acciones civiles *ex delicto* puede llevarse a cabo ante un juicio oral ya iniciado y ante un tribunal constituido que, en todo caso, tiene competencia para conocer de dichas acciones.[42] En consecuencia, el carácter de accesoria a la persecución penal de la acción civil se pierde una vez iniciado el debate.
c) La ley se refiere únicamente a la transformación del rito a las reglas del procedimiento abreviado, pero la misma situa-

[42] Así, CREUS, quien, aunque refiriéndose al deber del tribunal –introducido en el Código de Córdoba de 1939/40– de pronunciarse sobre la acción civil a pesar de una absolución penal, invoca argumentos aplicables al supuesto en examen: "(si el actor civil) actuó a lo largo de todo el proceso penal, resultaba antieconómico e injusto someterlo a los esfuerzos y avatares de un nuevo proceso"; se consagró, por tanto, "un régimen de supervivencia de la acción civil en aquél (en el proceso penal) toda vez que el mismo hubiese alcanzado la etapa del juicio" (*Reparación*, cit., pp. 57-58).

ción podría darse en el caso de un simple delito cuya tramitación se continúe conforme a las reglas del procedimiento simplificado. En efecto, en el procedimiento simplificado sólo puede plantearse el ejercicio de la acción civil encaminada a obtener la restitución de la cosa o su valor (art. 393 inciso 2° CPP). Si la demanda civil se hubiere interpuesto con anterioridad al cambio de rito, para perseguir las demás responsabilidades civiles derivadas del hecho punible, necesariamente deberá procederse conforme al artículo 68 CPP.

d) El plazo de 60 días empieza a correr desde que quede ejecutoriada la resolución que dispone la suspensión o terminación del procedimiento penal. Esta regla no parece haber previsto la situación del procedimiento abreviado. En este caso, ¿cuándo comenzaría a correr el plazo? Pareciera que la única interpretación compatible con la disposición del artículo 68 CPP es que el plazo comience a correr cuando la sentencia que se dicte en el procedimiento abreviado se encuentre ejecutoriada, porque allí se producirá la hipótesis de terminación del procedimiento penal a que se refiere la ley. Lo mismo cabría plantear respecto del procedimiento simplificado, si se hubiere deducido demanda civil.

e) La ley plantea que el plazo de 60 días es para "presentar" la demanda civil ante el tribunal civil competente y, por lo tanto, no se requiere que la demanda se notifique para que se produzca el efecto a que se refiere la ley, esto es, que continúe interrumpido el término de prescripción de la acción civil.

2.5. El debate sobre la acción civil en el juicio oral

2.5.1. *Reglas generales*

El debate civil en el proceso penal se rige por las normas del Código Procesal Penal. En consecuencia, aquél se sustanciará en forma oral y pública, y de acuerdo con todos los principios que rigen el juicio oral. La sentencia definitiva deberá pronunciarse sobre la demanda civil y la pretensión reparatoria del actor civil fijando el monto de las indemnizaciones a que hubiere lugar, todo ello en los términos señalados en el artículo 342 CPP.

2.5.2. La prueba de las acciones civiles (art. 324 CPP)

La prueba de las acciones civiles en el procedimiento penal se sujetará a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que debe probar y a las disposiciones del Código Procesal Penal en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

En consecuencia, la acción civil *ex delicto* debe sujetarse a las reglas *civiles* para la determinación del *onus probandi*, esto es, sobre quién recae la obligación de probar. En efecto, en materia de responsabilidad civil extracontractual existen supuestos en que la ley civil presume la culpa, cuyo efecto es invertir el peso de la prueba a favor de la víctima. De este modo, sin alterar la naturaleza de la responsabilidad civil, fundada en el dolo o la negligencia, se modifica la posición estratégica de las partes frente a la prueba, correspondiendo al actor civil probar el hecho, el daño y la relación causal, y al demandado-imputado su diligencia o la concurrencia de fuerza mayor o alguna causal de justificación.[43] El Código Civil establece presunciones de culpa referidas al hecho propio (art. 2329 CC), al hecho de las cosas (artículos 2323, 2324, 2326, 2327 y 2328 CC) y al hecho ajeno (arts. 2320 y 2322 CC), que, en realidad es por hecho propio en el cumplimiento de deberes de vigilancia, organización o cuidado.

Así, en el caso de lesiones ocasionadas por un animal, el dueño es responsable de los daños causados por el mismo animal, "aun después de que se haya soltado o extraviado", a menos que "la soltura, extravío o daño no pueda imputarse a culpa del dueño o del dependiente encargado de la guarda o servicio del animal" (art. 2326 inciso 1° CC). Pero en este último caso será el dueño quien deberá probar su diligencia o la concurrencia de una causal de justificación. Cabe destacar que las presunciones de culpa por el hecho ajeno no podrán plantearse en el proceso penal, pues en él sólo procede ejercer la acción civil reparatoria o indemnizatoria contra el imputado, por hecho propio o de las cosas que están bajo su vigilancia o cuidado.

Respecto de la procedencia de la prueba, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria rigen las

[43] BARROS (E.), *Curso de derecho de obligaciones*, cit., p. 81.

reglas del Código Procesal Penal. Así, no cabrá solicitar la absolución de posiciones en el juicio oral si el imputado decide guardar silencio. Tampoco es posible la aplicación de las reglas de prueba legal o tasada que contiene el Código de Procedimiento Civil ni tachar a los testigos inhábiles.

2.6. El pronunciamiento en la sentencia sobre la acción civil

2.6.1. *Independencia de las acciones*

Ya hemos visto que el fundamento de la acción civil derivada del hecho punible no es el mismo que el de la acción penal.[44] La independencia de la acción civil sobre la acción penal se muestra en la regla del artículo 67 CPP, la que señala que la circunstancia de dictarse sentencia absolutoria en materia penal no impedirá que se dé lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente. La misma regla se repite en el artículo 349 CPP, que impone al tribunal, aun en el caso de absolución del imputado, un pronunciamiento acerca de la demanda civil válidamente interpuesta. Esta opción legislativa no es regla general en el derecho comparado, pues existen casos en que se ha limitado la competencia del tribunal penal sobre la decisión de la cuestión civil a la hipótesis en que media una condena penal; si se dicta un fallo absolutorio se admite la transferencia o reproposición de la acción civil ante los tribunales civiles.[45]

La independencia de ambas acciones, como sabemos, se funda en los diferentes requisitos del hecho ilícito que les da origen. Así, mientras que para establecer la responsabilidad penal se exige un estándar de convicción bastante estricto, en materia civil, en tanto, se establece el principio de la probabilidad razonable. Por ello es posible que el tribunal no alcance a adquirir convicción respecto de la participación culpable del acusado en el hecho, por existir alguna duda razonable respecto de la misma, pero sí considere suficiente la prueba producida

[44] Vid. supra 1.
[45] Cfr. CREUS, *Reparación*, cit., pp. 67 y ss.

en el juicio para establecer su responsabilidad civil por el hecho dañoso imputado. Pero también existen muchos otros supuestos en que es perfectamente posible que se absuelva al acusado, quien, no obstante, deberá responder civilmente por el daño producido. Así, en los casos de absolución por concurrir una causal de exculpación, una causal de extinción de la responsabilidad criminal o una excusa legal absolutoria. Así, no hay duda que la amnistía extingue la responsabilidad penal, pero deja subsistente la responsabilidad civil derivada del hecho amnistiado.[46] La ley reconoce la relevancia de estas diferencias en el Código de Procedimiento Civil, según veremos en el apartado siguiente.

2.6.2. *Efectos de la sentencia condenatoria y absolutoria en el proceso civil*

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 178 del Código de Procedimiento Civil (CPC), en los juicios civiles podrán hacerse valer las sentencias dictadas en un proceso criminal siempre que condenen al acusado. Si bien *prima facie* esta disposición pareciera incompatible con la idea de independencia entre acción penal y acción civil *ex delicto*, tal conclusión debe ser matizada a la luz de las normas contenidas en el artículo 179 CPC.

Con arreglo al precepto legal citado, las sentencias que absuelven de la acusación o que ordenan el sobreseimiento definitivo sólo producirán cosa juzgada en materia civil cuando se funden en alguna de las siguientes circunstancias:

1° La no existencia del delito o cuasidelito que ha sido materia del proceso, excepto en los casos en que la absolución o sobreseimiento provenga de la existencia de circunstancias que eximan de responsabilidad criminal. *A contrario sensu,* no producen cosa juzgada las sentencias penales que absuelven al acusado como consecuencia de haberse acogido una causal de exención de responsabilidad criminal, como las contempladas en el artículo 10 del Código Penal.

[46] Vid., por todos, CURY (E.), *Derecho Penal,* P.G., tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1985, p. 435 y bibliografía citada.

2° No existir relación alguna entre el hecho que se persigue y la persona acusada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pueda afectarle por actos de terceros, o por daños que resulten de accidentes, en conformidad a lo establecido en el Título XXXV, Libro IV, del Código Civil. Esto es, se está haciendo referencia a los terceros civilmente responsables, cuya responsabilidad civil extracontractual sí puede ser perseguida en sede civil no obstante el sobreseimiento o la sentencia penal absolutoria recaída en el proceso penal.

3° No existir en el proceso indicio alguno en contra del acusado, no pudiendo en tal caso alegarse la cosa juzgada sino respecto de las personas que hayan intervenido en el proceso penal. La disposición exige que "no exista indicio alguno" en contra del acusado; en consecuencia, la absolución en sede penal por existir dudas razonables sobre la comisión del hecho punible o la participación culpable en él del acusado no es suficiente para producir cosa juzgada en sede civil.

No obstante, estimamos que la norma contenida en el artículo 178 CPC resulta objetable, pues ella impide que se haga valer en el proceso civil la sentencia penal absolutoria en los supuestos de excepción señalados en el artículo 179 CPC, que, conforme a sus propias reglas, no producen cosa juzgada en materia civil. Esta restricción probatoria, desde la perspectiva señalada, carece de todo fundamento y resulta perjudicial para los intereses de la víctima, pues la obliga a probar hechos ya acreditados en el proceso penal y que constituyen fuente de responsabilidad civil *ex delicto*.

La posibilidad de hacer valer la sentencia absolutoria en sede civil se encontraría limitada al actor civil que no hubiere deducido demanda en el proceso penal, pues como establece el inciso 2° del artículo 59 CPP, "admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil". Esta regla no es aplicable cuando la víctima intentase la acción civil en contra de personas civilmente responsables pero diferentes del imputado, pues tal acción no puede en caso alguno deducirse en sede penal de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 3° del precepto legal citado.[47]

[47] Vid. supra 2.1.2.5.

Finalmente, cabe señalar que conforme al artículo 180 CPC, cuando la sentencia criminal produce cosa juzgada en el proceso civil "no será lícito en éste tomar en consideración pruebas o alegaciones incompatibles con lo resuelto en dicha sentencia o con los hechos que le sirvan de necesario fundamento". Evidentemente, la norma precedente no rige para el caso en que la sentencia no produzca cosa juzgada, aunque no siempre las pruebas o alegaciones serán incompatibles con lo resuelto en la sentencia o con los hechos asentados en ella. Esto ocurrirá, regularmente, cuando la causal de exención o de extinción de la responsabilidad penal no afecte la existencia de la responsabilidad civil extracontractual.

2.7. Recursos

No existiendo norma especial sobre recursos en relación a la acción civil ejercida en sede penal, sólo cabrá –siguiendo las reglas generales– interponer recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva cuando se impugnen los aspectos civiles de la misma, de conformidad con las causales establecidas en los artículos 373 y 374 CPP. En nuestra opinión, tal conclusión también es obligatoria en el caso de que se recurra únicamente respecto de la cuestión civil planteada en el proceso penal, como en el caso de que se deseche la demanda civil interpuesta por haberse declarado exento de responsabilidad criminal a quien actuó por miedo insuperable (art. 10 N° 9 CP), pues la responsabilidad civil *ex delicto* subsiste en este supuesto. Aunque la ley procesal civil declara que en tal caso la sentencia absolutoria no produce cosa juzgada en el proceso civil (art. 179 N° 1 CPC), no podría deducirse demanda civil ante un tribunal civil si ella ya fue admitida en sede penal (art. 59 inciso 2° CPP). Esta situación obligaría al actor civil a recurrir de nulidad en contra de la sentencia penal para hacer valer su pretensión resarcitoria.

2.8. La acción civil, las salidas alternativas y los procedimientos especiales

El Código Procesal Penal suele pronunciarse sobre los efectos de determinadas instituciones que ponen término al proceso

penal o implican un cambio del rito en la responsabilidad civil derivada del hecho punible.

En efecto, con ocasión de la regulación de la suspensión condicional del procedimiento, el inciso final del artículo 237 CPP señala que ella "no impedirá de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias" correspondientes. Y así lo ratifica el artículo 240 CPP cuando afirma que la suspensión condicional del procedimiento no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Con todo, y como una de las condiciones que pueden imponerse al imputado es la de pagar una determinada suma a favor de la víctima a título de indemnización de perjuicios, la ley establece que si la víctima recibe pagos en virtud de dicha condición, ellos deberán imputarse al monto de la reparación que se establezca en sede civil.

Tratándose de los acuerdos reparatorios, no existe una norma que señale los efectos de la misma sobre la acción civil derivada del hecho punible. Como señaláramos en otra parte, no cabe entender que por su componente resarcitorio el acuerdo de reparación, que constituye un equivalente funcional de la pena, produzca un efecto automático sobre las responsabilidades civiles *ex delicto*.[48] En consecuencia, pareciera necesario el señalamiento expreso, en el propio acuerdo, de sus efectos sobre las acciones civiles indemnizatorias. No obstante, si se hubieren efectuado pagos parciales de dinero a la víctima, ellos debieran imputarse al monto de la reparación que fije el tribunal civil, tal como ocurre con la suspensión condicional del procedimiento.

En general, los procedimientos penales especiales previstos en el Código, por su naturaleza, no permiten que se ventile la acción civil reparatoria derivada del hecho punible. Tal ocurre con los procedimientos abreviado, simplificado y por delito de acción penal privada. En tales casos, será necesario recurrir a la vía civil directamente o mediante el expediente establecido en el artículo 68 CPP, cuando corresponda.[49] Una situación especial se presenta en el procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad, pues no obstante que no se excluye ex-

[48] Vid. t. I, cap. VII. B.9.4.
[49] Vid. supra 2.4.

presamente el ejercicio de las acciones civiles derivadas del hecho punible, los dementes son incapaces absolutamente en materia civil y sólo cabría hacer responder a terceros por el hecho de aquéllos, si mediare culpa o falta de diligencia en su vigilancia o cuidado. Sin embargo, la acción civil encaminada a perseguir la responsabilidad civil del tercero debe necesariamente plantearse en sede civil.[50]

2.9. La ejecución civil

El artículo 472 CPP establece que en el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia rigen las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales establecidas en el Código de Procedimiento Civil. En consecuencia, será preciso recurrir a las normas contempladas en el Título XIX del Libro I CPC, artículos 231 y siguientes.

[50] Vid. supra 2.1.2.5.

BIBLIOGRAFIA

ABELIUK, R.: *Las obligaciones*, t. I, 4ª ed. actualizada y aumentada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2003.

AGUILO MONJO, M.A.: "La publicidad de las actuaciones judiciales", en AA.VV.: *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, tomo II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

ALESSANDRI RODRIGUEZ, A.: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Imprenta Universitaria, Santiago, 1943.

ALVAREZ, A.: "El control jurisdiccional de los requerimientos acusatorios y conclusivos del Ministerio Público", en AA.VV.: "*El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1993.

———— "El control de la acusación", en Revista Pena y Estado Nº 2 (Ministerio Público), Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pp. 15 y ss.

ALSCHULER, A.: "The Prosecutor's Role in Plea Bargaining", en University of Chicago Law Review, vol. 36, 1968.

AMAYA COBAR, E.: "El procedimiento abreviado en el proceso penal de El Salvador", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 395 y ss.

ANITUA, G.I.: "El principio de publicidad procesal penal: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en HENDLER, E.: *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Bueno Aires, 2001, pp. 67 y ss.

ARMENTA DEU, M.T.: *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad: Alemania y España*, Barcelona, 1991.

———— *Principio acusatorio y derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

ASENCIO MELLADO, J.M.: *Derecho procesal penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

BARBERO SANTOS, M.: "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal", en AA.VV.: *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980.

BARROS B., E.: *Curso de derecho de obligaciones: responsabilidad extracontractual*, texto mecanografiado, Facultad de Derecho, U. de Chile, 2001.

BAYTELMAN, A.: "El juicio oral", en AA.VV.: *Nuevo Proceso Penal*, Editorial Conosur, Santiago, 2000, pp. 227 y ss.

———— (redactor): *Evaluación de la reforma procesal penal chilena*, CEJ-Facultad de Derecho, U. de Chile/ CIJ-Escuela de Derecho UDP, Santiago, 2002.

BAYTELMAN, A./ DUCE, M.: *Evaluación de la reforma procesal penal. Estado de una reforma en marcha*, Facultad de Derecho UDP, Santiago, 2003.

BECCARIA, C.: *De los delitos y de las penas*, trad. de J.A. de las Casas, Alianza, Madrid, 1968.

BERGMAN, P., *La defensa en juicio* (trad. Abeledo-Perrot S.A.E. e I.), Abeledo-Perrot, 2ª ed., Buenos Aires, 1995.

BERTELOTTI, M.: "El principio *ne bis in ídem*: un análisis con base en la historia y el derecho comparado", en HENDLER (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 105 y ss.

BIGLIANI/COSTANZO: "La garantía de legalidad", en HENDLER E. (comp.): *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, 2001, pp. 307 y ss.

BINDER, A.: *Introducción al derecho procesal penal*, 2ª ed. actualizada y ampliada, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999.

———— *El incumplimiento de las formas procesales*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

BOCKELMANN/ KAUFMANN/ KLUG (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a.M., 1969.

BOFILL, J.: "El juicio oral. Preparación y desarrollo", en AA.VV.: *El nuevo proceso penal chileno*, Facultad de Derecho, Universidad de Concepción, 1999.

———— "Sentencias relacionadas con el nuevo sistema procesal penal, pronunciadas por la Excma. Corte Suprema en el año 2001", en REJ N° 1, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2002, pp. 179 y ss.

———— "Las prohibiciones de prueba en el proceso penal", en Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso, XII, 1988.

———— "Garantías constitucionales y proceso penal", en Gaceta Jurídica N° 146, 1992.

———— "La prueba en el proceso penal", en Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XCI, N° 1, año 1994.

BOVINO, A.: "Publicidad del juicio penal: la televisión en la sala de audiencias", en AA.VV.: *Libertad de prensa y derecho penal*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.

———— "Simplificación del procedimiento abreviado y juicio abreviado", en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* N° 8, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 527 y ss.

BRUNS, H.J.: "Tatverdachtsprüfung und Schlüssigkeitsprüfung im Strafprozessualen Ermittlungsverfahren", en *Gedächtnis für Hilde Kaufmann*, 1986, pp. 863 y ss.

BUSTOS, J.: *Introducción al derecho penal*, Conosur, Santiago, 1989.

CAFFERATA NORES, J: *La prueba en el proceso penal*, 4ª ed., Depalma, Buenos Aires, 2001.

———— *Justicia penal y seguridad ciudadana. Contactos y conflictos*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000.

CALDERA, H.: *Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución chilena de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1982.

CARNELUTTI, F.: *Lecciones sobre el proceso penal*, tomo I (trad. de S. Sentís Melendo), Librería El Foro, Buenos Aires, 2002.

———— *La prueba civil* (trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo), 2ª edición, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 2000.

CAROCCA, A.: "Una primera aproximación al tema de la prueba ilícita en Chile", Ius et Praxis N° 2, Universidad de Talca, 1998.

———— "Etapa Intermedia", en AA.VV.: *Nuevo proceso penal*, Ed. Conosur, Santiago, 2000, pp. 173 y ss.

———— *El nuevo sistema procesal penal*, La Ley, Santiago, 2003.

———— "La prueba en el nuevo proceso penal", en AA.VV., *El nuevo proceso penal*, Cuadernos de trabajo N° 2, UDP, Santiago, 2000, pp. 173-194.

CASARINO, M., *Manual de derecho procesal. Derecho procesal civil*, t. IV, Editorial Jurídica de Chile, 5ª ed., Santiago, 1997.

CERDA, R.: *Etapa intermedia, juicio oral y recursos*, Ed. Librotecnia, Santiago, 2003.

CERDA/HERMOSILLA: *El procedimiento abreviado* (Nuevo sistema Procesal Penal), Editorial Metropolitana, 2002.

CEREZO MIR, J.: *Curso de derecho penal español*, P.G., 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1985.

CILLERO, M.: "*Nulla poena sine culpa.* Un límite necesario al castigo penal de los adolescentes", en GARCIA MENDEZ, E. (comp.): *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 71 y ss.

CILLERO/BERNALES: "Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia 'penal de menores' de Chile: evaluación y perspectivas", en Revista de Derechos del Niño N° 1, Univ. Diego Portales, 2002, pp. 9 y ss.

CLARIA OLMEDO, J.: *Tratado de derecho procesal penal*, tomos II y V, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1960.

———— *Derecho Procesal Penal* (actualizado por Jorge Raúl Montero), tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 1998.

COBO/VIVES.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987.

COHEN, JESSICA N., *The Reasonable Doubt Jury Instruction: Giving Meaning to a Critical Concept*, 22 Am. J. Crim. L. 677.

COLOMA, R.: "Panorama general de la prueba en el juicio oral chileno", en AA.VV.: *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago, 2003, pp. 5 y ss.

COLOMBO CAMPBELL, J., *Los actos procesales*, t. I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997.

CORRAL, H.: *Lecciones sobre responsabilidad civil extracontractual*, Documento Docente N° 10, Facultad de Derecho U. de los Andes, Santiago, 1998.

COUTURE, E., *Fundamentos del derecho procesal civil*, 3ª ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1987.

CREUS, C.: *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995.

CURY, E.: *Derecho Penal. Parte General*, t. I., 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1992.

CHAHUAN, S.: *Manual del nuevo procedimiento penal*, 2ª ed., Conosur, Santiago, 2002.

———— "Notas sobre la declaración de los imputados y víctimas en el nuevo proceso penal", en Semana Jurídica N° 110, Ed. Conosur, 2002.

———— "Reflexiones sobre la prueba pericial en el nuevo proceso penal", en Revista Procesal Penal N° 11, Lexis Nexis, 2003.

CHAMBERS, H. Jr., *Reasonable certainty and reasonable doubt*, 81 Marq. L. Rev. 655.

CHIAVARIO, M.: "Qualche sollecitazione per un confronto", en AA.VV.: *Il nuovo Codice di Procedura Penale visto dall'estero*, Tai del Seminario di Torino (4 maggio 1990), Giuffré Editore, Milano, 1991.

CHIESA, E.: *Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos*, 3 vol., Editorial Forum, Colombia, 1995.

DAMASKA, M., *Evidence law adrift*, Yale University Press, USA, 1997.

———— *Las caras de la justicia y el poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*, Editorial Jurídica de Chile (trad. de Andrea Morales Vidal), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2000.

DANNECKER, G.: "Los límites en la utilización de la prueba en el proceso penal alemán", en AA.VV.: *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago, 2003, pp. 185 y ss.

DASTRES, C.: "¿Cómo muestran los medios el sistema penitenciario?", en Boletín del Ministerio de Justicia Nos 4-5, 2003, pp. 73 y ss.

DE DIEGO DIEZ, L.A.: *Justicia criminal consensuada (Algunos modelos del derecho comparado en los EE.UU., Italia y Portugal),* Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

DE URBANO CASTRILLO, E. y TORRES MORATO, M.A., *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial,* Aranzadi Editorial, Madrid, 1997.

DELMAS-MARTY M. (dir). *Los procesos penales en Europa* (Alemania, Inglaterra y Gales, Bélgica, Francia, Italia). (Trad. Pablo Morenilla Allard), Edijus, Zaragoza, 2000.

DIAMOND, H., *Reasonable doubt: to define, or not to define,* 90 Colum. L. Rev. 1716.

DIAZ CABIALE, J. y MARTIN MORALES, R., *La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida,* Civitas, Madrid, 2001.

DIAZ CANTON, F.: "Juicio abreviado versus Estado de Derecho", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado,* Ed. del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 251 y ss.

DIAZ PITA, M.P.: *El coimputado,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DIEZ SCHWERTER, J.L.: *El daño extracontractual (Jurisprudencia y doctrina),* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.

DO AMARAL E SILVA, F.: "La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la doctrina de la situación irregular", en GARCIA MENDEZ (comp.): *Adolescentes y responsabilidad penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 119 y ss.

DREHER: "Die Vereintlichung von Strafen und sichernden Massregeln", en ZStW Nº 65, 1953, pp. 481 y ss.

DUCE/GONZALEZ: "Policía y Estado de Derecho: problemas en torno a su función y organización", en Pena y Estado Nº 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 51 y ss.

DUCE/RIEGO: *"Introducción al nuevo sistema procesal penal",* vol. 1, Facultad de Derecho UDP, 2002.

EICKHOFF, R.: "Die Benachteiligung des psychisch kranken Rechtsbrechers im Strafrecht", NStZ, 1987, pp. 65 y ss.

ESER, A. "Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal", en AA.VV. *De los delitos y de las víctimas,* Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. pp. 13 y ss.

ESCOHOTADO, A.: *Aprendiendo de las drogas (Usos y abusos, prejuicios y desafíos),* 8ª ed., Anagrama, Barcelona, 1998.

ETCHEBERRY, A.: *Derecho Penal,* tomos II y IV, 3ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998.

FABRI, M.: "El proceso criminal en Italia después de la reforma de 1989", en AA.VV.: *La implementación de la reforma penal*, CDJ/CPU-NCSC, Santiago, 1996, pp. 79 y ss.

FEEST, J.: "La protección jurídica en el ámbito carcelario alemán", en *Ejecución de penas y reinserción social*, Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia Nos 4-5, 2003, pp. 105 y ss.

FRASCAROLI, M.S.: "¿Condena sin pedido fiscal?", en CAFFERATA NORES, J. (comp.): *Justicia Penal y seguridad ciudadana. Contactos y conflictos*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2000, pp. 47 y ss.

FERRAJOLI, L.: *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995.

———— "Las lesiones legales del modelo constitucional del proceso penal", en MAIER/BOVINO (comps.): *"El procedimiento abreviado"*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 31 y ss.

———— "Los valores de la doble instancia y de la nomofilaquia", en *Crimen y castigo*, año i, agosto de 2001, N° 1, Depalma, Buenos Aires, pp. 33-50.

FERRER, J.: *Prueba y verdad en el derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, J.: "Die reform des Strafverfahrens in Portugal", en ZStW N° 104, vol. 2, 1994.

———— "Introduçao", en *Código de processo penal e outra legislaçao processual penal*, Aequitas, Lisboa, 1992, pp. 5 y ss.

FISCALIA NACIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO: *Reforma procesal penal*, Instrucciones Generales Nos 1-25 y 26 al 50, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

FOUCAULT, M.: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión* (trad. Aurelio Garzón), Siglo XXI, Madrid, 1998.

FREEDMAN, M., *Understanding Lawyer's Ethics*, Matthew Bender & Co. Inc., USA, 1994.

FRISCH, W.: "Der Begriff des 'Verletzten' im Klageerzwingungsverfahren", en JZ N° 74, pp. 7 y ss.

———— "Die Massregeln der Besserung und Sicherung im Rechtsfolgensystem", en ZStW N° 102, 1992, pp. 343 y ss.

GARAVOGLIA e.a. (coord.): *Profili del nuovo processo penale*, Cedam, Padova, 1988.

GARCIA, L.: *Juicio oral y medios de prensa*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995.

GARCIA MENDEZ, E. (comp.): *Adolescentes y responsabilidad penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001.

GARCIA-PABLOS, A.: *Derecho Penal. Introducción*, Madrid, 1995.

GARLAND, D.: *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social* (trad. Berta Ruiz), Siglo XXI, México, 1999.

GARZON VALDES, E.: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en Revista Latinoamericana de Filosofía, vol. XIII, Nº 3, Buenos Aires, 1987.

GASCON INCHAUSTI, F., *El control de la fiabilidad probatoria: "Prueba sobre la prueba" en el proceso penal,* Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 1999.

GIMENEZ, J.: "Incidencia del derecho de información en los juicios de jurado", *en Jueces para la Democracia,* Nº 27, noviembre de 1996.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal,* t. II, 3ª ed., Valencia, 1992.

GIMENO SENDRA, V., y otros, *Derecho procesal penal,* t. II, 2ª ed., Editorial Colex, Madrid, 1997.

GIURI, D.: "Rilievi sul cd. 'pattegiamento'", en *RIDPP,* 1983, pp. 788 y ss.

GOMEZ COLOMER, J., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas,* Bosch, Barcelona, 1985.

GOMEZ DEL CASTILLO Y GOMEZ, M., *El comportamiento procesal del imputado. (Silencio y falsedad),* Librería Bosch, Barcelona, 1979.

GOMEZ ORBANEJA/HERCE QUEMADA, V.: *Derecho procesal penal,* 10ª ed., Artes Gráficas y Ediciones S.A., Madrid, 1987.

GONZALEZ ZORRILLA C.: "Drogas y cuestión criminal", en AA.VV.: *El pensamiento criminológico,* vol. II (Estado y Control), Temis, Bogotá, 1983, pp. 179 y ss.

GRACIA/BOLDOVA/ALASTUEY, *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código Penal español,* Valencia, 1996.

GREY, T.: "Procedural fairness and substantives rights", en PENNOCK/CHAPMAN (eds.), *Due process,* Nueva York, 1977.

GRILLI, L.: *Il dibattimento penale,* Cedam, Milán, 1998.

GROSSFELD, R.: *Die Privatstrafe,* Frankfurt a. M., Berlín, 1961.

GUASP, J., *Derecho procesal civil,* tomo II, Civitas, 4ª ed., Madrid, 1998.

HABERMAS, J.: "Teorías de la verdad"; del mismo, *Teorías de la acción comunicativa: complementos y estudios previos,* trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, 1989.

HAIRABEDIAN, M., *Eficacia de la prueba ilícita y sus derivadas en el proceso penal,* Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002.

———— "La prueba obtenida ilícitamente por particulares", en *Nueva doctrina penal,* 2001/B, Buenos Aires, 2002, pp. 663-674.

HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal,* trad. Francisco Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Bosch, Barcelona, 1984.

———— "Rücksichten auf das Verbrechensopfer", en KOHLMANN (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag,* Köln, 1983.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *Introducción a la criminología y el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989.

HEGHMANNS, G.: *Das Zwischenverfahren im Strafprozess, Münich*, 1991.

HEMHOLZ, R.H. y otros, *The privilege against self-incrimination. Its origins and development*, The University of Chicago Press, Chicago, USA, 1997.

HENDLER, E.: *Derecho penal y procesal penal en los Estados Unidos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996.

———— (comp.): *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

———— "Enjuiciamiento penal y conflictividad social", en MAIER/BINDER (comps.): *Homenaje al Prof. David Baigún*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1995.

HERNANDEZ, H.: "La represión de la criminalidad organizada en la República Federal de Alemania", en POLITOFF/MATUS (coords.), *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Ed. Conosur, Santiago, 2000, pp. 145 y ss.

———— *La exclusión de la prueba ilícita en el nuevo proceso penal chileno*, Colección Investigaciones Jurídicas N° 2, Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2002.

HINOJOSA SEGOVIA, R., *La diligencia de entrada y registro en lugar cerrado en el proceso penal*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996.

HIRSCH, H.J.: "Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht", en BOCKELMANN/KAUFFMANN/KLUG (eds.), *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., 1969.

———— "La reparación del daño en el marco del derecho penal material", en AA.VV.: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 53 y ss.

HORVITZ, M.I.: "Las medidas alternativas a la prisión", en *Cuadernos de Análisis Jurídico* N° 21 (Sistema penal y seguridad ciudadana), Escuela de Derecho de la U. Diego Portales, Santiago, 1992, pp. 131 y ss.

———— "Estándares de prestación de defensa penal pública", en REJ N° 1, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2002, pp. 189 y ss.

———— "Estatus de la víctima en el proceso penal. Comentario a dos fallos de la Corte Suprema", en REJ N° 3, Centro de Estudios de la Justicia, Facultad de Derecho, U. de Chile, Santiago, 2003, pp. 131 y ss.

HUERTAS MARTIN, M.I., *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999.

IGARTUA, I.: *Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal*, Valencia, 1994.

ISRAEL, J./KAMISAR, Y./LaFAVE, W.: *Criminal Procedure and the Constitution*, (Leading Supreme Court cases and Introductory text), West Publishing Co., St. Paul, Minn., 1995.

JAEGER, W.: "*Paideia*", Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

JAKOBS, G.: *Derecho Penal*, P.G., 2ª ed., trad. Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Marcial Pons, Madrid, 1997.

JANA, A., "La eficacia horizontal de los derechos fundamentales", en *Los Derechos Fundamentales*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional (SELA) 2001, Editores del Puerto s.r.l., Buenos Aires, 2003, pp. 53-70.

JAUCHEN, E.: *Tratado de la prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002.

JIMENEZ, M.A.: "Consideraciones criminológicas en torno al nuevo Reglamento Penitenciario", en RCP, tomo XL N° 1, 1990-1993, pp. 76 y ss.

KÖHLER, M.: *Der Begriff der Strafe*, Heidelberg, 1986.

KOHLMANN, G. (ed.): *Festschrift für Ulrich Klug zum 70.* Geburstag, Köln, 1983.

KUCKEIN: "Revisionsrechtliche Kontrolle der Mangelhaftigkeit von Anklage und Eröffnungsbeschlüsse", en *Strafverteidigerforum* N° 97, pp. 33 y ss.

KÜHNE, H.H.: *Strafprozessrecht*, 5ª ed., Heidelberg, 1999.

LaFAVE, W., ISRAEL, J., y KING, N., *Criminal procedure*, West Group, 3ª ed., St. Paul Minn., 2000.

LANGBEIN, J.: "Tortura y plea bargaining", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 3 y ss.

———— "Comprendiendo la breve historia del *plea bargaining*", en *Nueva Doctrina Penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2001/A, pp. 59 y ss.

LANGER, M.: "La dicotomía acusatorio-inquisitiva y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado", en HENDLER, E. (comp.), *Las garantías penales procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 239 y ss.

LESCH, H.H.: *Strafprozessrecht*, J.A. Studienskript 5, Luchterhand, Berlín, 1999.

LIEBMAN, E., *Manual de derecho procesal civil* (trad. de Santiago Sentís Melendo), E.J.E.A., Buenos Aires, 1980.

LINO, E., *Los recursos en el proceso penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

LLOBET, J.: "Procedimiento abreviado en Costa Rica", en MAIER/BOVINO (comps.), *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 433 y ss.

LOARCA/BERTELOTTI : "El procedimiento abreviado en Guatemala", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 411 y ss.

LOPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001.

LOPEZ GARRIDO/GARCIA ARAN: *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador (Comentario al texto y al debate parlamentario)*, Madrid, 1996.

LOPEZ MASLE, J., *El derecho a la privacidad y la necesidad de hacer cumplir la ley penal en Chile*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional (SELA), 1998, Buenos Aires, 1999, pp. 203-222.

LUZON CUESTA, J.M., *La prueba en el proceso penal derivada de la entrada y registro domiciliario*, Editorial Colex, Madrid, 2000.

MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

MAIER, J.: *Derecho Procesal Penal Argentino*, t. 1b Fundamentos, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.

———— *Derecho Procesal penal, II, Parte general* (Sujetos procesales), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003.

———— *La Ordenanza Procesal Penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentino*, vol. II, Depalma, Buenos Aires, 1982.

———— (comp.): *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

MANZANARES, J.L.: "El juez de vigilancia", en AA.VV.: *Lecciones de derecho penitenciario*, 2° ed., Alcalá de Henares, 1989.

MATURANA MIQUEL, C., *Los recursos*, Central de Apuntes, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2003.

MATUS/RAMIREZ: *Lecciones de Derecho Penal Chileno*, P.E., Universidad de Talca, 2001.

MAZEAUD/TUNC: *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I., vol. I, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1963.

MEDINA/MERA (eds.): *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos*, en Cuadernos de Análisis Jurídico N° 6, Serie Publicaciones Especiales, Santiago, 1996.

MERA, J.: "Adecuación del derecho penal chileno al derecho internacional de los derechos humanos", en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, Santiago, 1996, pp. 343 y ss.

MIDON, M., *Pruebas ilícitas. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.

MIRANDA ESTRAMPES, M., *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999.

MOMMSEN, T.: *Derecho Penal Romano*, Temis, Bogotá, 1991.

MONTERO AROCA, J. y otros, *Derecho Jurisdiccional. III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, 7ª ed., Valencia, 1998.

MONTOYA, M., *Informantes y técnicas de investigación encubiertas. Análisis constitucional y procesal penal*, Ad-Hoc, 2ª ed., Buenos Aires, 2001.

MORALES ROBLES, E., *Explicaciones de derecho procesal.* Tomo III. *Derecho procesal penal*, impresión privada, Santiago, 1987.

MORENO CATENA, V., *El proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.

MULRINE, T., *Reasonable doubt: how in the world is it defined?*, 12 Am. U.J. Int'l L. & Pol'y 195.

MUÑOZ CONDE, F.: *Búsqueda de la verdad en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2000.

MUÑOZ SABATE, L., *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, Editorial Praxis S.A., 4ª ed., Barcelona, 1993.

MUSCO, E.: "Massregeln der Besserung und Sicherung im strafrechtlichen Rechtsfolgensystem Italiens", en ZStW N° 102, 1990, pp. 415 y ss.

NAPOLEONI, V.: "Le mirabolanti teorie sulla natura delle sanzioni sostitutive inflite a richiesta dell'imputato", en *Cassazione Penale*, 1984.

NEPPI MODONA, G.: "Principio di legalitá e nuovo processo penale", en AA.VV.: *Il pubblicco ministerio oggi*, Giuffré Ed. Milán, 1994.

NEUMANN/JUNG (eds.): *Nomos Komentar zum Strafgesetzbuch*, Baden Baden, 1995.

NEUMANN/SCHROTH: *Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe*, Darmstadt, 1980.

ORMAZABAL SANCHEZ, G., *El período intermedio como fase autónoma del proceso penal*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1997.

ORTELLS RAMOS, M.: *El proceso penal abreviado (nueve estudios)*, Editorial Comares, Granada, 1997.

———— "Problemas de contenido y delimitación de las fases del procedimiento abreviado (diligencias previas, fase intermedia y juicio oral)", en Revista General de Derecho, Madrid, 1993.

OTERO LATHROP, M., *Código Procesal Penal*, Lexis Nexis, Conosur, Santiago, 2002.

PAILLAS, E., *Derecho Procesal Penal*, v. II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1986.

PEDRAZ PEÑALVA, E.: "Notas sobre publicidad y proceso", en *Poder Judicial,* número especial XI (El Poder Judicial en el conjunto de poderes del Estado y la Sociedad), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1986.

PELLEGRINI, A., "Pruebas ilícitas", en *Derecho penal. Derecho procesal penal,* (Buompadre, J., coordinador), Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 303-316.

PEÑA, CARLOS, *Práctica constitucional y derechos fundamentales,* Colección Estudios N° 5, Corporación Nacional de Reparación y Conciliación, Santiago, 1996.

PEREIRA ANABALON, H., *Oralidad e instancia única o doble en el proceso penal,* Gaceta Jurídica N° 223, Editorial Jurídica Conosur Ltda., Santiago, noviembre de 1999, pp. 15-21.

PEREZ DEL VALLE, C.: *Teoría de la prueba y derecho penal,* Dykinson, Madrid, 1999.

PETRIE, A.: *Introducción al estudio de Grecia,* Fondo de Cultura Económica, México, 1988.

PFEFFER, E.: *Código Procesal Penal. Anotado y concordado,* Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001.

PISANI, M.: *"Italian style": figure e forme del nuovo processo penale,* Cedam, Milano, 1998.

PISAPIA, G.D.: "Il nuovo processo penale", en Rivista di Diritto Processuale, vol. 44, 1989.

POLITOFF, S.: *Derecho Penal,* tomo I, Ed. Conosur, Santiago, 1997.

POLITOFF/MATUS (comps.): *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefaciente,* Conosur, Santiago, 2000.

PRIETO CASTRO/GUTIERREZ DE CABIEDES: *Derecho procesal penal,* 4ª ed. Tecnos, Madrid, 1989.

QUINTERO OLIVARES: "La llamada privatización del derecho penal", en Revista de Derecho y Proceso Penal, N° 6, 2001, pp. 13 y ss.

RAMOS MENDEZ, F., *El Proceso Penal. Tercera Lectura Constitucional,* Bosch, Barcelona, 1993.

RESS, G.: "Der Grundsatz del Verhältnismässigkeit im deutschen Recht", en AA.VV.: *Der Grundsatz der Verhältnismassigkeit in europäischen Rechtsordnungen,* Heidelberg, 1985.

RIEGO, C.: "El procedimiento abreviado en Chile", en MAIER/BOVINO (comps.): *El procedimiento abreviadò,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 453 y ss.

RIESS: "Kostenfolgen des Klageerzwingungsverfahren", NStZ 90, pp. 6 y ss.

RIVACOBA, M.: *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso, 1991.

RODRIGUEZ GARCIA, N.: *La justicia penal negociada. Experiencias de derecho comparado*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.

RODRIGUEZ, P.: *Responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1999.

RODRIGUEZ SOL, LUIS, *Registro domiciliario y prueba ilícita*, Editorial Comares, Granada, 1998.

ROJAS/CONTRERAS: "Las acciones civiles en el Código Procesal Penal", en Fallos del Mes Nº 491 (Documento Nº 21), enero de 2002.

ROJAS SEPULVEDA: "La sentencia definitiva en el Código Procesal Penal", en AA.VV.: *Reforma procesal penal. Doctrina y jurisprudencia*, vol. II, Universidad de Concepción, 2002.

ROXIN, C.: *Derecho procesal penal*, trad. Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.

——— *Strafverfahrensrecht*, 23ª ed., Auflage, Beck, München, 1993.

——— "¿Qué queda de la culpabilidad en el derecho penal?, en Cuadernos de Política Criminal Nº 30, Madrid, 1986.

RUSCONI, M.: "Reformulación de los sistemas de justicia penal en América Latina y policía: algunas reflexiones", en Pena y Estado Nº 3, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

SAFFORD, J. y otros: *La implementación de la reforma procesal penal*, CDJ/CPU-NCSC, 1996.

SANTIAPICHI, S.: "Modelli stranieri e tradizione nella scelta accusatoria", en GAITO, A. (coord.): *I giudizi semplificati*, Cedam, Padova, 1989.

SCHLÜCHTER, E.: *Derecho procesal penal*, 2ª edición, revisión y traducción Esparza y Planchadell, Tirant lo Blanch/EuWi, 1999.

SCHMIDT, E.: "Anklageerhebung, Eröffnungsbeschuss, Hauptverfahren, Urteil. Betrachtungen zur Strafprozessreform", en NJW, 1963.

SENTIS MELENDO, S., *La prueba*, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1990.

SILVA SANCHEZ, J.M.: "Consideraciones sobre las medidas de seguridad a propósito de su regulación en el nuevo Código Penal español"; del mismo, *Perspectivas sobre política criminal moderna*, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1998, pp. 59 y ss.

SOTO KLOSS: "*Derecho administrativo. Bases fundamentales*". T. II., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996.

——— "Bases para una teoría general de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho chileno", en Gaceta Jurídica Nº 56, 1985.

SOTO, M.: "Ministerio Público y Política Criminal", en AA.VV.: *El Ministerio Público: para una nueva justicia criminal*, Fundación Paz Ciudadana,

U. Diego Portales, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1994, pp. 135 y ss.

SWARD, E.: "Values, ideology and the evolution of the adversary system", en *Indiana Law Journal*, vol. 64, 1988-89.

TARUFFO, M.: "Consideraciones sobre prueba y verdad", en AA.VV.: *La prueba en el nuevo proceso penal*, Lexis-Nexis, Santiago, 2003, pp. 163 y ss.

———— *La prueba de los hechos*, trad. Jordi Ferrer, Trotta, 2002.

———— *Studi sulla rilevanza della prova*, Padua, 1970.

TAVOLARI OLIVEROS, R., *El proceso en acción*, Editorial Libromar Ltda., Santiago, 2000.

———— "Informe en derecho sobre recurso de nulidad", en Boletín Ministerio Público N° 3, pp. 41 y ss.

TERRADILLOS, J.: *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981.

TOLDA, A.A.: *O novo processo penal*, 2ª ed., Rei dos Libros, Lisboa, S.F., pp. 45 y ss.

TORRES, S., *Nulidades en el proceso penal*, Ad-Hoc, 3ª ed., Buenos Aires, 1999.

VAN SWAANINGEN, R.: "Política de drogas: ¿control de pecados o de estimulantes", en POLITOFF/MATUS (coords.): *Gran criminalidad organizada y tráfico ilícito de estupefacientes*, Conosur, Santiago, 2000, pp. 119 y ss.

VARELA/ANDRES y otros: *La reforma del proceso penal*, Tecnos, Madrid, 1990.

VEGAS TORRES, J.: *Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*, La Ley, Madrid, 1993.

VELEZ MARICONDE, A.: *Estudios de derecho procesal penal*, tomos I y II, Córdoba, 1956.

VELEZ MARICONDE, A., *Estudios de derecho procesal penal*, v. I y II, Universidad Nacional de Córdoba, 1956.

VIVAS, G.: "La confesión transaccional y el juicio abreviado", en Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, año IV, N° 8, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, pp. 497 y ss.

VIVES ANTON, T.: *La reforma del proceso penal. Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, t. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

———— "Constitución y medidas de seguridad", en Poder Judicial N° 3, 1986, pp. 91 y ss.

VOLK: "*Strafprozessrecht*", C.H. Beck, München, 1999.

VON HIRSCH, A.: *Censurar y castigar*, trad. Elena Laraurri, Ed. Trotta, Madrid, 1998.

VON CAEMMERER/MENTSCHIKOFF/ZWEIGERT (eds.), *Ius privatum gentium*, Festschrift für Max Rheinstein, Tübingen, 1969.

WALTER, G., *Libre apreciación de la prueba* (trad. de Tomás Banzhaf), Ed. Temis, Bogotá, 1985.

WEIGEND, T.: "Die reform des Strafverfahrens: europäische und deutsche Tendenzen und Probleme", en ZStW N° 104, 1992.

———— "Abgesprochene Gerechtigkeit", en *Juristenzeitung*, 1990.

WOLF, G.: "Die Gesetzwidrigkeit von Fernsehübertragungen aus Gerichtsverhandlungen", en NJW, 1994.

WOLTER, J.: *Aspekte einer Strafprozessreform bis 2007*, 1991.

ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho Penal*, Parte General, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002.

ZUGALDIA ESPINAR J.M.: *Fundamentos de Derecho Penal*, 3ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

INDICE

Abreviaturas 7

VIII. LA ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACION DEL JUICIO

1. Origen y fundamento. Breve panorama del derecho comparado . 9
2. La etapa de preparación del juicio en el ordenamiento jurídico chileno 15
   - 2.1. Tribunal competente 18
   - 2.2. Funciones 20
   - 2.3. Fase escrita de la etapa de preparación del juicio oral ... 23
     - 2.3.1. Formulación de la acusación 24
     - 2.3.2. Actuaciones del tribunal 27
     - 2.3.3. Notificación y actuaciones del querellante 28
     - 2.3.4. Notificación y actuaciones del acusado 30
   - 2.4. Fase oral de la etapa intermedia 31
     - 2.4.1. Generalidades 32
     - 2.4.2. Principios que la informan 33
     - 2.4.3. Desarrollo de la audiencia 35
       - 2.4.3.1. Corrección de vicios formales 35
       - 2.4.3.2. Invocación de excepciones de previo y especial pronunciamiento 37
       - 2.4.3.3. Solicitud de suspensión condicional del procedimiento y de acuerdos reparatorios . 39
       - 2.4.3.4. Solicitud de procedimiento abreviado ... 39
       - 2.4.3.5. Conciliación sobre la responsabilidad civil derivada del hecho punible 40
       - 2.4.3.6. Solicitud para que se rinda prueba anticipada 41
       - 2.4.3.7. Solicitud de aprobación de convenciones probatorias 41
       - 2.4.3.8. El ofrecimiento y la exclusión de pruebas . 45

2.4.3.9. Solicitud para que se decrete la prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, su substitución, modificación o revocación 51
2.4.3.10. Situación especial de prueba ofrecida por la defensa 51
2.4.4. Unión y separación de acusaciones 53
2.4.5. Nuevo plazo para presentar prueba 54
2.4.6. Auto de apertura del juicio oral 55
2.4.6.1. Contenido 55
2.4.6.2. Notificación del auto de apertura 56
2.4.6.3. Impugnación del auto de apertura del juicio oral 56
2.4.6.4. Situación del fiscal sin prueba de cargo .. 59
2.4.7. Devolución de los documentos de la investigación . 62

IX. LA PRUEBA

A. INTRODUCCION 65
1. Actos de investigación y actos de prueba 68
1.1. Concepto 68
1.2. Diferencias 69
1.2.1. Oportunidad 69
1.2.2. Sujeto 71
1.2.3. Finalidad 75

B. ACTOS DE INVESTIGACION 77
1. Límites formales 77
1.1. El principio de no autoincriminación 78
1.1.1. El derecho a no prestar juramento 79
1.1.2. El derecho al silencio 82
1.1.2.1. Posibilidad de extraer inferencias del ejercicio del derecho al silencio 83
1.1.2.2. La renuncia del derecho al silencio 85
1.1.2.2.a. La renuncia debe ser libre 86
1.1.2.2.b. La renuncia debe ser informada . 90
1.1.2.3. Alcances del derecho al silencio 93
1.2. El derecho a la privacidad 95
1.2.1. El cuerpo 97
1.2.1.1. Los exámenes corporales 98
1.2.1.2. Las pruebas dactiloscópicas y caligráficas . 104
1.2.2. Las vestimentas, el equipo y el vehículo 106
1.2.3. El hogar y otros recintos privados 110
1.2.3.1. Regla general: entrada y registro con orden judicial previa 112
1.2.3.1.a. Concesión de la orden 112

1.2.3.1.b. Emisión de la orden 113
1.2.3.1.c. Ejecución de la orden 115
1.2.3.2. Excepciones: entrada y registro sin orden judicial previa 117
1.2.3.2.a. Entrada y registro consentido .. 117
1.2.3.2.b. Entrada y registro en caso de delito flagrante 121
1.2.4. Las comunicaciones privadas 123
1.2.4.1. Regla general: autorización judicial previa . 124
1.2.4.2. Situaciones especiales 125
1.2.4.2.a. La revelación de la comunicación por el interlocutor 125
1.2.4.2.b. La grabación de la comunicación por el interlocutor 128

C. ACTOS DE PRUEBA 131
1. El objeto de la prueba 131
1.1. El hecho relevante (o pertinente) 132
1.1.1. Hechos secundarios o indicios 133
1.1.2. Hechos sobre credibilidad de la prueba 134
1.2. El hecho debe ser controvertido 136
1.3. El hecho notorio 137
2. La actividad probatoria 138
2.1. Proposición 139
2.2. Admisión 140
2.3. Rendición 142
2.3.1. Regla general: la prueba debe ser rendida en la audiencia del juicio oral 143
2.3.2. Excepción: la prueba anticipada 143
2.4. Valoración 144
2.4.1. Sistema de prueba legal o tasada 145
2.4.2. Sistema de la íntima convicción 147
2.4.3. Sistema de libre convicción o sana crítica racional . 149
3. La carga de la prueba y el estándar de convicción "más allá de toda duda razonable" 153
3.1. El criterio de la vacilación para actuar 160
3.2. El criterio de la certeza moral 162
4. La prueba ilícita 164
4.1. Generalidades 164
4.2. Concepto 168
4.3. Consecuencias jurídicas de la ilicitud 169
4.3.1. Eficacia o ineficacia probatoria de la prueba ilícita . 170
4.3.1.1. Posiciones que postulan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita 170

4.3.1.2. Posiciones que impugnan la eficacia probatoria (admisibilidad y/o valoración) de la prueba ilícita 172
4.3.1.3. Morigeración de la posición que postula la ineficacia de la prueba ilícita: teoría de la ponderación de los intereses en conflicto 175
4.3.2. Ineficacia de la prueba ilícita, ¿problema de admisibilidad o problema de valoración? 178
4.4. El fundamento de la ineficacia probatoria de la prueba ilícita 180
4.4.1. Criterio de la confiabilidad de la evidencia 181
4.4.2. Criterio de la integridad judicial 183
4.4.3. Criterio de la prevención 186
4.5. Hipótesis legales de prueba ilícita 188
4.5.1. Hipótesis principal: prueba obtenida con inobservancia de garantías fundamentales 188
4.5.2. Hipótesis secundaria: prueba que proviene de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas 189
4.6. Oportunidad para hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita en Chile 192
4.6.1. La ilicitud de la prueba durante la audiencia de preparación del juicio oral 192
4.6.2. La ilicitud de la prueba como fundamento del recurso de nulidad 194
4.6.3. La ilicitud de la prueba durante la audiencia de juicio oral 197
4.6.3.1. Facultades del tribunal de juicio oral para negarse a admitir la prueba ilícita (fase de admisión) 197
4.6.3.2. Facultades del tribunal de juicio oral para negarse a valorar la prueba ilícita (fase de valoración) 199
4.6.4. La ilicitud de la prueba durante la etapa de investigación 204
4.6.4.1. Primera vía: la nulidad procesal 206
4.6.4.2. Segunda vía: la inutilizabilidad 210
4.7. Forma de hacer valer la ineficacia de la prueba ilícita 212
4.7.1. Posibilidad de exclusión de prueba ilícita de oficio . 212
4.7.2. Legitimación activa para impugnar la prueba ilícita 213
4.7.2.1. ¿Debe ser el imputado el titular de la garantía afectada? 213
4.7.2.2. ¿Puede el Estado solicitar la exclusión de prueba con base en la inobservancia de garantías fundamentales? 215

4.7.3. Justificación de la ilicitud 217
4.8. Efectos de la declaración de ineficacia de la prueba ilícita . 218
4.8.1. Efecto principal: Exclusión del elemento probatorio ilícitamente obtenido 218
4.8.2. Efecto secundario: exclusión de los elementos probatorios derivados (teoría de los frutos del árbol envenenado) 219
4.8.2.1. Doctrina de la fuente independiente 220
4.8.2.2. Doctrina del descubrimiento inevitable .. 221
4.8.2.3. Doctrina del vínculo atenuado 222
4.8.3. Excepciones a la ineficacia de la prueba ilícita 223
4.8.3.1. La prueba de descargo 223
4.8.3.2. La excepción de buena fe 224
4.8.3.3. Afectación de garantías fundamentales cometidas por particulares 226

X. LA ETAPA DEL JUICIO ORAL

1. La centralidad del juicio oral en el nuevo proceso penal 229
2. Principios del juicio oral 233
2.1. Oralidad, inmediación y publicidad del juicio 233
2.1.1. Oralidad 235
2.1.2. Inmediación 236
2.1.3. Publicidad 240
2.2. Continuidad y concentración 250
2.3. Principio de contradicción, la carga de la prueba corresponde al Estado, libre valoración de la prueba y necesidad de motivación de la sentencia 253
3. El juicio oral 255
3.1. Tribunal competente y hábil. Actuaciones previas al juicio oral 255
3.2. Funciones de dirección y disciplina del tribunal 259
3.3. Apertura del juicio oral y actuaciones previas a la rendición de la prueba 261
3.3.1. Actuaciones del tribunal e inicio del debate (art. 325 CPP) 261
3.3.1.1. Situaciones especiales que pueden determinar el sobreseimiento definitivo del procedimiento durante el juicio 263
3.3.1.2. Situación del fiscal sin prueba de cargo .. 265
3.3.2. Actuaciones de los intervinientes. Alegatos de apertura y declaración del acusado 265
3.4. Rendición de la prueba 268
3.4.1. Orden de rendición 270

3.4.2. Forma de rendición y los medios de prueba en particular 272
3.4.2.1. Testigos 273
3.4.2.1.1. Deber de comparecer y declarar . 274
3.4.2.1.2. Excepciones al deber de comparecer 275
3.4.2.1.3. Excepciones al deber de declarar . 277
3.4.2.1.3.a. Causales fundadas en el principio de no autoincriminación 278
3.4.2.1.3.b. Causal fundada en el secreto profesional .. 279
3.4.2.1.3.c. Deber de comparecencia en ambos casos .. 280
3.4.2.1.4. Juramento o promesa de decir verdad (art. 306 CPP) 280
3.4.2.1.5. Individualización del testigo y medidas de protección 281
3.4.2.1.6. Declaración del testigo. Reglas que la rigen 286
3.4.2.1.7. Reglas especiales de declaración. Situación de los informantes, agentes encubiertos y otros 291
3.4.2.1.8. Testigo-perito 294
3.4.2.1.9. Intervención del tribunal 295
3.4.2.1.10. Declaración complementaria de los testigos 295
3.4.2.2. Peritos 295
3.4.2.2.1. Elaboración y presentación del informe pericial 297
3.4.2.2.2. Contenidos y formalidades del informe 297
3.4.2.2.3. Admisibilidad de la prueba pericial ofrecida 298
3.4.2.2.4. Remuneración de los peritos ... 299
3.4.2.2.5. Incapacidad para ser perito 299
3.4.2.2.6. Medidas de protección 300
3.4.2.2.7. Declaración del perito. Reglas que la rigen 300
3.4.2.2.8. Intervención del tribunal 303
3.4.2.2.9. Declaración complementaria de los peritos 303
3.4.2.3. Documentos y objetos 304
3.4.2.3.1. Forma en que se introducen al debate 306

3.4.2.3.2. Documentos y objetos excluidos como medios de prueba 309
3.4.2.4. Otros medios de prueba 310
3.4.2.5. La constitución del tribunal en lugar distinto a la sala de audiencias 311
3.4.2.6. La situación del imputado y el ejercicio de su derecho a declarar. La confesión 313
3.4.2.7. Situación del coimputado y su declaración inculpatoria 314
3.4.2.8. Otras reglas referidas a la rendición de la prueba 318
3.4.2.8.1. Prohibición de utilización de ciertos registros o documentos como medios de prueba 318
3.4.2.8.2. Prueba nueva o prueba sobre prueba 325
3.4.2.9. Prueba de las acciones civiles 327
3.5. Alegatos finales y clausura del debate (art. 338 CPP) 327
3.5.1. Pedido de absolución por el ministerio público ... 328
3.6. Registro del juicio y valor 331
3.7. Valoración de la prueba 332
3.8. Decisión sobre absolución o condena 336
3.8.1. Estándar de convicción 338
3.8.2. La decisión de absolución (art. 347 CPP) 338
3.8.3. La decisión de condena (art. 343 inciso final CPP) 339
3.9. Audiencia de determinación de pena 339
3.10. Sentencia definitiva 341
3.10.1. Correlación entre acusación y sentencia 341
3.10.2. Contenido (art. 342 CPP) 342
3.10.3. Sentencia condenatoria (arts. 348 y 351 CPP) 344
3.10.4. Audiencia de lectura de sentencia (art. 346 CPP) . 345
3.10.5. Plazo para la redacción y lectura de la sentencia (art. 344 CPP) 345
3.10.6. Ejecución de las sentencias condenatorias (Remisión) 346

XI. LOS RECURSOS

A. INTRODUCCION 347
1. Generalidades 347
2. El derecho al recurso 350
3. Características generales del régimen de recursos en el CPP ... 351
3.1. Disminución de la intensidad del régimen de recursos .. 351
3.2. Desaparición de la doble instancia como método de control de la sentencia definitiva 354

3.3. Exigencia de doble conformidad judicial 359
3.4. Carácter bilateral de la facultad de recurrir e impugnabilidad de las sentencias absolutorias 360
3.5. Prohibición de la *reformatio in peius* 363
4. Reglas aplicables 364

B. RECURSO DE REPOSICION 366

1. Concepto 366
2. Reglas aplicables 367
3. Resoluciones impugnables 367
4. Plazo, forma, efectos y tramitación del recurso 368
4.1. Resoluciones dictadas fuera de audiencias 368
4.2. Resoluciones dictadas en audiencias orales 368

C. RECURSO DE APELACION 370

1. Concepto 370
2. Reglas aplicables 370
3. Resoluciones impugnables 371
3.1. Resoluciones dictadas por el juez de garantía 371
3.2. Resoluciones dictadas por la Corte de Apelaciones 373
3.3. Resoluciones dictadas por un ministro de Corte Suprema . 374
4. Legitimación activa 374
4.1. Renuncia y desistimiento del recurso 374
5. Tramitación del recurso ante el tribunal *a quo* 375
5.1. Plazo 375
5.2. Forma de interposición del recurso 376
5.3. Efectos de la interposición del recurso 377
5.4. Control de admisibilidad ante el tribunal *a quo* 378
5.4.1. Remisión de antecedentes 379
5.4.2. Recurso de hecho 380
6. Tramitación del recurso ante el tribunal *ad quem* 381
6.1. Ingreso del recurso 381
6.2. Adhesión a la apelación 382
6.3. Control de admisibilidad ante el tribunal *ad quem* 384
6.4. Vista del recurso 385
6.4.1. Comparecencia de las partes 385
6.4.2. Suspensión de la vista 386
6.4.3. Vista propiamente tal 389
6.5. Fallo del recurso 391

D. RECURSO DE NULIDAD 392

1. La nulidad procesal 392
1.1. Concepto 392
1.2. Requisitos 394
1.3. Iniciativa 399
1.4. Oportunidad y forma de promover el incidente 400

1.5. Saneamiento de la nulidad 401
1.6. Efectos de la declaración de nulidad 401
2. El recurso de nulidad 402
2.1. Concepto 402
2.2. Reglas aplicables 403
2.3. Resoluciones impugnables 403
2.4. Legitimación activa 404
2.4.1. Renuncia y desistimiento del recurso 411
2.5. Causales 411
2.5.1. Infracción sustancial de derechos o garantías 412
2.5.1.1. Los motivos absolutos de nulidad 416
2.5.2. Errónea aplicación del derecho 427
2.6. Tribunales competentes 427
2.6.1. Corte de Apelaciones respectiva 428
2.6.2. Corte Suprema 429
2.7. Preparación del recurso 433
2.8. Tramitación del recurso ante el tribunal *a quo* 435
2.8.1. Plazo 435
2.8.2. Forma de interposición del recurso 435
2.8.3. Efectos de la interposición del recurso 436
2.8.4. Control de admisibilidad ante el tribunal *a quo* ... 437
2.8.4.1. Remisión de antecedentes 438
2.9. Tramitación del recurso ante el tribunal *ad quem* 438
2.9.1. Ingreso del recurso 438
2.9.2. Actuaciones previas al control de admisibilidad ... 438
2.9.3. Control de admisibilidad ante el tribunal *ad quem* . 439
2.9.4. Vista del recurso 441
2.10. Fallo del recurso 442
2.11. Efectos del fallo que acoge el recurso 443
2.11.1. Invalidación de la sentencia 443
2.11.2. Invalidación del juicio oral y la sentencia 444
2.12. Improcedencia de recursos 445

E. LA REVISION DE LAS SENTENCIAS FIRMES 447

1. Concepto y naturaleza 447
2. Reglas aplicables 449
3. Resoluciones impugnables 449
4. Legitimación activa 449
5. Causales 450
6. Tribunal competente 451
7. Tramitación 452
7.1. Plazo 452
7.2. Forma de solicitar la revisión 452
7.3. Efectos de la solicitud 452
7.4. Control de admisibilidad 453
7.5. Vista de la causal 454
7.6. Fallo de la revisión 455

XII. LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

A. PROCEDIMIENTOS SIMPLIFICADO Y MONITORIO 459
1. Introducción 459
2. La regulación del procedimiento simplificado en el Código Procesal Penal 462
2.1. Ambito de aplicación 462
2.2. Tribunal competente 464
2.3. Delimitación entre faltas, infracciones y contravenciones 466
2.4. Supuestos específicos que dan lugar al procedimiento simplificado 469
2.4.1. Simples delitos con investigación previa 469
2.4.2. Faltas 470
2.4.3. Faltas y simples delitos flagrantes 470
2.5. Trámites del procedimiento simplificado 471
2.5.1. Denuncia y examen previo del ministerio público . 471
2.5.2. Citación, registro y detención en casos de comisión *in fraganti* de una falta 473
2.5.3. Requerimiento y solicitud al juez de garantía de citación inmediata a juicio 476
2.5.3.1. Contenido del requerimiento 477
2.5.3.2. Actuación del tribunal 478
2.5.4. Preparación del juicio 479
2.5.5. Primeras actuaciones en la audiencia del juicio y posibilidad de terminación del procedimiento sin juicio 481
2.5.6. La realización del juicio 490
2.5.7. La decisión de absolución o condena y el pronunciamiento de la sentencia 492
2.5.8. Recursos 494
2.6. Improcedencia de la interposición de acciones civiles indemnizatorias 495
2.7. El procedimiento monitorio (art. 392 CPP) 496
2.8. Supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario 502

B. PROCEDIMIENTO ABREVIADO 503
1. Introducción 503
2. Regulación del procedimiento abreviado en Chile 516
2.1. Fundamento de su introducción 516
2.2. Tribunal competente 519
2.3. Legitimación activa y oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado 519
2.4. Negociación previa y alcance de la misma 520
2.5. Presupuestos para la concesión del procedimiento abreviado 523
2.5.1. Pena solicitada por el fiscal 523

2.5.2. Consentimiento del acusado y objeto del mismo .. 524
2.5.3. Oposición del querellante 525
2.6. Pluralidad de acusados o de delitos 525
2.7. Resolución del juez de garantía sobre la solicitud de procedimiento abreviado 526
2.7.1. Aceptación o rechazo del procedimiento 526
2.7.2. Posibilidad de interponer recursos 529
2.8. Trámites del procedimiento abreviado 530
2.9. Fallo y sentencia 531
2.9.1. Limitaciones del fallo 532
2.9.2. Contenido de la sentencia 534
2.10. Recursos 536
2.11. Supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario . 537

C. PROCEDIMIENTO POR DELITO DE ACCION PENAL PRIVADA 538

1. Introducción 538
2. Tramitación del procedimiento de acción penal privada 540
2.1. Tribunal competente 540
2.2. Delitos que deben ser perseguidos a través de este procedimiento 541
2.3. Legitimación activa 543
2.4. Inicio del procedimiento 544
2.5. Eventual realización de diligencias orientadas a "precisar los hechos" 546
2.6. Desistimiento y abandono de la acción 547
2.7. Audiencia del juicio 548
2.8. Dictación de la sentencia 550
2.9. Recursos 551
2.10. Supletoriedad del procedimiento simplificado 551

D. PROCEDIMIENTO PARA LA APLICACION EXCLUSIVA DE MEDIDAS DE SEGURIDAD 554

1. Introducción 554
2. Procedencia de la aplicación de medidas de seguridad 561
2.1. Presupuestos 561
2.2. Clases de medidas de seguridad (art. 457 CPP) 564
3. Procedimiento aplicable al enajenado mental que cometió delito en tal estado 565
3.1. Aplicación supletoria de las reglas del procedimiento ordinario 565
3.2. Actuaciones del procedimiento destinadas a determinar la enajenación mental del imputado 566
3.3. Trámites posteriores a la declaración de inimputabilidad y procedencia de la aplicación de una medida de seguridad 571
3.4. El juicio oral 571

3.5. La sentencia 572
4. Situación procesal del imputado que cae en enajenación mental durante el procedimiento (art. 465 CPP) 574
5. Las medidas de seguridad contempladas en leyes especiales ... 577

XIII. EJECUCION DE LAS SENTENCIAS CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. Introducción 585
2. Reglas comunes a la ejecución de penas y medidas de seguridad . 592
3. Ejecución de las sentencias condenatorias 593
4. Ejecución de las medidas de seguridad 595
4.1. Lugar de ejecución de las medidas 596
4.2. Formas, condiciones y duración de las medidas de seguridad 596
4.3. Control de la ejecución de las medidas de seguridad 598
4.4. Condenado que cae en enajenación mental 599

XIV. LA ACCION CIVIL EN EL PROCESO PENAL

1. Introducción 601
2. Regulación en el Código Procesal Penal 607
2.1. Reglas generales aplicables a la acción civil 607
2.1.1. Titular de la acción civil (legitimación activa) 607
2.1.2. Procedencia de la acción civil en el proceso penal. Clases de acciones civiles 609
2.1.2.1. Acción civil restitutoria 609
2.1.2.2. La acción civil reparatoria o indemnizatoria (art. 59 inciso 2° CPP) 610
2.1.2.3. Exclusión del ejercicio de ciertas acciones civiles dentro del procedimiento penal a titulares diferentes de la víctima y contra sujetos pasivos distintos del imputado (art. 59 inciso 3° CPP) 612
2.1.2.4. Exclusión del ejercicio de acciones civiles que persigan la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible ejercidas por personas distintas de la víctima del hecho punible 613
2.1.2.5. Exclusión del ejercicio de acciones civiles que persigan la reparación de las consecuencias civiles del hecho punible dirigidas contra otras personas diferentes del imputado 615

2.1.3. Desistimiento y abandono de la acción civil 616
2.1.4. Extinción de la acción penal y de la acción civil: efectos recíprocos 617
2.2. La demanda civil en el proceso penal 617
2.2.1. Preparación de la demanda civil (art. 61 CPP) 617
2.2.2. Oportunidad para interponer la demanda civil y sus formalidades (art. 60 CPP) 618
2.2.3. Actuaciones del demandado 618
2.2.4. Incidentes relacionados con la demanda y su contestación. Posibilidad de conciliación (art. 63 CPP) 619
2.3. Las medidas cautelares reales 619
2.4. Curso de la acción civil ante suspensión o terminación del procedimiento penal 621
2.5. El debate sobre la acción civil en el juicio oral 623
2.5.1. Reglas generales 623
2.5.2. La prueba de las acciones civiles (art. 324 CPP) ... 624
2.6. El pronunciamiento en la sentencia sobre la acción civil . 625
2.6.1. Independencia de las acciones 625
2.6.2. Efectos de la sentencia condenatoria y absolutoria en el proceso civil 626
2.7. Recursos 628
2.8. La acción civil, las salidas alternativas y los procedimientos especiales 628
2.9. La ejecución civil 630

Bibliografía 631