

**MANUAL DEL NUEVO
PROCEDIMIENTO PENAL**

SABAS CHAHUÁN SARRAS

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

El abogado y profesor don Sabas Chahuán Sarrás me ha solicitado que haga la presentación, a manera de prólogo, de su obra "Manual del Nuevo Procedimiento Penal". Dicho trabajo, el cual tuve el placer de leer, trata de las diferentes cuestiones que dieron lugar a la reforma del sistema procesal penal en nuestro país y constituye, sin lugar a dudas, un importante aporte a la literatura jurídica de nuestro país.

La crisis que afectó a la jurisdicción criminal, tuvo su causa por la existencia de un Código de Procedimiento Penal atrasado y que no ha satisfecho la obligación que tiene el Estado en la persecución penal, para compatibilizar la máxima eficacia en la represión de las conductas ilícitas, pero asegurando de manera concreta, las garantías de los intervinientes principales del proceso mismo, cuales son la víctima y el imputado. Nuestro país no podía seguir manteniendo un procedimiento basado en principios que son incompatibles con un moderno sistema de enjuiciamiento criminal. Como se sabe, el éxito del proceso penal antiguo se basa en lo que se obtiene de la etapa del sumario, cuyas características son la unilateralidad de la audiencia, la prevalencia del inquisitorio y la práctica de diligencias secretas.

En este estado, no fue difícil lograr el consenso público para modificar las añosas estructuras del enjuiciamiento penal y, por ello, se ha promulgado y publicado el Código Procesal Penal de 2000, la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, a la cual le precedió la Ley de Reforma Constitucional, que estableció este nuevo órgano como una entidad autónoma, jerarquizada y no jurisdiccional. Del mismo modo, está en vigencia la Ley de la Defensoría Pública y entretanto se dictaron dos leyes de adecuación a la reforma, con las modificaciones pertinentes en lo orgánico al Código respectivo. La reforma que ya es una realidad en nuestro país, se va a aplicar de manera gradual y está operando en dos regiones pilotos de nuestro país.

La obra del colega y amigo Sabas se inserta dentro de la literatura jurídica en la modalidad de un manual, con lo cual sus aspiraciones son precisamente servir, en primer lugar en la cátedra del Derecho Procesal, para ayuda de los alumnos que deben conocer la nueva institucionalidad en materia procesal penal. Sin perjuicio de lo anterior, servirá también como un referente importante para los profesores que asumen la enseñanza de las nuevas disposiciones o textos del nuevo sistema, pero, en mi opinión, constituirá una guía importante para los jueces y abogados de nuestro país que tienen que involucrarse seriamente en el nuevo proceso penal, por lo que esta obra les será de vital importancia para poder entender y aplicar en su vida profesional lo que se innova, con respecto al sistema del antiguo Código de Procedimiento Penal.

El profesor Chahuán divide su trabajo en cinco Capítulos: el primero de ellos, trata de los principios que le dan las características del nuevo Código, con la referencia histórica necesaria del antiguo sistema y de la manera cómo se gestó el proceso de reforma en nuestro país. El Capítulo II se refiere a la visión general que tiene el autor del nuevo sistema, de las instituciones que le son inherentes con un interesante contrapunto con el antiguo enjuiciamiento penal. El Capítulo III, el más lato y por lo mismo, el más interesante de la obra, trata del procedimiento general y ordinario del Código Procesal Penal que lo divide en cinco partes y en que se sistematiza de una manera clara, precisa y con rigor el desarrollo de sus fases básicas, de manera que el lector pueda formarse un exacto conocimiento de los principios y reglas generales del nuevo Código, con inclusión de los sujetos procesales y sus intervinientes, en especial, de la importancia que le asigna al Ministerio Público como órgano encargado de dirigir la investigación criminal y ejercer cuando corresponda, la acción del mismo tipo. También se relata, con mucha certeza, los derechos que le asisten al imputado en el nuevo sistema para luego continuar en su división en esta parte, con las etapas del proceso: la investigación, la preparación y el juicio oral del mismo, enfatizando en esta última parte los principios básicos que lo sustentan y que están relacionados con la intermediación; continuación y concentración; identidad física del juzgador; del principio contradictorio y el importante valor que constituye la publicidad como garantía máxima de la legitimidad en el juzgamiento del asunto por el Tribunal Oral. Sigue luego el estudio de las normas procesales que le dan forma al juicio oral para concluir con los recursos procesales que se establecen en el nuevo Código, que, como es sabido, es absolutamente diferente al de los otros procedimientos, puesto que existiendo siempre la facultad de recurrir, sin embargo el principal medio de impugnación no va a ser el recurso de apelación, el que queda descartado respecto de la sentencia definitiva, sino que el recurso de nulidad que tiene algunas semejanzas con los recursos de casación en la forma y en el fondo. Los Capítulos IV y V están referidos a la ejecución de las sentencias condenatorias y de las medidas de seguridad y explicar la gradualidad en la vigencia de la nueva normativa procesal penal. No trata este Manual los procedimientos especiales del Libro IV en sus Títulos I, II, III, IV, V y VI.

De las explicaciones dadas anteriores, se puede colegir la importancia que tiene en la hora actual la publicación de trabajos como el que presenta al mundo jurídico don Sabas Chahuán y tengo la convicción de que servirá de manera sustancial, para aquellos que estén interesados en conocer de manera general y completa las grandes transformaciones orgánicas y procedimentales que se han producido en el último tiempo en nuestro país, en una materia trascendente para la marcha del Estado, como es el procedimiento penal.

MILTON JUICA ARANCIBIA

PREFACIO

El objetivo primordial que, ya en la primera edición, tuvimos a la vista al escribir este libro fue entregar una visión lo más completa y sistemática posible sobre el Nuevo Procedimiento Penal. Desde ese punto de vista, hemos deseado

proporcionar una visión de conjunto de las etapas, instituciones, posibilidades de actuación y recursos que existen o se pueden plantear en la nueva normativa adjetiva criminal.

El presente Manual pone énfasis en el desarrollo de las normas y su aplicación práctica. Lo anterior no implica que se omitan las necesarias referencias bibliográficas o doctrinarias, desde que se trata de una materia poco conocida por los abogados en general y, lo que es más preocupante, por los que ejercen en materia penal. Por ello, en cada parte de la obra se hacen las remisiones imprescindibles a los autores que han escrito sobre la materia en Chile o el extranjero. Asimismo, en esta edición actualizada, se incluyen las modificaciones introducidas por las leyes N° 19.762 (publicada el 13 de octubre de 2001), N° 19.789 (publicada el 30 de enero de 2002) y N° 19.806 (sobre “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal”, publicada el 31 de mayo de 2002). En el análisis de los cambios contenidos en este último cuerpo legal ha colaborado, decisivamente, Pedro Bueno Figueroa, abogado, académico y entrañable amigo.

Con todo, y más allá de lo antes expresado, el fin primordial de este libro ha sido, y continúa siendo, servir de consulta e introducción para todos aquellos jueces, abogados, estudiantes y otros operadores del sistema, que deseen adentrarse en la nueva justicia criminal que ha comenzado a regir en nuestro país.

Dada la recepción que ha encontrado nuestro trabajo, es justo pensar que hemos ido logrando la finalidad antes señalada, lo que cumple, con creces, la tarea que nos impusimos al comenzar la redacción de estas líneas.

El autor

CAPÍTULO I

1. INTRODUCCIÓN

Resulta casi un lugar común actualmente, dentro del ámbito jurídico, sostener que el sistema procesal penal chileno, tal como se mantiene vigente en algunas de las trece regiones del país, está en crisis. Existe la percepción generalizada de que tal procedimiento penal es obsoleto, ineficiente, desigual y técnicamente imperfecto.

Sabido es que nuestro modelo procesal punitivo, tal como ha regido por casi cien años (desde marzo de 1907, aunque el CPP fue promulgado a fines de 1906), se identifica con los principios, la orientación y las características del denominado sistema “inquisitivo” o “inquisitorio”, aun cuando por algunos se pudiese sostener que en Chile rige un sistema mixto, que recibe componentes inquisitivos y acusatorios, lo que no es real.

La verdad es que en nuestro país, salvo hoy en las regiones de Coquimbo, de la Araucanía, del Maule, de Antofagasta y de Atacama (y pronto en las demás) no existe un verdadero “juicio” criminal, en donde haya igualdad entre las partes, un tribunal imparcial, publicidad y un debate acerca de la prueba, la que pueda ser examinada y contradicha por los sujetos del proceso, tanto la parte acusadora como la acusada.

Esta situación provoca graves falencias procesales y deviene, además, en graves afectaciones a los derechos y garantías constitucionales y legales de las personas que deben enfrentarse a un proceso penal, vulnerando normas jurídicas expresas y vigentes (baste recordar el tenor del artículo 5° de la Constitución Política de la República y su recepción de una serie de tratados internacionales en materia de derechos humanos). Se ha dicho, justificadamente, que: “los sistemas de enjuiciamiento criminal son los más elocuentes indicadores del grado de respeto por los derechos de las personas que existe en un ordenamiento estatal o, dicho de otro modo, que el autoritarismo se revela en la forma en que los poderes públicos encaran el reproche a las conductas desviadas o a las formas de comportamiento anómico”¹. Así, se caracteriza al procedimiento penal como el “sismógrafo de la constitución de un país y la esencia de la relación entre el Estado y el individuo”².

Reafirmando lo anterior, y desde el punto de vista de la posibilidad de encontrar, en el actual procedimiento penal, normas propias de un sistema mixto entre uno inquisitivo y uno basado en el principio acusatorio³, aparecen serios y documentados estudios empíricos que demuestran que, en un gran porcentaje de los procesos penales, la sentencia definitiva se dicta sobre la base exclusiva de la “prueba” producida y allegada en la etapa sumarial o de investigación, reduciéndose la etapa de plenario (que para la antigua doctrina chilena era el “verdadero juicio criminal”) a un mero apéndice formal.

Preocupantes son las cifras que arrojaban los estudios antes referidos. En efecto, ellos indicaban, ya en la década pasada y fines de la de los ochenta que, por ejemplo, del total de causas que llegan a la etapa del plenario, el “verdadero juicio penal”, sólo en alrededor de un 47% se abrió un término probatorio y, de este porcentaje, solamente en cerca de un 35% de ellas (es decir, un 15% de los procesos con plenario abierto) se esgrimió efectivamente prueba no sumarial. Si se considera además que, en lo referido a uno de los medios probatorios tradicionalmente utilizados y de fuerte incidencia práctica como es la prueba testimonial, su producción no está sujeta a control efectivo por la parte acusada, sino que habitualmente es una mera ratificación de lo declarado en el sumario, se divisa lo inicuo de la situación. (Incluso más allá, recuérdese el tenor del actual art. 469 del Código de Procedimiento Penal, que señala que no es necesario ratificar en el plenario a los testigos del sumario, para la validez de sus declaraciones).

Amén de lo expresado, debe tenerse presente que cualquier interesado en ello debería poder presenciar un juicio criminal, con miras a que éste sea realmente público, como lo exige unánimemente la doctrina procesal penal. Empero, no obstante que hoy, aparentemente, cualquier persona puede revisar un juicio en plenario, de nada sirve si el proceso penal es un conjunto de papeles, certificados y constancias escritas en un lenguaje oscuro, confuso, pleno de latinazgos y fórmulas rimbombantes pero, las más de las veces, carente de un significado claro y preciso para el común de las personas.

Por lo anterior, en muchas ocasiones los ciudadanos recurren a la asistencia letrada de un abogado para que este oficie las veces de un traductor, más que la de un especialista capacitado para ejercer su defensa.

Si a todo lo expuesto se agrega que la duración promedio de un procedimiento penal se empuja más allá de los dos años, que el juez aparece como un personaje lejano, inaccesible, que investiga, acusa y sentencia (es decir, deviene en juez-parte), con el agravante de que, ante el recargo de trabajo y mediante una profusa delegación de funciones, gran parte del proceso es seguido ante y por funcionarios subalternos, mal remunerados y sobre los cuales está siempre pendiente la sospecha de falta de imparcialidad o la posibilidad de su corrupción, resultan claras algunas de las causas de la real crisis, y de la percepción pública de ésta, del sistema procesal penal chileno.

Por último, pero no por ello menos importante, es menester señalar que el proceso penal, que debe ser entendido como el único medio legítimo para el ejercicio de la potestad punitiva estatal, por medio de la actividad jurisdiccional (inclusive en el sistema inquisitivo), no es eficaz, tampoco, en arribar a su final natural. Enormes porcentajes de causas criminales finalizan no mediante el pronunciamiento de una sentencia definitiva —o su equivalente, el sobreseimiento definitivo—, como

¹ Mensaje del Proyecto de Ley del nuevo Código Procesal Penal, presentado en la Cámara de Diputados el día 9 de junio de 1995.

² “Sistema Acusatorio. Proceso Penal. Juicio Oral en América Latina y Alemania”. HORST SCHÖNBOHM. NORBERT LÖSING. Fundación Konrad Adenauer 1995.

³ Una explicación clara del “proceso” y del “principio” acusatorios en: “Congruencia entre acusación y defensa en el Nuevo Proceso Penal Chileno”. ALEX CAROCCA PÉREZ. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39. U.D.P., págs. 299-318.

sería dable esperar, sino por sobreseimientos temporales o por “otros motivos” (como desaparición del expediente, acumulación a otro proceso o contiendas de competencia).⁴

En definitiva, el proceso penal chileno que se encuentra vigente en gran parte del territorio nacional no cumple su fin natural, es ineficiente, es impopular y oneroso para el país tanto en términos económicos como sociales⁵; por ello hizo crisis, la que derivó según otro autor⁶ de la “obsolescencia, inutilidad y transgresión de garantías fundamentales de que adolece nuestro proceso penal, cuya estructura actual resulta absolutamente insostenible, tanto desde una perspectiva dogmática, cuanto desde una político-criminal, tanto desde el punto de vista de los principios y garantías, como desde el de la evaluación de sus (desastrosos) resultados”.

2. ESQUEMA DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DE UN SISTEMA INQUISITIVO VERSUS UNO ACUSATORIO O CONTRADICTORIO

2.1. Referencias históricas

Durante la época de la conquista y colonización americana, en España se vivió la etapa de afirmación de la forma de organización política del Estado-Nación lo que generó un poder político central vigoroso y personificado (el absolutismo), inexistente antes, que tomaba una considerable distancia de sus súbditos, a los que regía por una total subordinación y que no participaban del poder, ni en su creación ni en su ejercicio. Ese poder central gobernaba vastos territorios y desplazó a las organizaciones locales y vecinales del ejercicio del poder de decisión sobre la vida en común.

Las reglas de convivencia social fueron férreamente impuestas desde el poder político central creado, el cual recurrió a los vestigios de un Derecho que, en su génesis, fue ideado como universal (Derecho romano imperial), que fue conservado y desarrollado por las universidades y, especialmente, por la elaboración práctica de la Iglesia Católica. Así un Derecho “culto” y “científico” reemplazaba al Derecho foral, local y costumbrista de raigambre popular y con fuerte componente consuetudinario (usos y costumbres con vigencia en un lugar restringido). Esta es la denominada “Recepción” del Derecho romano-canónico en Europa continental, que comienza su desarrollo en el siglo XIII.⁷

Correlativamente a la organización político-jurídica antes esbozada surge el nombre de “Inquisición” para denominar el sistema penal y judicial vigente bajo ella.

Características de este sistema judicial que reproduce, en concordancia con el sistema político, una organización centralizada y jerárquica al extremo de los tribunales, tanto respecto de éstos en su calidad de funcionarios, como respecto de sus decisiones jurisdiccionales, son:

a) Una estructura burocrática, originada en la administración estatal del poder, no como un servicio para la población, sino que buscando la afirmación de este poder y el control de sus súbditos más que la solución de conflictos interindividuales;

b) Gran delegación de funciones desde la cúspide, por escalones, hacia abajo;

c) Transformación del procedimiento, desde un juicio oral y público, hacia una indagación o investigación escrita y secreta, que inicia el propio inquisidor (funcionario) de oficio, sin ligazón alguna con la voluntad de la verdadera víctima, sólo conforme a las necesidades del poder estatal. El resultado de tal indagación secreta, extraído de los registros del propio juez (inquisidor) determina la solución del caso.

Es decir, esta institucionalidad “expropia” a la víctima todas sus facultades, hasta que ésta casi desaparece tras la persecución penal oficial, y también despoja de aquéllas al autor del delito, quien queda sin capacidad de reacción para buscar otra vía de resolución del conflicto.

Como evolución del sistema inquisitivo, y ante el influjo liberal, surge la reforma del siglo XIX en Europa continental que, no obstante alterar el sistema judicial antes aludido, conserva sus características principales. En efecto, el sistema penal sigue pensado como un método de control directo de los súbditos (ahora ciudadanos) mediante su forma coercitiva más típica, la pena estatal, y subsiste la persecución penal pública (oficial). Empero, se consolidan dos órganos encargados de ésta: la policía y el Ministerio Público. Aparece la figura del juez de instrucción (equivalente, aunque no en idénticos términos, al inquisidor del Antiguo Régimen); sin embargo, continúa la expropiación de las facultades de la víctima a manos del aparato estatal.

Las reformas, no obstante, consiguen suavizar los rigores de la inquisición y, progresivamente, van inoculando los principios que formarán el proceso acusatorio-contradictorio: elevan al imputado a la categoría de sujeto en el

⁴ Véase:

a) RIEGO, CRISTIÁN. “Aproximación a una evaluación del Proceso Penal chileno”, en “Reformas Procesales en América Latina”. CPU 1993, págs. 261 a 283;

b) JIMÉNEZ, MARÍA ANGÉLICA. “El Proceso Penal chileno y los derechos humanos”. Volumen II. “Estudios Empíricos”. Cuadernos de Análisis Jurídico. UDP 1994.

⁵ Es decir el demoleador comentario de don Mario Garrido Montt, Ministro de la Excm. Corte Suprema, en: “El Ministerio Público para una nueva Justicia Criminal”. Fundación Paz Ciudadana. UDP. CPU. 1994, págs. 125 a 130.

⁶ SOTO P., MIGUEL. “La Apropiación Indebida”. Editorial Jurídica ConoSur 1994, pág. 6.

⁷ Sobre el particular:

a) “Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Los proyectos para la reforma del sistema penal”. JULIO B. J. MAIER. En “Reformas Procesales en América Latina”. CPU 1993;

b) JULIO MAIER: “Derecho Procesal Penal”. Ed. Hammurabi. Buenos Aires. 1989, t 1 b, págs. 205 a 231.

procedimiento judicial penal, éste ahora tiene claros derechos y se le reconocen garantías frente al estado perseguidor, a saber: libertad de defensa, prohibición de métodos coactivos para extraerle información, resguardo de su derecho a la privacidad (prohibiendo ciertos métodos de búsqueda de la verdad), consagración de una igualdad de armas con el acusador (se le reputa inocente hasta que no se acredite culpabilidad y se plasma el principio *in dubio pro reo*), única persecución admitida (*non bis in idem*), etc.

En el ámbito del procedimiento se consagra el juicio público, cuya espina dorsal es un debate oral, continuo y contradictorio (también en la producción y examen de la prueba), sobre la base del cual se funda la sentencia. Se configura la necesidad de que el juicio sea provocado por una acusación, emanada de un órgano ajeno al tribunal sentenciador, se permite una participación ciudadana en los tribunales, se escinden las pretensiones punitivas estatales, distinguiéndose ahora entre el Ministerio Público –encargado de perseguir criminalmente– y otro órgano abocado a juzgar –el tribunal–, etc.

Desde la potencia conquistadora pasan, hacia la América conquistada y colonizada, sus instituciones de persecución penal. Y, no obstante el surgimiento de los movimientos independentistas americanos y su fuerte recepción de los principios liberales, el ideario ilustrado-liberal no se plasma en las instituciones del Derecho común, a lo más permea ciertos textos constitucionales pero, reiteramos, sin alcanzar realmente los ocultos recovecos de la legislación penal interna la cual, a pesar de ver suavizado el rigor de la Inquisición, sigue siendo un procedimiento escrito, secreto, con confusión de funciones entre investigador, acusador y juez, resolviendo este último sobre la base de su propia actividad pre-juicio (que por lo mismo, y aunque se trate de la más íntegra de las personas, es “prejuiciada”).

2.2. Algunas razones para sustentar un reemplazo del sistema inquisitivo por uno acusatorio-contradictorio

a) El procedimiento inquisitivo o inquisitorio

Corresponde, en su sustancia, a un estado absolutista, pre-liberal, anterior a la Ilustración. En él se producen o suelen producirse, entre otras, las siguientes graves deficiencias:

i) Atenuación o desaparición de la figura del acusador. Se confunde con el juez, quien además realiza la investigación. Con lo anterior, cualquier pretendida imparcialidad se hace imposible en la práctica;

ii) Discrecionalidad del juez en la búsqueda y adquisición de las pruebas, con prescindencia del actuar de las partes. Éstas quedan impedidas de rendir probanzas para acreditar sus pretensiones, lo que deviene en otra monstruosa infracción a los requisitos que la moderna doctrina procesal penal exige para calificar de justo un proceso;

iii) Procedimiento escrito y secreto. Se impide el acceso del común de las personas al juicio criminal, permitiendo toda clase de especulaciones y generando progresivamente mayor desconfianza en la administración de justicia;

iv) Prueba legal o tasada (la prueba es regulada por la ley; tanto los medios probatorios, como su producción y la valoración de aquélla). El proceso queda cerrado a los avances de la tecnología y el juez queda amarrado por rígidas normas generales y previas, las que no necesariamente permiten una adecuada resolución del conflicto.

v) Se exacerba el principio de la doble instancia, provocando que un sinnúmero de resoluciones deban ser, necesariamente, revisadas por un tribunal superior del que las dictó, sea por la vía de la consulta o del recurso de apelación. Ello, al margen de demostrar una cierta desconfianza hacia el tribunal a quo, que lleva el proceso, importa una traba injustificada y dilata aún más la tramitación de los procesos.

b) El sistema acusatorio-contradictorio

Se identifica con formas democráticas de gobierno y en las que hay una efectiva vigencia de un estado de derecho. Este sistema tiene, entre otras y en forma resumida, las siguientes características:

i) Instancia única en relación con la sentencia definitiva (sea que existan jurados o tribunales colegiados). Excepcionalmente se franquea la posibilidad de apelación respecto de otras resoluciones. Sin embargo, el recurso típico es el de casación o nulidad.

ii) Acusación confiada al Ministerio Público y, en ocasiones y generalmente respecto de delitos menores, a particulares. Empero, que exista la acusación es requisito *sine qua non* y, también, que sea función ajena al juez, quien además no es, por regla general, el encargado de realizar la investigación (principio que se contiene en la máxima “el que instruye no debe fallar”). Por ende, se impide la parcialidad del juzgador; éste se dedica a la función que le es propia: dictar sentencia;

iii) Igualdad de las partes, que se manifiesta en el derecho a la efectiva defensa letrada del acusado, durante todo el proceso, en gozar éste de libertad mientras se sigue el proceso en su contra (salvo calificadas excepciones) y en tener idénticas ventajas procesales que su acusador;

iv) Pasividad y efectiva imparcialidad del juez. Éste conoce lo que las partes proporcionan y falla de acuerdo a ello. Su imparcialidad se asegura mediante diversas formas, tanto la subjetiva (estableciendo inhabilidades, tales como parentesco, amistad o enemistad, interés, etc.), como la objetiva (es decir, que el mismo magistrado no debe ejercer, sucesivamente, las funciones de instructor y de juez sobre el fondo del asunto);⁸

⁸ DE DIEGO DIEZ, LUIS ALFREDO. “El principio *el que instruye no debe juzgar* como garantía de imparcialidad en el Enjuiciamiento Penal”. Revista Poder Judicial N° 8, en: CDJ-CPU, “Materiales complementarios de lectura. Seminario para Monitores”. 1995.

v) Libertad en la apreciación de las pruebas rendidas. Sin embargo, se impiden decisiones arbitrarias desde que la decisión jurisdiccional debe ser adecuadamente fundamentada, aunque se adopte conforme a equidad, de acuerdo al leal saber o entender de los sentenciadores, o “con libertad” (como se expresa en el art. 297 del Código Procesal Penal);

vi) Oralidad del juicio;

vii) Publicidad de las actuaciones procesales. Ello permite que el común de las personas tenga acceso a la forma de ejercicio de la justicia, provocando también un efecto preventivo, en la medida que se perciba que la respuesta punitiva es rápida y eficaz (según el viejo adagio inglés: “justice must not only be done; it must also be seen to be done”);

viii) Contradictorio. Desde el primer momento en que un ciudadano es acusado tiene derecho a saber los cargos formulados (derecho a la “intimación”) y las pruebas en su contra; cargos y pruebas que podrá desvirtuar o contradecir.

c) De lo expresado se desprende que el sistema procesal penal que corresponde a una república democrática, como se define constitucionalmente nuestro país, es el acusatorio-contradictorio (este segundo concepto de “contradictorio” se agrega con el fin de dejar constancia de que no se trata de un sistema sólo formalmente acusatorio, sino que debe tratarse de un sistema acusatorio adversarial, con efectiva contraposición de dos posiciones. De lo contrario, casi cualquier sistema, aun uno de fuerte raigambre inquisitiva, podría caracterizarse como “acusatorio”, si la formulación de la acusación, aunque sea un mero formulismo por escrito, se entrega a un ente diverso del juez).⁹

3. GESTACIÓN DE LA REFORMA PROCESAL PENAL

3.1. Latinoamérica

El surgimiento de la Reforma de la Justicia Penal en América Latina, como un fenómeno generalizado de discusión y toma de conciencia sobre la imperiosidad de realizarla, lo podemos observar, con caracteres nítidos, desde mediados de la década antepasada.

Es importante recordar que la Reforma ha implicado un proceso de adecuación y cambio no sólo de leyes y/o normas jurídicas cualquiera sea su rango, sino también una paulatina, pero aún no completa, modificación y abandono de usos, costumbres y vicios propios del sistema inquisitivo, en diversos ámbitos. Ello sin olvidar la feroz crítica que dicho sistema, que regía, antes sin contrapeso, en nuestros países, lleva implícita en sí misma.

Según el profesor argentino Alberto Binder, uno de los más enérgicos impulsores y teóricos del proceso de cambio del sistema de justicia criminal en nuestra región, la Reforma ha estado y está “vinculada a otros procesos de mayor envergadura y de carácter general, tales como:

1) El proceso de transición, recuperación o, simplemente, de construcción de la democracia y la república en América Latina.

2) El proceso de pacificación, ya sea luego de los grandes estallidos de violencia interna que conocemos como terrorismo de Estado o luego de guerras civiles con bandos beligerantes formales, tales como hemos visto en Centroamérica;

3) La creciente regionalización y la aparición de una actividad económica poco dispuesta a encerrarse en los límites del mercado nacional;

4) La crisis del Estado, tanto en el nivel de la eficiencia de sus servicios tradicionales como en el abandono de áreas de prestación estatal consideradas indispensables unas décadas atrás, y

5) El mayor protagonismo del sistema interamericano de derechos humanos y la creciente aceptación de la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”.¹⁰

Con el actual cambio en su sistema de justicia penal, Chile se suma a otras naciones latinoamericanas que han logrado establecer como leyes de sus repúblicas las normas resultantes de sus esfuerzos reformistas, buscando acabar con el sistema y la tradición inquisitiva de sus procedimientos penales seculares. Así, y a modo de ejemplo, Argentina a principios de los noventa logra imponer en esta materia una legislación federal adecuada a estos principios, poniendo fin a una larga confrontación académica y política, que venía desde la promulgación en 1940 del Código de la Provincia de Córdoba, que establecía el juicio oral (notable cuerpo de leyes obra de los profesores Sebastián Soler y Alfredo Vélez Mariconde, cuyas fuentes principales fueron los Códigos italianos de 1913 y 1930, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española de 1882, el Código de Instrucción Criminal francés de 1808 y la Ordenanza Procesal Penal alemana del año 1877), hoy modificado; por su parte también logran plasmar cambios Guatemala en 1994, Costa Rica en 1998, lo que mejoró lo ya logrado con el Código del año 1973 (inspirado este último en el Código cordobés), Venezuela en 1999, etc.

De manera tal que nuestro país viene a modificar su sistema procesal penal dentro de un verdadero movimiento regional de reforma.¹¹

3.2. Proceso de Reforma en Chile

⁹ Ver: “El Juicio Oral. Preparación y Desarrollo”. JORGE BOFILL G. En: “*El nuevo proceso penal chileno*”. Universidad de Concepción, 2000, págs. 201-221.

¹⁰ BINDER, ALBERTO M. “Reforma de la Justicia Penal y Constitución: del programa político al programa científico”. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39. UDP 1998.

¹¹ Ver: DUCE, MAURICIO: “Evolución histórica del Proceso Penal Chileno”. En: “*El nuevo Proceso Penal*”. Cuadernos de Trabajo. UDP 2000; o en: “El nuevo Proceso Penal”. Editorial Jurídica ConoSur. 2000.

El convencimiento acerca de la necesidad de reforma del proceso penal chileno no deriva de una idea solitaria ni reciente en el ámbito jurídico nacional. En efecto, es vastamente conocido que el propio mensaje del Código de Procedimiento Penal, vigente en gran parte del país, reconocía que el sistema de enjuiciamiento criminal que consagraba era inadecuado y que lo mejor era instituir un juicio público oral.

Al respecto expresaba: “El juicio público oral ante jueces de derecho es un sistema que se aleja del procedimiento escrito y se acerca sensiblemente al del jurado. Casi todos los países en que el jurado existe, han comenzado por abandonar el método de la prueba escrita, instituyendo en su lugar el juicio público oral.

Este juicio conserva del antiguo procedimiento el fallo por jueces de derecho, y la sentencia motivada; pero, como en el juicio por jurados, se practican en presencia del tribunal todas las diligencias probatorias y se concede a los jueces cierta latitud para apreciarlas, confiando en último término la resolución de las cuestiones de hecho a su conciencia ilustrada. En uno y otro sistema se encarga a la instrucción del sumario a un juez especial, cuya misión termina una vez que la investigación está agotada: no puede, por consiguiente, intervenir en el juicio propiamente dicho ni en la sentencia.

Tampoco ha sido posible dotar al país de este segundo sistema de enjuiciamiento criminal, porque se oponen a ello muchas de las causas que impiden el establecimiento del jurado. El personal de jueces debería ser muy numeroso para que los tribunales del crimen pudieran funcionar por períodos determinados en los diversos departamentos de la República. En cada uno de ellos habría de tener lugar la celebración de los juicios pendientes, y en los debates de cada juicio deberían presentarse a la vez todos los testigos, peritos y demás personas que hubieran de intervenir en él. La sola enunciación de estas condiciones basta para convencer de la imposibilidad de plantear este sistema en un país nuevo, de territorio tan dilatado y en que los medios de transporte son generalmente costosos y difíciles. Esto, aparte del ingente gasto que demandarían el crecido número de jueces, el costo de sus viajes y las indemnizaciones a los peritos y testigos.

Se comprende fácilmente que el sistema puede ser establecido en países ricos y poblados. En Chile parece que no ha llegado aún la ocasión de dar este paso tan avanzado, y ojalá no esté reservado todavía para un tiempo demasiado remoto”.

Vale decir desde hace más de 106 años (31 de diciembre de 1894) se reconoce que el sistema procesal penal chileno – que no ha sufrido modificaciones sustanciales en dicho lapso– es inadecuado y que el ideal es un sistema muy parecido al que ahora se ha implantado.

Empero, al margen de este antiguo reconocimiento, a lo largo del tiempo se han planteado diversas iniciativas de cambio al sistema procesal criminal chileno. El año 1927 se produjo una importante reforma al Código adjetivo penal, con la supresión de los promotores fiscales en primera instancia “por no ser indispensables” (D.F.L. N° 426, publicado en el Diario Oficial el 3 de marzo de 1927), señalándose que las funciones que correspondieren al Ministerio Público serían obviadas (en primera instancia para los casos de simple dictamen, audiencia o citación), ejercidas por el juez procediendo de oficio (cuando el Ministerio Público fuera parte principal, acusador público o denunciante) o traspasadas al fiscal de la Corte Suprema (medidas de carácter general) o a los fiscales de las Cortes de Apelaciones (medidas que afectaren a funcionarios determinados).

Bajo el gobierno de Juan Antonio Ríos se envió al Congreso Nacional otra reforma que abarcaba diversas materias, entre ellas la reducción de algunos plazos, la eliminación de incidentes y trámites “inútiles”, la limitación de los alegatos de los abogados a términos compatibles con la defensa de las partes, otorgar facultad a los jueces para apreciar la prueba en conciencia en ciertos delitos, etc.

Sin embargo, estos dos grandes cambios mencionados no modernizaron el procedimiento, sino que produjeron un retroceso, acentuando su carácter inquisitivo.

Al margen de los anteriores, durante la década de los sesenta hubo dos proyectos de reforma, que implicaban cambios sustantivos al sistema. El primero, en el gobierno de Jorge Alessandri, buscaba separar las funciones entre jueces a cargo de la instrucción y sentenciadores. El segundo, bajo la presidencia de Eduardo Frei Montalva, amén de la antedicha distinción, planteaba restituir al Ministerio Público la función de acusar en primera instancia. Por razones distintas, ninguno de dichos proyectos terminó su trámite en el Parlamento.

Durante el régimen militar (fundamentalmente con la ley N° 18.857, de 6 de diciembre de 1989), se hicieron otras modificaciones. De ellas quizás si la más llamativa fue el agregado del artículo 26 bis al Código de Procedimiento Penal, donde se establecía que los fiscales de las Cortes de Apelaciones podrían intervenir en la primera instancia de los juicios criminales, si juzgaban conveniente su actuación; además se prescribía que el fiscal de la Corte Suprema podía ordenar a los fiscales antedichos intervenir en dichos procesos.

En realidad, salvo contadísimas excepciones, esa última innovación ha carecido de gran relevancia práctica, tal vez porque no introducía una verdadera alteración al sistema, sino que era más de lo mismo.

Por su proyección, es imprescindible mencionar la modificación al artículo 5° de la Constitución Política de la República, aprobada plebiscitariamente en el paquete de reformas constitucionales del año 1989 (ley N° 18.825), consensuadas entre el saliente gobierno y los representantes del nuevo. Dicho cambio incorporó, a nuestra legislación interna, el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, garantizados por la Carta Fundamental, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Tampoco se puede pasar por alto la ley N° 19.047, una de las llamadas “Leyes Cumplido”, que trató de mejorar los niveles de respeto de los derechos de los perseguidos penalmente.

Finalmente, y fruto de una toma de conciencia en la comunidad académica, judicial y política e impulsado fuertemente por la actividad –en foros, cursos y seminarios– de organizaciones intermedias como la Corporación de Promoción Universitaria y la Fundación Paz Ciudadana, se impuso la necesidad y justificación de abordar un cambio, esta vez radical, del proceso penal en Chile. El anteproyecto de nuevo Código de Procedimiento Penal fue elaborado durante el año 1994 en el contexto de un acuerdo de colaboración técnica entre el Ministerio de Justicia, y las dos entidades privadas referidas, junto a profesores de la Universidad Diego Portales. El trabajo se estructuró sobre la base de la discusión habida en un Foro (“El Foro para la Reforma Procesal Penal”), integrado por un conjunto de académicos, abogados y magistrados de una amplia representatividad tanto respecto de los papeles que desempeñan en el sistema jurídico, como de las diversas corrientes políticas, culturales e ideológicas a las que respondían. Lo anterior produjo que esta vez la idea de reforma, y las normas legales que la harían realidad, tuviesen una amplia base de consenso y apoyo.

A partir de los acuerdos y directrices entregados por el Foro se procedió a la redacción del anteproyecto, por parte de una comisión técnica integrada por destacados académicos chilenos. Sobre esa base se elaboró el proyecto de ley, presentado al Parlamento por el Presidente de la República, que fue objeto de amplio debate en el Congreso, y dio origen a la ley N° 19.696, publicada en el Diario Oficial de 12 de octubre del año 2000.

Además, es imperioso destacar que el Código Procesal Penal es el elemento central de un conjunto de otros cuerpos legales que forman parte de la reforma del sistema procedimental penal chileno. De entre ellos los fundamentales son: la Ley N° 19.640, Orgánica del Ministerio Público, publicada el 15 de octubre de 1999; la Ley N° 19.665, sobre Reforma al Código Orgánico de Tribunales, publicada el 9 de marzo de 2000, que fue modificada y adecuada por la ley N° 19.708, publicada el 5 de enero de 2001; la Ley sobre la Defensoría Penal Pública (N° 19.718, publicada el 10 de marzo de 2001). Sin perjuicio de estas leyes, por así nombrarlas, “fundamentales” debe considerarse, también, la Ley N° 19.806 (sobre “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal”, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo de 2002), que contiene diversos preceptos que alteran, adecuándola a la legislación vigente, para hacerla compatible con la nueva normativa procesal penal a que aludimos.

Respecto de los principales cambios introducidos daremos una visión en la parte final de este libro. Empero desde ya advertimos que, entre otros conjuntos de normas, la referida ley modifica, complementa o adecua el Código Penal, la ley N° 19.366, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes, el Código de Procedimiento Civil, el Código Tributario, la Ley de Control de Armas, la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (D.F.L. N° 1, Hacienda, 1993), el propio Código Procesal Penal, etc.

CAPÍTULO II

1. VISIÓN GENERAL DEL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL. ETAPAS DEL MISMO. PRINCIPALES INSTITUCIONES INVOLUCRADAS

1.1. Comentario previo. Esquema básico de la estructura

En el procedimiento penal chileno, vigente hoy en la mayor parte de nuestro país, se reúnen en una sola mano –la del juez del crimen– las tareas de investigar, acusar y juzgar, situación que es única en el mundo occidental.

Inclusive países con sistemas de fuerte componente inquisitivo separan, al menos, las tareas de investigación y juzgamiento. En cambio, como ya se esbozó, el modelo acusatorio parte de la base de una necesaria separación entre dichas labores; el juez es un tercero que resuelve la controversia entre la acusación y la defensa. Por ello, el nuevo procedimiento introduce la figura del Ministerio Público (fiscal) quien dirige y es responsable de la investigación, auxiliado por la Policía de Investigaciones y Carabineros, y formula la acusación. Enfrentándose a ese poderoso organismo, y como un componente ineludible del proceso, aparece la Defensoría Penal Pública (la que actuará si el imputado carece de defensor privado).

Para controlar la fase de investigación, velando por las garantías constitucionales del imputado e impidiendo excesos por parte del fiscal, como asimismo decidiendo respecto de la necesidad y procedencia de las medidas cautelares, sin perjuicio de otras funciones que se detallarán, se incorpora el juez de garantía, como sujeto fundamental en el desarrollo del nuevo procedimiento.

El nuevo proceso penal contempla distintas fases para su desarrollo. En primer lugar, la etapa de investigación (que los proyectos de código llamaban “instrucción”) la cual, para efectos de comprensión, podríamos hacer equivalente, no obstante ser muy diferente, al actual “sumario” (atendido que, en este último, al menos formalmente, se desarrolla la investigación del presunto delito).

En segundo lugar surge la llamada “etapa intermedia”, cuyo fin primero es la preparación del juicio, sin perjuicio de existir otras posibilidades de actuación que analizaremos, fase dentro de la cual es capital la “Audiencia de Preparación del Juicio Oral”.

Finalmente, constituyendo la fase propiamente del enjuiciamiento criminal, aparece el “juicio oral” (contradictorio y público que podría homologarse, para los mismos efectos de comprensión antedichos y mutatis mutandi, al plenario actual).

La resolución del conflicto se entrega a un tribunal colegiado, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que es el tribunal del juicio oral, el cual posee diversas facultades y características que le permiten cumplir adecuadamente su misión, las que se describirán más adelante.

Junto a lo expresado, el nuevo procedimiento penal consagra, como novedad importantísima, una serie de prerrogativas para el afectado por el delito el cual, en su carácter de víctima, pasa a ser titular de derechos y facultades procesales, por esa sola circunstancia, lo que no implica desechar su actuación en calidad de querellante o de actor civil, como se analizará. Además, se cautelan adecuadamente las posibilidades de actuación del imputado, su declaración es una atribución exclusiva de él, un medio de defensa y no una forma de acreditar su participación criminal, aunque pueda servir para tal finalidad.

1.2. Contrapunto con el sistema procesal vigente (CPP de 1906)

El sumario criminal es la etapa en la que el juez del crimen —el mismo que acusará y fallará—, ayudado por los órganos policiales, allega los antecedentes necesarios para emitir un pronunciamiento sobre la ocurrencia de un delito y de los eventuales responsables de su comisión.

Si ocurre ello, estamos frente a los supuestos de un “auto de procesamiento” que requiere, para su existencia, cumplir con el artículo 274 del Código de Procedimiento Penal, vale decir justificación de la existencia de un delito y presunciones fundadas de participación culpable del inculpado.

Es decir, ya en la fase de investigación existe una resolución judicial que pondera antecedentes reunidos por el propio jurisdicente, los que —quíerese o no— van deviniendo anticipadamente en “pruebas”. A dicha idea responde, por ejemplo, la redacción del art. 278 bis del Código citado, que prescribe que si el auto de procesamiento ha sido revisado por la vía de la apelación, no puede ser dejado sin efecto “sin nuevos antecedentes probatorios”.

Además la resolución comentada conlleva, casi siempre, la prisión preventiva, no obstante que existen normas, de rango constitucional —art. 19 N° 7, letra e) CPR— y legal —art. 356 CPP (1906)—, que describen la libertad provisional del procesado como un derecho de éste.

En resumidas cuentas, a medida que avanza la investigación sumarial se va produciendo una inversión del peso de la prueba. Corresponderá al procesado, contra toda lógica, demostrar su inocencia en un juicio que, strictu sensu, todavía no se inicia. Adicionalmente, debe tenerse presente lo ya señalado, en la introducción de este trabajo, en el sentido de que la gran mayoría de las sentencias de condena se basan en los antecedentes del sumario, sin que exista rendición de prueba en el plenario.

En lo que se refiere a la relación entre los tribunales y las policías en el proceso penal que se cambiará, relación fundamental para el acopio de los antecedentes “probatorios” a los que hemos aludido, se ha escrito, con razón: “El deficiente diseño del proceso penal en Chile desfavorece el control de la investigación policial por parte de la judicatura, impidiendo así que en la interacción entre juez y policía se produzca un aprendizaje que favorezca el respeto de derechos básicos. La práctica policial en Chile ha configurado, a partir de nuestras deficiencias institucionales, un cierto ethos que la hace renuente al control sustantivo. Acostumbrada a un control meramente formal —expresión de nuestro ritualismo burocrático— resulta difícil a la policía someterse al control sustantivo de sus actuaciones”.^{12 13}

Finalizada la investigación, el juez del crimen chileno debe declarar cerrado el sumario y se enfrenta a dos posibilidades: sobresee la causa o dicta acusación contra el procesado. La primera supone, resumidamente, no haber delito, encontrarse extinguida la responsabilidad penal del encausado, no haber presuntos responsables, o encontrarse ausente aquél. Si no hay mérito para sobreseer debe dictarse acusación, iniciando el “verdadero” juicio criminal.

Consecuencia de lo expuesto aparece claro que, en el sistema vigente, el juez no tiene margen alguno de maniobra o discrecionalidad. Si, por las vías legales, conoce la existencia de un hecho que revista caracteres de delito, debe instruir sumario, iniciando la investigación, aunque no aparezcan reales posibilidades de resultados exitosos. La instrucción se continuará hasta agotarse y, cerrado el sumario, si existen probables responsables se les acusará.

Además, el actual procedimiento obliga al juez del crimen a tener funciones totalmente contradictorias entre sí, produciendo lo que algún tratadista define, con mordacidad, pero con gran precisión, como una verdadera “esquizofrenia” procesal. En efecto, el mismo juez que obtuvo pruebas en contra de un imputado y que lo acusó como presunto responsable

¹² PEÑA GONZÁLEZ, CARLOS. “La Policía y el Sistema Democrático”. En: “Control Democrático en el Mantenimiento de la Seguridad Interior”. Centro de Estudios del Desarrollo, págs. 115 a 118.

¹³ Ver: “La Policía y el Proceso Penal: Antecedentes Empíricos”. FELIPE GONZÁLEZ M., MARÍA ANGÉLICA JIMÉNEZ A., CRISTIÁN RIEGO R. En “Cuadernos de Análisis Jurídico” N° 38. UDP. 1998, págs. 265-393. Respecto de la **opinión de los jueces penales sobre la investigación policial** el 97%, de los entrevistados en el estudio citado, opinó que los partes policiales (Carabineros e Investigaciones) presentaban deficiencias, aunque con disímiles resultados, según la institución. Igualmente, el 62,5% expuso que a veces los partes policiales adicionaban hechos que no son efectivos; el 65,6% señaló que, a veces, la policía acompañaba declaraciones tomadas en forma irregular; asimismo, 65,6% sostuvo que, a veces, la policía **practicaba allanamiento sin orden judicial**; por su parte el 62,5% expresó que, a veces, se ejercía **presión** sobre el detenido **para obtener su confesión**.

En relación con la pregunta de si la policía excedía o no sus atribuciones, gran parte de los jueces (63,6%) dijo que esto ocurría a veces. Inclusive, el 54,5% de los magistrados refirió que **no disponía** de mecanismos para pesquisar las denuncias recibidas sobre excesos policiales.

Como se ve, los jueces tienen conciencia de los graves defectos que, en lo relativo al control de la actuación de las policías, presenta el sistema procesal penal mayoritariamente vigente en nuestro país.

de un hecho punible, debería, para fallar adecuadamente, despojarse de lo obrado en el sumario y de su carácter de investigador y acusador, para vestirse con el nuevo ropaje de sentenciador.

Lo anterior sin que se pueda perder de vista que, durante la fase de investigación, el propio tribunal que la dirige debe velar porque la instrucción, y el actuar de los organismos policiales, no afecte los derechos y garantías de los involucrados, lo que puede generar excesos o abusos. Piénsese por ejemplo en la necesidad de decretar un allanamiento o una interceptación de comunicaciones; resulta muy improbable que el juez del sumario, convencido de su necesidad, se autolimite tal posibilidad por estimar que se pueden violar derechos del imputado.

En definitiva, y no obstante todas las buenas intenciones que se puedan tener, el proceso actual resulta una situación tensionante, injusta y que contraría normas de rango constitucional, contenidas en tratados internacionales (art. 5° CPR, en relación con art. 8° , números 1, 2 y 5 CADH), no sólo para el imputado, sino que para el propio juez.

CAPÍTULO III

EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL ORDINARIO

Advertencia Previa

Antes de entrar al desarrollo de este capítulo, debemos hacer presente que estamos conscientes de que, desde un punto de vista de la doctrina procesal, no son conceptos idénticos, por una parte, el de “proceso”, equivalente a “juicio”, entendido como una serie concatenada de actos, encauzado por un conjunto de normas jurídicas preestablecidas, cuya finalidad es obtener la decisión o resolución jurisdiccional; con el de, por la otra, “procedimiento”, formado por, precisamente, aquel conjunto de normas jurídicas preestablecidas.

Con todo, tanto en el título de este libro como en su desarrollo hemos preferido mantener la denominación de “Procedimiento Penal”, no obstante que en rigor nos estemos refiriendo en ocasiones a instituciones propias del proceso penal. Ello respondiendo a la tradición de la manualística nacional y con el fin de delimitar claramente el alcance de la obra.

PRIMERA PARTE

1. PRINCIPIOS Y DISPOSICIONES GENERALES

1.1. Principales normas y garantías constitucionales aplicables al nuevo procedimiento penal

1.1.1. Nota previa

Las garantías procesales que dimanen del concepto del “debido proceso” establecido en la Constitución chilena tienen, básicamente, tres sentidos de actuación: en primer lugar, a través de ellas se pueden ejercer, y proteger, las garantías penales de carácter material o sustantivo. A continuación, configuran un necesario límite o contrapeso del ius puniendi estatal y, finalmente, su presencia es requisito ineludible de la legitimidad, y de la propia existencia, de un auténtico juicio en un estado de derecho.

En el primer significado, atribuido a las garantías procesales de rango constitucional y, consecuentemente a las de rango legal, podemos sostener, siguiendo a Mera Figueroa,¹⁴ que: “Las garantías procesales –sin perjuicio de su valor autónomo como derechos humanos, y de constituir limitaciones del ejercicio del poder penal del Estado, en previsión de un uso arbitrario e irracional del mismo, que legitiman el juicio– tienen un no menos importante papel de carácter instrumental en relación con las garantías legales sustantivas. Así, principios como los de legalidad, lesividad y culpabilidad, exigencias como la proporcionalidad de las penas y la prohibición de la prisión por deudas, entre otros, de poco o nada valdrían si el imputado fuera juzgado por un tribunal que carece de independencia y/o es parcial, o si no se le reconoce ampliamente su derecho a la defensa en sus diversos aspectos. Las garantías penales referidas tienen una naturaleza, por así decirlo, estática, y necesitan ser activadas por las garantías procesales, en particular por el derecho a la defensa, cuyo carácter operativo, verdadero motor de dichas garantías, hace que ellas se tornen efectivas”.

En el segundo significado que atribuimos a las garantías procesales, éstas devienen en un límite, ponen coto al poder penal del estado. Así, el llamado nivel de criminalización secundaria, formado por procedimientos preestablecidos, sobre la base de los cuales se decidirá si un individuo ha incurrido en una conducta punible y, por ende, si debe ser sancionado con la pena penal y, una vez impuesta la sanción, la forma en que ella se ejecutará, está sujeto y conformado por las garantías aludidas, que le dan un camino legítimo para expresarse. De tal manera que, como se ha sostenido¹⁵, el proceso penal, con todas las garantías, constituye una exigencia que es el “límite máximo al ejercicio del poder penal estatal”.

¹⁴ Ver: “Las Garantías del Debido Proceso como contrapeso del Poder Penal del Estado”. MERA F., JORGE. En: *Cuadernos de Análisis Jurídico*. Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal. UDP 1998.

¹⁵ “Las Garantías Constitucionales en el nuevo sistema procesal penal”. CAROCCA PÉREZ, ÁLEX. En: *“El Nuevo Proceso Penal”*. Editorial Jurídica ConoSur. 2000.

Finalmente adelantábamos que, para poder hablar de un verdadero juicio, en un estado de derecho, deben concurrir las garantías procesales, debe tratarse de un proceso que respete las garantías constitucionales y, por obvia consecuencia también las legales, y no de cualquier proceso, sino de uno “justo” o debido”.

1.1.2. Análisis concreto de las garantías constitucionales en esta materia

A. EL DEBIDO PROCESO O DERECHO A UN JUICIO JUSTO

Esta garantía ha sido llamada, correctamente a nuestro juicio, la “garantía de las garantías”. Contendida en el art. 19 N° 3, inciso 5° de la CPR, en los siguientes términos: “Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Es indudable que los constituyentes quisieron incorporar al catálogo de garantías constitucionales el llamado, en el derecho anglosajón o Common Law, “due process of law”, institución que no tiene un contenido limitado y estricto, sino más bien uno amplísimo, derivado de una larga evolución de la doctrina y jurisprudencia de los países que se rigen primordialmente por el derecho consuetudinario o, en una traducción literal, por la ley común.

El profesor Enrique Evans de la Cuadra¹⁶, buscando precisar el concepto, para su utilización en nuestro país, señaló, primeramente, que aquél se aplicaría a cualquier autoridad que ejerza jurisdicción y que la expresión “sentencia” no se refiere exclusivamente a la sentencia judicial. A continuación, y en lo que interesa a este trabajo, expresó que debería reunir los siguientes requisitos:

1) Que exista un proceso previo legalmente tramitado. Luego, la “resolución” es nula si no existe una tramitación anterior a ella, en que el afectado haya sido oído en sus defensas y en sus pruebas, y

2) Que la ley haya establecido un procedimiento y una investigación racionales y justos.

Enseguida, luego de hacer una referencia a la sesión 101, de 9 de enero de 1975, en que expuso el profesor José Bernales, y a la sesión 103, ambas de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, caracteriza los elementos de un “racional y justo procedimiento”, a saber:

1) Notificación y audiencia del afectado, pudiendo proceder en su rebeldía si no comparece una vez notificado;

2) Presentación de las pruebas, recepción de ellas y su examen;

3) Sentencia dictada en un plazo razonable;

4) Sentencia dictada por un tribunal u órgano imparcial y objetivo, y

5) Posibilidad de revisión de lo fallado por una instancia superior igualmente imparcial y objetiva.

El concepto anterior, acorde con lo formulado por el profesor Evans ha sido criticado acertadamente, en los siguientes términos: “Este intento de determinar el contenido del derecho al debido proceso debe ser tomado con muchas reservas, comenzando por su pretensión de exhaustividad, contraria al sentido mismo de la garantía. Y en cuanto a los aspectos que se señalan como protegidos, los hay que se encuentran comprendidos en otras garantías más específicas, como es el caso del derecho a la prueba y a la notificación, que se encuentran incluidos en el derecho de defensa y, por su parte, la revisión judicial no es admitida en ningún ordenamiento con carácter general, salvo en materia penal por mérito del art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, por lo que mal podría considerársela incluida en nuestro país en el derecho al debido proceso, teniendo presente que siempre hemos contado con procedimientos de única instancia”.¹⁷

En definitiva creemos que, derivado del reconocido carácter amplio y no agotado de esta garantía, sólo podemos acotar ciertos elementos mínimos que nos habilitan para sostener que estamos o no en presencia de ella. Éstos, en nuestro concepto y referidos al proceso penal, son:

1) Existencia de un Tribunal independiente e imparcial;¹⁸

2) Carácter contradictorio del proceso e igualdad de armas entre la acusación y el acusado;

3) Publicidad del procedimiento;

4) Solución del proceso en un plazo razonable;

5) Presunción de inocencia, y

6) Garantías respecto del derecho de defensa del acusado de una infracción penal.

Con respecto al punto 4) arriba citado, respecto de la exigencia de solución dentro de un plazo razonable, debemos precisar que este concepto “goza de un considerable desarrollo en los Estados Unidos bajo la fórmula del “derecho a un juicio rápido” (speedy trial) reconocida en la Enmienda VI. La jurisprudencia norteamericana ha afirmado que esta garantía está destinada a proteger tres valores inherentes al sistema angloamericano de justicia criminal: 1) evitar indebida y opresiva encarcelación antes del juicio; 2) minimizar la ansiedad y preocupación que genera una acusación pública, y 3) limitar las posibilidades de que una dilación extensa menoscabe la capacidad del acusado para defenderse”.¹⁹

¹⁶ “Los Derechos Constitucionales”. EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Tomo II. 2ª Edición Actualizada. Editorial Jurídica de Chile. 1999.

¹⁷ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX. “Las Garantías...”. Op. Cit.

¹⁸ Sobre el punto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado, reiteradamente, como lo dijimos en el Capítulo I, 2.2, letra b), que la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales –entendida como ausencia de prejuicios o parcialidad– debe analizarse desde una doble perspectiva: subjetiva y objetiva (v.gr.: Sentencias de 1/10/82 y 26/10/84).

¹⁹ Según lo exponen: HORVITZ LENNON (MI) y LÓPEZ MASLE (J), en: “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile. 2002, pág. 72.

Finalmente, no se deben soslayar dos aspectos importantísimos de esta garantía, a saber: su naturaleza general y su naturaleza subsidiaria, las que se expresan, por una parte, en que permiten velar por la constitucionalidad de todos los procedimientos establecidos por el legislador y de todos los procesos seguidos por un juez, controlando que concurren los elementos del juicio justo, que ya detallamos; y por la otra, en que la garantía se extiende y comprende los actos de investigación y de preparación del juicio oral que se incluyen en el nuevo procedimiento penal.

B. EL DERECHO A LA DEFENSA

Sin perjuicio de que más adelante, cuando veamos los principios básicos del nuevo procedimiento penal, volveremos sobre esta garantía, es menester que hagamos un breve análisis del texto constitucional en esta materia.

La CPR, en su art. 19 N° 3, inciso 2°, prescribe: “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado, si hubiere sido requerida. Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos. La ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Según la doctrina constitucional chilena tradicional, esta garantía se traduciría en que toda persona tiene el derecho de solicitar y conseguir la intervención de un abogado para la defensa de sus derechos, actuación que debe permitirse no solamente ante los Tribunales de Justicia, sino que ante cualquier órgano jurisdiccional o autoridad.

Acorde con dicha doctrina, la intervención del letrado debe ser la “debida”, caracterizando ésta como una actuación pertinente y respetuosa, conforme al procedimiento que la ley señale para el asunto o, en todo caso, acorde a las exigencias de un racional y justo procedimiento, que el abogado podría exigir ante cualquier atropello o menoscabo, o en defecto de norma expresa, de acuerdo a lo que ya analizamos algunas líneas más arriba.

Asimismo, se suele precisar que la Constitución establece que la ley arbitrará los medios para otorgar defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos. Este servicio se presta en Chile a través de las “Corporaciones de Asistencia Judicial”, creadas por la ley N° 17.995, y se basa en la obligación de los postulantes al título de abogado de realizar una práctica forense gratuita durante seis meses. Dicha práctica se reglamenta por el decreto N° 265 del Ministerio de Justicia, publicado en el Diario Oficial de 2 de octubre de 1985.

Creemos que la intención de los redactores de la Constitución fue limitar la garantía sólo a la defensa técnica (“intervención del letrado”). Sin embargo, del propio tenor literal de la norma se desprende que el contenido de esta garantía es, necesariamente, mucho más amplio. Concretamente, el propio comienzo de la norma transcrita habla de que el derecho de toda persona es a la “defensa jurídica”, la que abarca más que la mera defensa técnica de un letrado.

El precepto analizado haría que la propia ley N° 17.995, recién citada, pudiese ser objetada como contraria a los preceptos constitucionales, toda vez que la defensa que presta a las personas que carecen de recursos no es hecha por un letrado, sinónimo de abogado, sino por postulantes en vías de serlo.

De todas maneras, como veremos, el nuevo CPP consagra la obligación ineludible de que el perseguido penalmente tenga un defensor que debe ser abogado.

C. DERECHO A LA IGUALDAD

La Carta Fundamental asegura la existencia de “la igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupos privilegiados...” (art. 19 N° 2). Discutible parece ser que dicho precepto se refiera sólo a las normas de carácter sustantivo o material y no a las adjetivas.

Sin perjuicio de lo anterior, la igualdad, en la materia que nos interesa, se manifiesta en el inciso primero del N° 3 del art. 19 de la Constitución el cual señala que se asegura a todas las personas: “La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”. En esta sede aparece claramente, y sin discusión, una garantía netamente de carácter procesal. Siendo una consecuencia o derivación de la igualdad ante la ley, con esta garantía se pretende que todos quienes deban recurrir ante cualquier autoridad, por supuesto también los tribunales, buscando la protección de sus derechos, se encuentren en un nivel de igualdad jurídica, sin que puedan existir privilegios o diferencias en razón de raza, nacionalidad, sexo, condición social o económica, como tampoco hacer admisibles discriminaciones arbitrarias, odiosas, injustas o irracionales.

Según se desprende de las discusiones habidas entre los constituyentes, y acorde con sus palabras, encontramos aquí un caso de “jurisdicción general de los tribunales de justicia y de obligación” de conocer cualquier violación de derechos, constitucionalmente protegidos, pudiendo las personas que se encuentren en tal situación acogerse a los preceptos de la Carta Fundamental “directamente, sin que sea necesaria ley alguna”.²⁰

En definitiva, esta garantía implica que toda persona que recurra a los tribunales debe ser atendida por éstos de acuerdo a leyes comunes para todos y bajo un procedimiento igual y fijo.

Concluyendo este breve análisis podemos expresar que, en el proceso penal vigente en la mayor parte de nuestro país, toda persona involucrada en una causa criminal se encuentra en una muy notoria desigualdad frente al juez, derivada, entre otras razones y como ya lo dijéramos, de que aquélla no es “sujeto” sino “objeto” en el procedimiento inquisitivo.

²⁰ Palabras de Sergio Díez, en sesión N° 103, de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, 16/1/75.

D. DERECHO AL TRIBUNAL COMÚN U ORDINARIO, PREESTABLECIDO POR LA LEY

Esta garantía está consagrada en los siguientes términos (art. 19 N° 3, inciso 4° CPR): “Nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta”.

Algunos aspectos, íntimamente relacionados con esta garantía, fueron mencionados en la letra A) de este epígrafe. Sin embargo, compartiendo la crítica que suele hacerse a los redactores de la Constitución en esta materia, en el sentido de que esta garantía ha sido analizada en términos formales, podemos conceptualizarla diciendo que su contenido sería:

a) Las personas tienen derecho a que su causa sea conocida y resuelta por un tribunal, no por un organismo seudojurisdiccional;

b) Tribunal preestablecido por la ley, vale decir constituido con anterioridad al inicio del proceso. Ello implica que el racional y justo procedimiento debe establecerse para ante un tribunal conocido antes del inicio del proceso por el cual se juzgan determinados hechos (prohibición de comisiones especiales, o tribunales ad-hoc);

c) Se requiere, además, que el tribunal sea independiente. Tal libertad o independencia debe ser en relación con agentes externos (organismos extra-Poder Judicial), como en lo referido a situaciones derivadas del orden interno (impermeabilidad a presiones o coacciones de otros tribunales, preferentemente los superiores);

d) Debe tratarse de un tribunal imparcial. Ya hemos tocado el punto; no obstante, y sin temor a ser “reiterativos”, debemos expresar que un tribunal del crimen bajo el procedimiento del CPP 1906, no es, realmente y en esencia, imparcial; al menos en forma “objetiva”.²¹

E. OTRAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

De éstas mencionaremos las siguientes:

i) Art. 19 N° 3, inciso 6° de la Constitución

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

Para algunos profesores²², esta norma consagra la presunción de inocencia del “detenido” y del “procesado”, obligando a que su culpabilidad deba ser probada y no pueda ser presumida. Sin embargo, discrepamos de esta opinión. En efecto, del tenor de dicho precepto no se deriva, como debe serlo en conformidad a un ordenamiento jurídico que responda al concepto de “Estado de Derecho”²³, que la persona sea considerada inocente mientras no es condenada. Más bien atiende a que la ley no puede establecer que, si concurre la realización de una conducta, necesariamente y sin que se acepte prueba en contrario, deba presumirse la responsabilidad del inculcado. Tampoco se refiere a las presunciones “simplemente legales” de responsabilidad penal, tales como las de los arts. 131, 454, 483 y 492 del Código Penal, o las del art. 5° de la ley N° 19.366.

Sobre la presunción de inocencia hablaremos al tratarla como principio básico del nuevo procedimiento penal.

ii) Art. 19 N° 7, letra f) de la Constitución

La norma arriba citada expresa: “En las causas criminales no se podrá obligar al inculcado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos y circunstancias, señale la ley”.

Del texto de la norma citada no se deriva ineludiblemente, a diferencia de lo que ocurre con el nuevo CPP como se explicará, que el imputado tenga derecho a permanecer en silencio, es decir, a no declarar. Sólo se prohíbe que lo haga bajo juramento.

F. GARANTÍAS PROCESALES CONSAGRADAS EN TRATADOS INTERNACIONALES

Por aplicación del art. 5° de la CPR, en nuestro país se encuentran en vigor diversos pactos internacionales que, consideramos acertado pensarlo así, se entienden integrados en el texto constitucional. Sin embargo, en esta materia nos referiremos sólo a dos de ellos.

En primer lugar se debe analizar el “Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas por resolución N° 2.200, el 16 de diciembre de 1966, suscrito por Chile esa misma fecha, pero publicado en el Diario Oficial de 29 de abril de 1999.

En lo que nos atañe directamente para este trabajo se debe transcribir, en lo pertinente, el art. 14, el cual consagra una serie de garantías de orden procesal y procesal penal:

“1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella (...) La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en

²¹ Véase, CAROCCA P., ÁLEX. Op. Cit.

²² Así, EVANS DE LA CUADRA, ENRIQUE. Op. Cit. Tomo II, pág. 150.

²³ Como introducción a este concepto:

a) “Elementos del Estado de Derecho: el principio de legalidad en toda actuación del poder público”. BESSON, WALDEMAR y JASPER, GOTTHARD, y

b) “Estado de Derecho y Rule of Law”. D. NEIL MACCORMICK. Ambos ensayos en: “Estado de Derecho y Democracia”. Fundación Konrad Adenauer-Ciedla. 1997.

opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal (...) será pública, excepto en los casos en que el interés de menores exija lo contrario (...).

2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;

b) A disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;

e) 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;

f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;

g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable (...).

5. 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...

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país”.

En segundo lugar resulta fundamental en esta materia la “Convención Americana sobre Derechos Humanos” (CADH), conocida habitualmente por el nombre de “Pacto de San José de Costa Rica”, en atención al lugar donde se celebró la Convención en que se acordó. Fundamentalmente, debe considerarse el art. 8 de la CADH que, bajo el título Garantías Judiciales, contiene la enumeración de un conjunto de normas que la doctrina denomina garantías *latu sensu* (para distinguirlas de las garantías propiamente dichas, *strictu sensu*, que serían los recursos judiciales para garantizar los derechos reconocidos en la CADH).²⁴

En esta materia la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en opinión Consultiva de 30 de enero de 1987, ha dicho que estas garantías judiciales son los “medios judiciales idóneos para la protección de los derechos (...), lo cual implica la intervención de un órgano independiente e imparcial (...)”.

En concreto el artículo 8 mencionado, que por su importancia citamos casi íntegramente, dispone:

“1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella (...).

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f. 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; g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

Es imprescindible recordar que todas las garantías a las que hemos aludido, según la doctrina en la materia y los propios tratados, son directamente aplicables al derecho interno de los Estados Partes, aun en el caso de que no haya legislación interna al respecto y, si esta legislación interna existiere pero fuere contraria al Pacto, se debe considerar derogada, como consecuencia de la aplicación directa e inmediata del derecho internacional. (Así lo señala, como apuntábamos, la doctrina americana, con claridad y precisión y, también, la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

²⁴ Vid. “La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis Comparativo”. GROS ESPIELL, HÉCTOR. Editorial Jurídica de Chile. 1991.

1.2. Principios básicos del nuevo Código Procesal Penal

En el Título XI, del Libro Primero del nuevo CPP, artículos 1º al 13, se contienen una serie de principios básicos de este Código, que analizaremos someramente.

A. JUICIO PREVIO Y ÚNICA PERSECUCIÓN

Se consagra este principio informador del nuevo procedimiento penal en el artículo 1º, que señala que ninguna persona podrá ser condenada o penada, ni sometida a alguna de las medidas de seguridad que establece el Código, sino en virtud de una sentencia fundada, dictada por un tribunal imparcial. Además se expresa que toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y público, desarrollado en conformidad con las normas de ese cuerpo legal. Luego se afirma el principio *non bis in ídem*, al expresar que la persona condenada, absuelta o sobreseída por sentencia ejecutoriada, no podrá ser sometida a un nuevo procedimiento penal por el mismo hecho.

Como una primera aproximación, debe advertirse la congruencia de esta norma del artículo 1º, con la del art. 8.3 del Pacto de San José (CADH), con la del art. 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y con la garantía del debido proceso, antes analizada, en lo que se refiere a la prohibición de reiterar un juzgamiento ya hecho. Asimismo, es imprescindible hacer notar que, por el contrario, no estaría acorde con este principio el cual, como vimos, tiene también rango constitucional, el art. 3º, inciso 3º del CPP (1906), vigente.

Enseguida, es fundamental la consagración del derecho al juicio oral. Éste es un elemento central de la reforma procesal penal. Es decir, y no obstante la existencia de salidas alternativas al juicio o de procedimientos abreviados o simplificados, como se verá, el perseguido penalmente tiene un derecho inalienable a ser juzgado oral y públicamente. Cualquier otra vía de término o suspensión del nuevo procedimiento penal, por supuesto siempre que el imputado esté presente, requiere su consentimiento. Si éste no se presta, libre e informadamente, habrá juicio oral.

Creemos adecuado, por ahora, caracterizar el proceso o juicio oral diciendo que es aquel donde el o los jueces se basan en lo que ven y perciben directamente a través de sus sentidos, para adquirir su convicción y emitir su fallo.

B. JUEZ NATURAL

Estatuido en los siguientes términos: “Nadie podrá ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señalare la ley y que se hallare establecido por ésta con anterioridad a la perpetración del hecho” (art. 2º CPP).

Este principio en apariencia es idéntico al consagrado en el art. 19 N° 3, inciso 4º, de la CPR. Sin embargo, es importante tener presente que en esta última norma no se concreta tan precisamente la “anterioridad” de la existencia del tribunal. Por ello se ha dicho, en relación con el precepto constitucional, como lo recalcábamos, que es necesario que el tribunal esté establecido antes del inicio del juicio. En cambio, el CPP lo sitúa antes de la ocurrencia del hecho delictual.

C. EXCLUSIVIDAD DE LA INVESTIGACIÓN PENAL

Se preceptúa en el art. 3º del CPP, quien señala que es el Ministerio Público el que dirige en forma exclusiva la investigación. Concuera este principio con el art. 80 A de la CPR y será analizado, junto con otros, en la parte de este Manual relativa al Ministerio Público.

D. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA DEL IMPUTADO

Este principio fundamental del proceso penal se recoge, en nuestra legislación, en diversas normas, en forma más o menos adecuada. Detallaremos algunas:

i) Art. 19 N° 3, inciso 6º de la CPR. Al respecto ya hemos sostenido antes (supra 1.1.2, letra E, i) que, no obstante la intención de los redactores de la Carta Fundamental, la recepción de la presunción resulta imperfecta y no expresa;

ii) Tratados internacionales. La presunción de inocencia se considera en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.2) y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 8.2). Ambos textos se encuentran vigentes en Chile y tienen, según lo dijéramos, rango constitucional;

iii) Art. 42, inciso 1º CPP (1906), modificado por la ley N° 18.857 de 1989, que expresa, en lo pertinente: “A nadie se considerará culpable de delito ni se le aplicará pena alguna sino en virtud de sentencia dictada por el tribunal establecido por la ley (...)”. Para algunos²⁵, esta norma sólo tiene un imperfecto reconocimiento de la presunción toda vez que, a continuación del texto citado y en el mismo inciso 1º, se señala que “el imputado deberá someterse a las restricciones que con arreglo a la ley se impongan a su libertad o a sus bienes durante el proceso”, palabras que indicarían que el legislador se reserva la facultad de introducirle restricciones al estado de inocencia presumido, las cuales serían completamente inconstitucionales.

Otros²⁶ creen que esta norma recoge en forma implícita pero clara la presunción de inocencia y que el artículo en análisis la consagra, al menos a nivel de principio, en forma inequívoca.

Pensamos que, efectivamente, la redacción de la norma del CPP (1906) no es nítida y que permite que se introduzcan restricciones al principio. Sin embargo, las limitaciones a las que se alude se refieren más bien a las propias contempladas

²⁵ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX. Op. Cit.

²⁶ DEL RÍO F., CARLOS y ROJAS RUBILAR, FRANCISCO. “De la Reforma Procesal Penal. En especial...”. Editorial Jurídica ConoSur. 1999.

en otros artículos del Código, las que no necesariamente son todas inconstitucionales, y no a las que podría, a posteriori, introducir el legislador las que, ahí sí, irían contra texto constitucional (sea las normas del art. 19 CPR, o las de los tratados internacionales del mismo rango, por aplicación del art. 5°);

iv) Art. 4° del CPP, que dispone: “Ninguna persona será considerada culpable ni tratada como tal en tanto no fuere condenada por una sentencia firme”.

Concepto y principales consecuencias de la presunción

Sin perjuicio de que una simple y clara definición es la que emana del propio art. 4° del CPP recién apuntado, podemos caracterizar la presunción de inocencia como una absoluta prohibición de estimar culpable, sin que medie condena firme en su contra, al que fue perseguido penalmente.

Este principio protege la situación jurídica de inocencia de la persona durante todo el procedimiento penal (cualquiera fuera la calidad que tuviese en ese momento: imputado, acusado o incluso condenado, si la condena no está ejecutoriada), mientras no se produzca prueba concreta capaz de generar el grado de certeza necesario para establecer la participación criminal y la culpabilidad, inherentes a una sentencia condenatoria firme.

Entre las características de la presunción de inocencia encontramos:

– Es un concepto fundamental del moderno Derecho Procesal Penal. En efecto, este principio obliga siempre a las autoridades estatales, y por supuesto a las judiciales, a obrar siempre sobre la base de que toda persona es inocente en tanto no recaiga sobre ella la sentencia condenatoria firme;

– La presunción de inocencia es una presunción iuris tantum, por ende, puede desvirtuarse con actividad probatoria en contrario. Es muy recurrida, por su importancia, la cita que se hace a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español que exige una mínima actividad probatoria, producida con todas las garantías, para desvirtuar el estado de inocencia, aunque esta prueba se aprecie en conciencia o con libertad, permitiéndose, a partir de la actividad probatoria, las inferencias lógicas que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas (sentencias 31/1981 y 175/1985).

En relación con ello la doctrina procesal concuerda en que sólo es prueba válida a este respecto la que se produce en el juicio oral, salvo las excepciones de la llamada prueba “preconstituida” o “anticipada”. Excepciones que, como veremos, son más aparentes que reales, atendido el hecho cierto de que, para que tenga valor esta prueba (la cual, cronológicamente, no se efectúa ante el tribunal del juicio oral), se requiere que se rinda en una audiencia, con intervención del juez de garantía y de los intervinientes. Sin perjuicio de ello, para ser considerada, esta prueba debe introducirse vía lectura del registro respectivo, ante el tribunal encargado del juicio.

Como consecuencias básicas de la presunción de inocencia podemos mencionar:

1) El respeto al estado de inocencia

Éste debe abarcar todas las etapas del procedimiento. Eso justifica la existencia de, por ejemplo, el art. 7° del CPP, que analizaremos luego.

2) Reconocimiento efectivo de los derechos básicos del imputado

Sin perjuicio de volver sobre el punto más adelante, debemos señalar que el CPP consagra una serie de derechos y garantías del imputado, a lo largo de todo su articulado y, en especial, en los arts. 93 y 94. “Todos estos derechos resguardan la persona del imputado, su dignidad de tal, y le respaldan en su calidad de sujeto de la investigación y no de objeto de la misma. Las concreciones de estos derechos permiten mantener y proteger la situación de inocente y sus efectos en el procedimiento son fundamentales”.²⁷

3) Se considera la declaración del inculcado como un medio de defensa

La normativa que se instaura respecto de este acto potestativo del imputado en el CPP, le confiere a la declaración de aquél el carácter de un medio de defensa –así por ejemplo el art. 98–, modificando el sello inquisitorio que le otorga el actual procedimiento penal (que, como es sabido, la denomina “indagatoria”).

4) Determina que la aplicación de las medidas cautelares se haga dentro de la más estricta legalidad y sólo en cuanto sean absolutamente indispensables para los fines del procedimiento

En el momento que corresponda profundizaremos este punto (ver: infra letra e) y segunda parte de este Capítulo III: “Las medidas cautelares”).

5) Impone la exigencia de que el tribunal, para condenar, adquiera convicción suficiente de la comisión del delito por el acusado

La duda que pudiese tener el tribunal acerca de la ocurrencia del delito o sobre la responsabilidad del acusado, debe beneficiarle. La condena supone la convicción, la duda la excluye.

La afirmación anterior es de toda lógica. La duda beneficia al perseguido penalmente porque éste tiene un escudo anterior al proceso, goza de un estado jurídico de inocencia. Son los organismos de persecución penal, el Estado, quienes deben despojar al acusado de esa protección y probar su culpabilidad. Si fracasan, la situación jurídica de inocencia persiste.

No debe confundirse la presunción de inocencia con el principio in dubio pro reo. En efecto, la presunción de inocencia es un derecho fundamental, un estado que requiere, como dijimos, prueba para ser desvirtuado. En cambio, el in

²⁷ Ver: POBLETE ITURRATE, ORLANDO. “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”. En: Revista del Abogado. Colegio de Abogados de Chile, N° 14, 1998.

dubio pro reo deviene en un principio de interpretación de la prueba rendida. En palabras de Zaffaroni²⁸: “el principio de que en la duda hay que estar en favor del reo es ampliamente aceptado en el derecho procesal penal (...) entendemos que el principio (...) nos señala la actitud que necesariamente debemos adoptar para entender una expresión legal que tiene sentido doble o múltiple...”.

Inclusive el CPP (1906) vigente reconoce que la duda sólo hace procedente la absolución, e impone la necesidad de la convicción en su artículo 456 bis. Con respecto al estándar de convicción que se exige en el Código Procesal Penal, éste es el que debe superarse la “duda razonable” por los juzgadores (sobre tal concepto, véase infra Capítulo III, Cuarta Parte, 6.5).

6) Es labor de la parte acusadora producir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción y formar la convicción del juez

En otras palabras el llamado “peso o carga de la prueba”, el *onus probandi*, recae en el acusador. Así, el Tribunal Constitucional español, en sentencia ya citada 31/1981, sostuvo que es imprescindible “como presupuesto para desvirtuar la presunción *iuris tantum* de inocencia, que la mínima actividad probatoria pudiese de alguna forma entenderse de cargo y que de la misma se pudiese deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado. No es suficiente, por consiguiente, que el órgano jurisdiccional sentenciador haya dispuesto de una mínima actividad probatoria, es decir, que se hayan practicado pruebas y que los órganos policiales y jurisdiccionales hayan desplegado el máximo celo en averiguar el delito e identificar a su autor, sino que es necesario que el resultado de la prueba pueda racionalmente considerarse de signo incriminatorio, esto es, de cargo, y no de descargo”.

7) Plazo limitado de la investigación

La prolongación excesiva en el tiempo de la etapa de investigación puede, de facto, comprometer la vigencia de la presunción de inocencia y afectar el *onus probandi*, porque en tal supuesto la prueba de la inocencia del imputado resulta vital para obtener un sobreseimiento sin, por supuesto, llegar al juicio. Por ello el nuevo CPP impone un plazo máximo de dos años a dicha etapa y, además, reduce la aplicación del sobreseimiento temporal, que sólo suspende el procedimiento.

E. LEGALIDAD DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS O RESTRICTIVAS DE LIBERTAD. INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA. PROHIBICIÓN DE LA APLICACIÓN POR ANALOGÍA

Estos principios son recogidos en el art. 5º del CPP, en la siguiente forma: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

Para examinar brevemente esta norma debemos descomponerla en los tres grandes principios que contiene.

Para comenzar, el inciso primero alude a la necesidad de que las medidas cautelares personales sean aplicadas dentro de la más estricta legalidad. Este inciso debe relacionarse, necesariamente, con el art. 122, del Título V del CPP que establece, en carácter de principio general, la finalidad y alcance de las medidas cautelares personales, diciendo: “Las medidas cautelares personales sólo serán impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo durarán mientras subsistiere la necesidad de su aplicación.

Estas medidas serán siempre decretadas por medio de resolución judicial fundada”.

El fundamento y objetivo de las normas del inciso 1º del art. 5º y del art. 122 del CPP recae en el reconocimiento del hecho de que las medidas cautelares personales representan el punto más crítico del equilibrio entre dos intereses, normalmente antagónicos, que se reflejan en el procedimiento penal: por un lado, el respeto a los derechos y garantías del inculpado, a su libertad y, por el otro, la eficacia en la investigación. El CPP vincula estrechamente la vigencia plena de la presunción de inocencia y del debido proceso con la existencia de las medidas cautelares. El régimen de éstas en el nuevo procedimiento penal es el criterio de excepcionalidad de ellas y su subordinación al cumplimiento de los fines del procedimiento.

Según lo expuso en su oportunidad el Poder Ejecutivo: “...a partir del reconocimiento de la necesidad de proteger los objetivos del procedimiento respecto de actuaciones del imputado que pudieren afectarlos, se autoriza al juez para adoptar un conjunto de medidas específicas y debidamente fundadas que restringen los derechos del imputado, cuando ello parezca indispensable para garantizar su comparecencia futura a los actos del procedimiento o al cumplimiento de la pena, para proteger el desarrollo de la investigación (o) para proteger a las víctimas...”²⁹

A continuación, el mismo art. 5º del CPP establece la interpretación restrictiva de las normas que autoricen la limitación de la libertad o de otros derechos del imputado o el ejercicio de alguna de sus facultades. Esta obligación es una derivación necesaria e ineludible de la presunción de inocencia del art. 4º. En efecto, la persona se presume inocente, pero para resguardar que el procedimiento penal pueda cumplir sus fines, siendo ello imprescindible, pueden utilizarse las medidas cautelares.

Con todo, bajo la luz de la presunción de inocencia que irradia a todo el procedimiento y sus principios derivados como el *in dubio pro reo*, ante la duda, se debe interpretar en forma restrictiva, hacia la posición jurídica más favorable al

²⁸ ZAFFARONI, EUGENIO R.: “Manual de Derecho Penal”. Ediar. Buenos Aires 1977, págs. 103-105.

²⁹ Mensaje del Proyecto de Ley sobre el nuevo CPP, enviado por el Ejecutivo al Parlamento. 1995.

imputado. Ello porque, como apunta certeramente el profesor Etcheberry,³⁰ “por lo general una interpretación restrictiva será favorable al reo, pero no siempre y necesariamente”.

Finalmente, se prohíbe la aplicación de las medidas restrictivas de libertad o derechos por analogía. Es decir, lo que se proscribiera es la aplicación de un principio jurídico que establezca la ley en esta materia para un hecho determinado, a otro hecho no regulado, pero jurídicamente semejante al primero. Es importante, no obstante que, como recién se analizó, está prohibida la extensión de la interpretación, señalar que “la analogía presenta una diferencia con la interpretación extensiva de la ley. En esta última (...) un caso determinado realmente está comprendido en la ley, pese a las deficiencias de lenguaje. En la analogía, en cambio (...) el caso no está comprendido en la ley, pero se la aplicamos, porque existen razones semejantes o el caso es muy similar a los que están incluidos en ella”.³¹

F. PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA

Principio establecido en el art. 6° del CPP. Importante resulta el hecho de que impone la obligación al Ministerio Público de velar por la protección, básicamente, del afectado por el delito (sin perjuicio de que, según se verá, las normas del CPP –art. 108, incisos 2° y 3°– amplían posteriormente el concepto de víctima, extendiéndolo a otras personas), cualquiera sea la etapa del procedimiento penal en que se encuentre. Asimismo, el tribunal (tanto el juez de garantía, como el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal) debe garantizar la vigencia de los derechos de la víctima durante todo el procedimiento.

La ley N° 19.789 (por el número 1.- de su artículo único) intercaló un nuevo inciso segundo al art. 6° del CPP, pasando el anterior inciso segundo a ser el tercero. Dicha modificación expresa: “El fiscal deberá promover durante el curso del procedimiento acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. Este deber no importará el ejercicio de las acciones civiles que pudieren corresponderle a la víctima”.

[Con respecto a este nuevo texto es menester advertir que la imposición al fiscal del deber de resguardar intereses de la víctima –vale decir privados–, puede influir sobre la adopción de decisiones o cursos de acción en su labor propia, esto es la persecución penal pública, lo cual contribuye a introducir un elemento potencialmente distorsionador del rol que debe cumplir el Ministerio Público en el control de la acción penal pública].³²

Por último, el artículo 6° en análisis estatuye la obligación de la policía y demás organismos auxiliares de otorgar a la víctima un trato acorde con su condición, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que deba intervenir. Esta norma debe relacionarse con diversos artículos del CPP que se mencionarán y, en especial, con el art. 109.

G. CALIDAD DE IMPUTADO. ÁMBITO DE LA DEFENSA

El art. 7° del CPP precisa el concepto de imputado, señalando que es la persona “a quien se atribuyere participación en un hecho punible” y señala desde y hasta cuándo puede ejercer sus derechos y facultades. Por su parte, el art. 8° del CPP, configura el ámbito en que se ejercerá la defensa técnica del imputado, la que se sostendrá por un abogado.

Ambos artículos serán tratados en esta primera parte del capítulo, en la sección referida a la Defensa en el nuevo procedimiento.

H. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PREVIA

El artículo 9° del CPP establece el requisito sine qua non de obtener, del Juez de Garantía, autorización judicial previa para realizar válidamente cualquier actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare. La ley N° 19.789 agregó un inciso final a este artículo del CPP. (Para un análisis detallado de estas diligencias: vid. *Infra*, Segunda Parte, 3.4).

I. CAUTELA DE GARANTÍAS

El CPP, en su art. 10, otorga amplias facultades al juez de garantía para velar por la posibilidad de que el imputado ejerza, efectivamente, sus garantías judiciales, cualquiera sea la fuente de la legislación donde éstas se consagren. Le permite cautelar las garantías constitucionales, las derivadas de tratados internacionales o las normadas en simples leyes, adoptando al efecto las medidas que considere necesarias, sea de oficio o a petición de parte. Esta actuación del juez puede realizarse en cualquier etapa del procedimiento (no olvidemos que las garantías constitucionales que hemos analizado, y desde luego el “debido proceso”, se aplican a todas las etapas de aquél).

Si el juez de garantía estima que las medidas que adoptó no fueron suficientes y que existe una afectación sustancial de los derechos del imputado, puede suspender el procedimiento, citando a una audiencia para resolver su continuación o decretar el sobreseimiento temporal, entre tanto persista este menoscabo sustancial de las garantías del imputado.

En los hechos, este artículo agrega una causal más de sobreseimiento temporal, amén de las prescritas en el art. 252 del CPP.

³⁰

³¹

³² En tal sentido: HORVITZ-LÓPEZ, “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Op. Cit., pág. 600.

J. APLICACIÓN TEMPORAL DE LA LEY PROCESAL PENAL (ART. 11 CPP)

Se establece que las leyes adjetivas penales serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado.

Como se ve, es una posibilidad distinta a la prevista en el art. 24 de la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

K. INTERVINIENTES (ART. 12 CPP)

Se define quiénes son los “intervinientes” en el procedimiento penal, señalando que son el fiscal del Ministerio Público, el imputado, su defensor, la víctima y el querellante, desde que realizaren cualquier actuación procesal o desde el momento en que la ley les permitiere ejercer facultades determinadas. Como se ve, se abandona el concepto tradicional de “partes” y se omite al “actor civil”.

L. EFECTO EN CHILE DE LAS SENTENCIAS PENALES DE TRIBUNALES EXTRANJEROS

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

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

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

Las situaciones previstas en esta norma son diferentes al actual art. 3° del CPP (1906). Desde luego, sin perjuicio de normas especiales, no existe el límite establecido en el inciso 5° de dicho artículo, en relación con las sentencias absolutorias. Asimismo, atendido que las hipótesis de una segunda persecución penal obedecen a que el proceso en el extranjero fue montado con el ánimo de impedir el juzgamiento en Chile, o fue una parodia o violó el debido proceso (en estos dos últimos casos se requiere, además, la voluntad del imputado), estimamos que no hay violación del principio estatuido en el art. 1° del CPP (non bis in ídem).

1.3. Otras disposiciones generales, referidas a la actividad procesal

Estas disposiciones se contienen en los párrafos 1° al 8° del Título II del Libro Primero del CPP, arts. 14 a 52. Analizaremos algunas de dichas disposiciones, principalmente por razones de importancia y/o novedad.

A. PLAZOS (ARTS. 14 A 18)

Se establece que todos los días y horas son hábiles para las actuaciones del procedimiento. Al igual que en el art. 44 CPP (1906) se considera la ampliación, hasta las 24 horas del día siguiente hábil, del plazo que venciere en día feriado (art. 14).

Los plazos de horas que consagra el CPP comienzan a correr inmediatamente después de que ocurra el hecho que fija la iniciación, sin interrupción (art. 15). Si no se indicare expresamente lo contrario, todos los plazos que establece el CPP son fatales e improrrogables.

Se concede la facultad de solicitar al tribunal un nuevo plazo a quien se hubiere visto impedido de ejercer un derecho o desarrollar una actividad dentro del plazo legal, término que podrá ser por el mismo período. La petición debe basarse en que el hecho no fuere imputable al solicitante, en un defecto en la notificación, fuerza mayor o caso fortuito, y debe impetrarse dentro de los cinco días siguientes a la cesación del impedimento (art. 17 CPP).

Se permite la renuncia de plazos a los intervinientes, en forma total o parcial, mediante manifestación expresa. Si el plazo es común, la reducción en el plazo o su renuncia requiere el consentimiento de todos y la aprobación del tribunal (art. 18 CPP).

B. COMUNICACIONES ENTRE AUTORIDADES (ARTS. 19 A 21)

En referencia a estas comunicaciones se establece un principio general, en el art. 21 CPP, en el sentido de que éstas podrán realizarse por cualquier medio idóneo, sin perjuicio del posterior envío de la documentación que fuere pertinente.

El art. 19 CPP regula los requerimientos de información, contenido y formalidades. Se expresa, como regla general, que todas las autoridades y órganos del Estado deberán realizar las diligencias y proporcionar, sin demora, la información que les requirieren el Ministerio Público y los tribunales con competencia penal.

Si se trata de informaciones o documentos que, en virtud de la ley, tuvieren carácter secreto, el requerimiento se debe atender observando las normas de la ley respectiva, si la hubiere. Si no existe ley, se deben adoptar las precauciones que aseguren que la información no será divulgada.

En caso de que la autoridad requerida retarde el envío de los antecedentes solicitados o simplemente se niegue a enviarlos, esgrimiendo su carácter reservado o secreto, y siempre que el fiscal respectivo estime indispensable la actuación, se lo comunicará al Fiscal Regional quien, si comparte esa apreciación, solicitará a la Corte de Apelaciones respectiva que, previo informe de la autoridad correspondiente, recabado por la vía más rápida, resuelva la controversia. Si fuere el tribunal el que requiera la información éste formula la solicitud directamente a la Corte. El tribunal de alzada resuelve en cuenta.

En el caso de que la razón invocada por la autoridad para el rechazo de enviar los antecedentes fuese que su publicidad pudiere afectar la seguridad nacional, la cuestión debe ser resuelta por la Corte Suprema. Aun cuando la Corte que deba resolver rechace el requerimiento o solicitud de información, por compartir el juicio de la autoridad renuente, podrá ordenar que se suministren los datos que le parezcan necesarios para la adopción de decisiones relativas a la investigación o para el pronunciamiento de resoluciones judiciales, según el caso.

Importante es que las resoluciones que los ministros de Corte adopten en estas materias no los inhabilitan para conocer de ulteriores recursos que se interpusieren en la causa respectiva.

En relación con la razón de por qué se radicó la decisión en la Corte de Apelaciones y, sólo por excepción, en la Corte Suprema, debemos dejar constancia de que en la discusión parlamentaria de esta norma se confrontaron dos formas de redacción, prevaleciendo el parecer de la Cámara de Diputados. En efecto, el Senado en esta materia estableció un procedimiento, el cual en lo fundamental entregaba a la Corte Suprema la determinación acerca de si deben proporcionarse o no los antecedentes requeridos. La Cámara de Diputados propuso, según expusieron sus HH. señoras y señores integrantes en la respectiva Comisión Mixta, que tal decisión fuese adoptada por regla general por las Cortes de Apelaciones, reservando a la Corte Suprema la decisión de esta materia sólo cuando la negativa de una autoridad a proporcionar los antecedentes se fundamentase, precisamente, en que su publicidad pudiera afectar la seguridad nacional.

La Comisión Mixta tuvo presente que nuestro ordenamiento contempla varias normas que confían a la Corte Suprema la resolución de este tipo de materias cuando pudiere estar involucrada la seguridad nacional: el artículo 144 del Código de Justicia Militar; el artículo 16, inciso tercero, de la Ley N° 19.628, sobre Protección de Datos de Carácter Personal, y el artículo 11 ter de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

El planteamiento de la Cámara de Diputados, que se impuso en definitiva, guarda armonía con el artículo 209 del CPP, que precisamente entrega a la Corte Suprema la decisión sobre la práctica de la diligencia de entrada y registro en determinados recintos en que se encontraren información o elementos reservados, cuyo conocimiento pudiera afectar la seguridad nacional.

Por otra parte, esa posición es congruente con el propósito de que, como regla general, los pronunciamientos que deba adoptar un tribunal superior sobre el procedimiento penal queden radicados en el órgano inmediato, esto es, la Corte de Apelaciones respectiva, como forma de evitar dilaciones, acercar la justicia a las personas y reforzar el papel de gobierno judicial de la Corte Suprema. Propósito que también, y como se verá, subyace a la regulación que el nuevo procedimiento penal contiene respecto del tribunal competente para conocer del recurso de nulidad.

Finalmente, el art. 20 CPP se refiere a las solicitudes de diligencias que un tribunal dirija a otro, para realizarlas en el territorio jurisdiccional de éste. En estos casos, el tribunal requirente le dirige la solicitud directamente al requerido, con la mención de los antecedentes necesarios.

Si el tribunal requerido rechaza el trámite o diligencia, o si transcurre el plazo pertinente sin realizarse, el requirente puede dirigirse directamente al superior jerárquico del primero para que éste ordene, agilice o gestione directamente la petición.

C. COMUNICACIONES Y CITACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Se regulan en los arts. 22 y 23 del CPP.

Comunicación: Básicamente se preceptúa que, cuando el Ministerio Público debiere comunicar formalmente alguna actuación a los demás intervinientes del procedimiento, será su responsabilidad hacerlo por cualquier medio razonable, que resultare eficaz. El propio Ministerio Público debe acreditar la circunstancia de haberse hecho la comunicación.

Si algún interviniente probare que, derivado de la deficiencia de la comunicación, no pudo ejercer un derecho o desarrollar una actividad dentro del plazo legal, puede solicitar un nuevo plazo, solicitud a la que se le aplicará el art. 17 CPP.

Citación: si, para el desarrollo de su investigación, el fiscal necesita la comparecencia de alguna persona, puede citarla por cualquier medio idóneo. En el caso de que el citado no comparezca, puede el fiscal pedir autorización al juez de garantía para conducirlo compulsivamente ante él. Una excepción a esta posibilidad de recabar la comparecencia personal, se consagra respecto de aquellas personas o autoridades que están exentas de la obligación de comparecer a declarar como testigos, según el art. 300 CPP (ellas deponen en la forma prevista por el art. 301 CPP, es decir, donde ejercen sus funciones, en su domicilio, o por informe), como se verá más adelante.

D. NOTIFICACIONES Y CITACIONES JUDICIALES

Se regulan en los arts. 24 a 33. Agruparemos algunas normas en esta materia, para efectos de su comprensión:

1) Funcionarios habilitados

Se establece (art. 24 CPP) que las resoluciones judiciales serán notificadas por los funcionarios del tribunal que las hubiere expedido (empleados que serán designados, para tales fines, por el juez presidente del Comité de Jueces, a proposición del administrador del tribunal respectivo).

El tribunal puede ordenar que una o más notificaciones determinadas sean practicadas por otro ministro de fe o, en casos calificados y por resolución fundada, por un agente de la policía.

2) Contenido (art. 25 CPP)

Copia íntegra de la resolución, a menos que la ley expresamente ordene agregar otros antecedentes o que el juez lo estime necesario para la debida información del notificado o para el adecuado ejercicio de sus derechos.

3) Notificación al Ministerio Público (art. 27 CPP)

Se le notificará en sus oficinas, dentro de los límites urbanos donde funciona el tribunal, debiendo informar cualquier cambio de domicilio.

4) Notificación a otros intervinientes (art. 28 CPP)

Si tiene defensor o mandatario constituido en el procedimiento, las notificaciones se harán sólo a éste, a menos que la ley o el tribunal dispusieren que se notifique, también, directamente al interviniente.

Debemos recordar que, según el art. 26 CPP, todos los intervinientes deben fijar domicilio en su primera intervención y comunicar cualquier cambio de éste. A todos se les debe advertir (excepto al imputado puesto en libertad por sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria firme) que, en caso de omisión en el señalamiento de domicilio o inexactitud, las resoluciones serán notificadas por el estado diario.

5) Notificaciones al imputado privado de libertad (art. 29 CPP)

Estas notificaciones deben hacerse en persona, en el establecimiento o recinto en que permaneciere, aunque esté fuera del territorio jurisdiccional del tribunal. Se harán mediante la entrega, por un funcionario y bajo la responsabilidad del jefe del establecimiento, del texto de la resolución respectiva (texto que el tribunal puede remitir, junto a otros antecedentes relevantes, por cualquier medio idóneo, sea fax, correo electrónico u otro). Si el notificado no sabe leer, la resolución le será leída por el funcionario.

Excepcionalmente, por resolución fundada, el tribunal puede disponer que determinadas resoluciones sean notificadas, al privado de libertad, en persona y en el lugar de funcionamiento del tribunal.

En relación con el texto de esta norma del art. 29 CPP, debe dejarse constancia que las opiniones fueron contrapuestas entre la Cámara de Diputados y el Senado, durante la tramitación parlamentaria del CPP. Así, el Senado había propuesto que las notificaciones al imputado privado de libertad se le hicieran en persona, y señaló como lugares en que podían ser practicadas el tribunal o el establecimiento penal en que se encontrare recluido. El rechazo de la Cámara de Diputados, en el tercer trámite constitucional, obedeció al propósito de dar preferencia a las notificaciones en el lugar en que el sujeto se encontrare privado de libertad, a fin de reducir el número de personas que deben ser trasladadas diariamente a los tribunales, que en un 65% responde solamente a la obligación de notificarles las resoluciones denegatorias de libertad, como sucede bajo el texto del actual CPP (1906).

La Comisión Mixta aceptó esta idea, y resolvió establecer la regla general que recién analizamos.

6) Notificación de resoluciones en audiencias (art. 30 CPP)

Las resoluciones pronunciadas durante las audiencias se entienden notificadas a los intervinientes que asistieron o debieron asistir a las mismas. Debe dejarse constancia en el estado diario, pero su omisión no invalida la notificación.

Los interesados siempre pueden pedir copia del registro respectivo.

7) Otras formas de notificación (art. 31 CPP) y normas aplicables (art. 32 CPP): cualquier interviniente puede proponer para sí otras formas de notificación, que el tribunal puede aceptar si las considera suficientemente eficaces y no causan indefensión. En lo no previsto en el párrafo (arts. 24 a 33 CPP), las notificaciones a los intervinientes se rigen por las normas del Título VI, del Libro I, del CPC (arts. 38 a 58 de ese Código).

8) Citaciones judiciales (art. 33 CPP): se aplica esta norma al caso de que fuere necesario citar a alguna persona para llevar a cabo una actuación ante el tribunal. Se les notifica, se les comunica día y hora de la audiencia y se les advierte que su no comparecencia, injustificada, dará lugar a que sean conducidas por medio de la fuerza pública, que quedarán obligadas al pago de las costas que causen y que se les podrá sancionar. Se les indicará que, en caso de impedimento, deberán comunicarlo y justificarlo ante el tribunal, antes de la audiencia, si fuere posible.

El tribunal puede ordenar que el imputado que no compareciere, sin justificación, sea detenido o sometido a prisión preventiva, hasta la realización de la actuación. En el caso de peritos o testigos, éstos pueden ser arrestados hasta que se lleve a efecto la actuación (por un máximo de 24 horas) y, además, imponérseles una multa de hasta 15 UTM.

Si la comparecencia no justificada es del fiscal o defensor se les puede aplicar una suspensión del ejercicio de la profesión hasta de dos meses, de acuerdo con el procedimiento del art. 287 CPP.

E. RESOLUCIONES Y OTRAS ACTUACIONES JUDICIALES

(ARTS. 34 A 38 CPP)

En esta materia destacaremos:

a) Nulidad de las actuaciones delegadas (art. 35 CPP)

Se establece expresamente que la delegación de funciones en empleados subalternos del tribunal para realizar actuaciones que requieran, según las leyes, la intervención del juez, produce la nulidad de las mismas.

b) Fundamentación (art. 36 CPP)

Todas las resoluciones del tribunal deben ser fundamentadas, salvo las que se pronuncian sobre cuestiones de mero trámite. La fundamentación debe expresar sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y de derecho en que se basan las decisiones.

No sustituye la adecuada fundamentación, la mera relación de los documentos del procedimiento, la mención de los medios de prueba o de las solicitudes de los intervinientes, según sea el caso.

c) Firma (art. 37 CPP)

Es importante que si algún juez no pudiere firmar una resolución, se deja constancia del impedimento. Empero, basta el registro de la audiencia respecto de las resoluciones que se dicten en ella.

d) Plazos generales para dictarlas (art. 38 CPP)

Las cuestiones que se debatan en una audiencia, deben ser resueltas en ella. Las presentaciones escritas serán resueltas por el tribunal, antes de las 24 horas siguientes a su recepción.

F. REGISTRO DE LAS ACTUACIONES JUDICIALES

(ARTS. 39 A 44 CPP)

Se consagra el principio de que, de las actuaciones realizadas por o ante el juez de garantía o el tribunal del juicio oral, se levanta un registro.

Las sentencias y demás resoluciones de los tribunales serán registradas íntegramente. El registro se efectuará por cualquier medio apto para producir fe, que permita garantizar la conservación y reproducción del contenido. (Recordemos que, en el Proyecto de Código Procesal Penal se hablaba de “acta”, por lo que se ampliaron las formas posibles de registros). En relación con ello, debe dejarse constancia que la Corte Suprema (por acuerdo de Tribunal Pleno de 24 de noviembre de 2000) se pronunció a favor de la estenotipia como sistema de registro el que, sin embargo, depende para su utilización efectiva de equipos y funcionarios capacitados por lo que, hasta el momento, no ha comenzado a usarse.

Existe una diferencia entre el registro de las actuaciones ante el Juez de Garantía y el registro de las realizadas en el juicio oral (sin perjuicio de que las normas de este último se aplican a la audiencia de preparación del juicio oral, no obstante celebrarse ante el mismo juez de garantía). Esta diferencia estriba en que de las actuaciones hechas ante el juez unipersonal, con la excepción antedicha, se hace un registro en forma resumida (art. 40 CPP); en cambio, el juicio oral y la audiencia de preparación de éste, deben ser registrados en forma íntegra (art. 41 CPP).

Se regula el valor del registro del juicio oral (art. 42 CPP) señalando que demostrará el modo en que se hubiere desarrollado la audiencia, la observancia de las formalidades, las personas que intervinieron y los actos llevados a cabo. Sin embargo, se expresa que esto es sin perjuicio del art. 359 CPP. Ello porque, en el caso del recurso de nulidad, se puede rendir prueba para acreditar la causal respectiva, causal que podría, por ejemplo, basarse en una circunstancia no consignada en el registro del juicio o mal registrada, lo que resulta lógico si se examinan las causales del recurso, como se hará más adelante.

Se regula la conservación de los registros (art. 43 CPP), la forma de reemplazar el contenido de un registro dañado, la posibilidad de dictar nuevamente ciertas resoluciones si no hubiese copia fiel, o repetir actuaciones, etc. En todo caso, se establece que no deberán dictarse nuevamente las resoluciones o repetir las actuaciones que sean el antecedente de resoluciones conocidas o en ejecución.

Se establece que los intervinientes siempre tendrán acceso a los registros, salvo las excepciones legales (por ejemplo, las hipótesis de actuaciones, documentos o registros declarados secretos por el fiscal, de acuerdo al art. 182 CPP).

Los terceros también podrán consultar los registros, a menos que el tribunal restrinja el acceso, para no afectar la investigación o el principio de inocencia. Se norma expresamente que, en todo caso, los registros serán públicos transcurridos cinco años desde que se realizó la actuación en ellos consignada.

Se señala que el funcionario competente del tribunal, dará copias fieles de los registros, según lo antes expuesto y que, además, certificará si se dedujeron recursos contra la sentencia definitiva.

G. COSTAS (ARTS. 45 A 51 CPP)

Las costas del procedimiento comprenden tanto las procesales, como las personales.

Las costas serán de cargo del condenado. También deberán soportar las costas la víctima que abandonare la acción civil (respecto de las costas que su intervención como parte civil hubiere causado) y el querellante que abandonare la querrela. No obstante el tribunal, por resolución fundada, podrá eximir total o parcialmente del pago a quien deba soportarlo.

Si el imputado es absuelto o sobreseído definitivamente, el Ministerio Público será condenado en costas, salvo el caso de que hubiese acusado cumpliendo la orden judicial del art. 462 CPP (caso en el cual la intención primitiva del fiscal era requerir una medida de seguridad para el caso del inimputable contemplado en el art. 10 N° 1 del Código Penal y el juez, rechazando tal requerimiento, lo obligó a acusar). También podrá condenarse en costas al querellante.

Se establece que los fiscales, y los abogados o mandatarios de los intervinientes, no podrán ser condenados al pago de las costas, salvo notorio desconocimiento del derecho o grave negligencia en el desempeño de sus funciones.

[En relación con el cobro de las costas, debe dejarse constancia de algunas situaciones que podrían plantearse, a saber:

a) Sentencia de condena que favorece al Ministerio Público. Este tipo de resoluciones se rige para su cumplimiento por las normas generales del CPC, constituyendo las sumas que, eventualmente, se perciban ingresos públicos, debiendo ingresarse en arcas fiscales. En tales hipótesis debería intervenir el Ministerio Público. Empero, si se busca el cumplimiento de la resolución condenatoria en costas con posterioridad al plazo de un año que se establece en el artículo 233 del CPC, debería intervenir el Consejo de Defensa del Estado (CDE) en el nuevo juicio que se origine, previa información y solicitud del Ministerio Público.

2) Sentencias que condenan al Ministerio Público al pago de las costas

En este supuesto, el sujeto pasivo de la obligación de satisfacer las costas evaluadas es, en definitiva, el Fisco de Chile. Por ende, la resolución que condene al Ministerio Público al pago de las costas debe sujetarse, para su cumplimiento, a lo dispuesto por el artículo 752 del CPC. Consecuencia de lo anterior es que debe intervenir el CDE, de acuerdo a lo establecido en el artículo 59 de su Ley Orgánica.

3) Sentencias que condenan a los fiscales al pago de las costas

En esta hipótesis el sujeto obligado a soportar el pago es el funcionario que desconoce gravemente el derecho o ha sido negligente en el desempeño de sus funciones, como persona natural, con su patrimonio, y no el Fisco. Por ende, no cabe participación del CDE].

Finalmente, y respecto a los gastos, se establece que, si fuere necesario realizar alguno cuyo pago corresponda a los intervinientes, el tribunal estimará su monto y dispondrá su consignación anticipada.

H. NORMAS SUPLETORIAS (ART. 52 CPP)

Serán aplicables al nuevo procedimiento penal, en cuanto no se opongan a los preceptos del CPP, o a otras leyes especiales, las “normas comunes a todo procedimiento”, del Libro I del CPC.

2. SUJETOS PROCESALES E INTERVINIENTES

2.1. Ministerio Público

A. GENERALIDADES

El Código Procesal Penal encarga la tarea de investigar al Ministerio Público, organismo que se concibe como autónomo del Poder Judicial, y que será el destinatario de las denuncias y querellas (aunque éstas últimas deben presentarse ante el juez de garantía, y serán derivadas, posteriormente, al Ministerio Público) que tengan por objeto poner en movimiento el sistema procesal penal, sin perjuicio de su facultad de iniciar el procedimiento por su propia iniciativa.

Es el Ministerio Público el responsable del destino y éxito de la investigación, el que dispondrá las diligencias necesarias y que considere adecuadas. Se relacionará con la policía, quien está sujeta a su dirección, aunque sin alterar su dependencia orgánica, como se explicará.

Estructurándose el proceso como una contradicción entre partes acusadora (que será ahora el Fiscal) y acusada, todas las investigaciones y actividades del Ministerio Público que sean realizadas durante la investigación, tienen por finalidad preparar la acusación, pero no constituyen pruebas. Sólo son pruebas válidas las producidas y rendidas ante el tribunal de juicio oral, sin perjuicio de calificadas excepciones que se señalan más adelante.

Amén de lo anterior, el Ministerio Público tiene la obligación de dar información y protección a las víctimas de los delitos. A este respecto, el artículo 78 del CPP, prescribe: “Será deber de los fiscales durante todo el procedimiento adoptar medidas, o solicitarlas, en su caso, para proteger a las víctimas de los delitos; facilitar su intervención en el mismo y evitar o disminuir al mínimo cualquier perturbación que hubieren de soportar con ocasión de los trámites en que debieren intervenir

Los fiscales estarán obligados a realizar, entre otras, las siguientes actividades a favor de la víctima:

a) Entregarle información acerca del curso y resultado del procedimiento, de sus derechos y de las actividades que debiere realizar para ejercerlos.

b) Ordenar por sí mismos o solicitar al tribunal, en su caso, las medidas destinadas a la protección de la víctima y su familia frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados.

c) Informarle sobre su eventual derecho a indemnización y la forma de impetrarlo, y remitir los antecedentes, cuando correspondiere, al organismo del Estado que tuviere a su cargo la representación de la víctima en el ejercicio de las respectivas acciones civiles.

d) Escuchar a la víctima antes de solicitar o resolver la suspensión del procedimiento o su terminación por cualquier causa.

Si la víctima hubiere designado abogado, el Ministerio Público estará obligado a realizar también a su respecto las actividades señaladas en las letras a) y d) precedentes”.

En relación con la manera de actuar por parte del Ministerio Público se le impone la OBJETIVIDAD en ella; así el artículo 3° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, refiere que: “En el ejercicio de su función, los fiscales del Ministerio Público adecuarán sus actos a un criterio objetivo, velando únicamente por la correcta aplicación de la ley...”.

Asimismo, la segunda parte del artículo 3° mencionado, consagra una norma idéntica al actual artículo 109 del Código de Procedimiento Penal. Empero, tal norma, al vincularse con ese criterio objetivo y dentro de la estructura del nuevo procedimiento, adquiere un real sentido al obligar a que el fiscal a cargo del caso investigue, con igual celo, tanto los hechos y circunstancias que fundan o agravan la responsabilidad del imputado, como los que le eximen de ella o la extinguen o atenúan.

Volveremos sobre la forma de actuar del Ministerio Público, más adelante.

B. ORGANIZACIÓN

Con el fin de introducir en la legislación chilena la figura del Ministerio Público, con el concepto que el nuevo procedimiento penal le confiere, se han debido, y se deberán modificar todavía, diversas normas vigentes. Sin embargo, la estructura del organismo y sus funciones, se contienen, básicamente, en dos grupos de disposiciones, a saber:

1) Constitución Política de la República

Mediante la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519 (publicada en el Diario Oficial de 16 de septiembre de 1997), se agregó a la Carta Fundamental un capítulo nuevo, el Capítulo VI-A, que se denomina “Ministerio Público” y que está formado por los artículos 80 A a 80 H. Estas normas son texto constitucional vigente, y su contenido será analizado luego.³³

2) Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público (LOCMP)

Esta normativa se traduce en la ley N° 19.640, publicada en el Diario Oficial de 15 de octubre de 1999.

Del juego de ambos grupos de normas se desprenden las funciones, atribuciones, características, ubicación institucional y organización interna del Ministerio Público las que, someramente, pasamos a resumir:

a) En primer lugar se dispone claramente que el Ministerio Público es un organismo autónomo y jerarquizado que dirigirá en forma exclusiva la investigación de hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado y que, en su caso, ejercerá la acción penal pública. Asimismo, le corresponderá la adopción de medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En caso alguno podrá ejercer funciones jurisdiccionales (art. 80 A CPR y art. 1° LOCMP).

Este organismo no está sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema. En todo caso, el Fiscal Nacional tendrá tal superintendencia, respecto del Ministerio Público, de acuerdo a las normas de la LOCMP (art. 80 I CPR).

[Sobre la ubicación dentro del ordenamiento jurídico, existen en el Derecho Comparado dos modelos posibles. Uno, que ubica al Ministerio Público como un ente fuera de los poderes Ejecutivo o Judicial, lo que busca evitar dos peligros: el de “judicialización” y el de “politización”. Esta forma de organización la encontramos, entre otros países, en Bolivia (establecido por la Constitución de 1967), Perú (Constitución de 1993), Argentina, etc.

El otro modelo consiste en ubicar al Ministerio Público como un organismo inserto o dependiente de los poderes citados, con mayor o menor autonomía funcional. Entre los países que adoptan esta posibilidad están Brasil (Constitución de 1998), Colombia (Constitución de 1991), México (Constitución de 1917), España (Constitución de 1978, Título VI, dedicado al Poder Judicial), Grecia (según ley N° 1.756-1989, donde es una autoridad judicial, funcionalmente independiente, tanto de los tribunales como del Poder Ejecutivo), etc.].³⁴

b) En segundo lugar, y consecuencia lógica de la función del Ministerio Público, es que se estatuye su facultad de imperio, esto es, podrá impartir órdenes directas a la fuerza pública, debiendo la policía cumplir sin más trámite su mandato, no pudiendo calificar el fundamento, oportunidad, ni la legalidad o justicia del mismo. Sin embargo, ciertas actuaciones (las que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos asegurados en la Constitución o los restrinjan o perturben) requerirán de autorización judicial previa. Sólo en esos casos, la autoridad policial requerida podrá recabar la exhibición de dicha autorización judicial.

También se adecuan las normas constitucionales con el fin de diferenciar el actual Ministerio Público de carácter judicial (fiscales de las Cortes de Apelaciones y fiscal de la Corte Suprema) del nuevo Ministerio Público que se introduce

³³ Para los antecedentes y discusión legislativa de esta Ley de Reforma:

a) “Ministerio Público. Antecedentes de la Reforma Constitucional”. PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Editorial Jurídica ConoSur. Octubre 1997. 147 págs, y

b) Constitución Política de la República de Chile. Edición Especial. Leyes Anotadas y Concordadas. Diario Oficial de la República de Chile. Marzo de 1999, págs. 74 a 85.

³⁴ Ver:

a) PFEFFER U., EMILIO. Op. Cit. Anexo I, página 103 y ss., y

b) “Las funciones del Ministerio Público en las Constituciones Centroamericanas”. CRUZ CASTRO, FERNANDO. En: “Pena y Estado”. N° 2, “Ministerio Público”. Editores del Puerto. Buenos Aires 1997.

(arts. 75 y 78 CPR). Asimismo, la ley N° 19.665 modificó el Código Orgánico de Tribunales en esta materia, concordándolo con la nueva normativa.

c) En lo relacionado propiamente con la organización del Ministerio Público, éste se organizará en una Fiscalía Nacional, 16 Fiscalías Regionales –una por cada región del país y cuatro en la Región Metropolitana– (art. 80 D CPR, en relación con arts. 12 y 28 LOCMP), Fiscalías Locales (art. 38 LOCMP) y un Consejo General que, básicamente, actuará como órgano asesor del Fiscal Nacional (art. 24 LOCMP).

i) Fiscal Nacional

Es el jefe superior del Ministerio Público y responsable de su buen funcionamiento. Es nombrado por el Presidente de la República quien lo designa sobre la base de una propuesta en quina de la Corte Suprema y requiere el acuerdo del Senado, por los dos tercios de sus miembros en ejercicio, en sesión especialmente convocada al efecto. Para formar la quina debe llamarse a concurso público de antecedentes (art. 80 E CPR, en relación con art. 15 LOCMP).

Si el Senado no aprueba el nombramiento del Presidente, la Corte Suprema completa la quina con otro nombre, que sustituye al rechazado, y se repite el procedimiento (art. 80 C CPR, en relación con arts. 13 a 23 LOCMP).

El Fiscal Nacional así elegido dura 10 años en el cargo, no puede ser reelegido para el período inmediatamente siguiente y no puede ser removido, salvo por la Corte Suprema, ante requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones. La Corte Suprema debe conocer del asunto en pleno especialmente convocado al efecto y, para acordar la remoción, debe reunir el voto conforme de los cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio (art. 80 G CPR).

El Fiscal Nacional sólo por excepción y de oficio, podrá asumir la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos respecto de determinados hechos que se estimen constitutivos de delito. Ello podrá ocurrir si la investidura de los involucrados –como imputados o víctimas– lo hace necesario, para garantizar que dichas tareas se cumplirán con absoluta independencia y autonomía (art. 18 LOCMP).

Entre las funciones del Fiscal Nacional, reglamentadas fundamentalmente en el art. 17 de la LOCMP, están:

– Fijar los criterios de actuación del Ministerio Público, para el cumplimiento de sus objetivos constitucionales y legales, oyendo previamente al Consejo General;

– Ejercer la potestad reglamentaria y la disciplinaria en conformidad a la ley;

– Dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de la tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, del ejercicio de la acción penal y de la protección de las víctimas y testigos (en relación con esta facultad debe tenerse presente que no podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, salvo el caso del art. 18 LOCMP. En relación con ello vid. in-fra G.3);

– Nombrar y solicitar la remoción de los fiscales regionales;

– Resolver las dificultades que se susciten entre estos funcionarios, en el ejercicio de sus funciones procedimentales, pudiendo disponer qué fiscalía regional realizará tales actividades o disponer medidas de coordinación, etc.

Además, existe una importante función que se ejercerá previo informe del Consejo General, cual es la de crear unidades especializadas para la persecución de determinados delitos. La LOCMP señala que deberá crearse, al menos, una unidad especializada para investigar los delitos tipificados en la Ley N° 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (ya constituida y funcionando actualmente. Amén de la anterior se han creado otras unidades, concretamente para combatir el “lavado de dinero” y el crimen organizado y relativa a delitos “económicos” y contra la probidad funcionaria). Dichas unidades especializadas estarán dirigidas por un Director, designado por el Fiscal Nacional oyendo al Consejo General, que tendrá como función colaborar y asesorar a los fiscales a cargo de la dirección de la investigación de determinada categoría de delitos, de acuerdo con las instrucciones que al efecto dicte el Fiscal Nacional.

Según el art. 19 LOCMP, el Fiscal Nacional puede disponer, de oficio y de manera excepcional, que un determinado Fiscal Regional asuma la dirección de la investigación, el ejercicio de la acción penal pública y la protección de las víctimas o testigos, en relación con hechos delictivos que lo hicieren necesario por su gravedad o por la complejidad de su investigación.

De la misma manera recién señalada, podrá disponer que un Fiscal Regional, distinto de aquél en cuyo territorio se hubieren perpetrado los hechos, tome a su cargo las tareas antes aludidas, cuando la necesidad de operar en varias regiones así lo exigiere.

Junto a las funciones antes expresadas, el Fiscal Nacional también deberá, anualmente y en el mes de abril, rendir cuenta, personalmente y en audiencia pública, de las actividades del Ministerio Público, en los términos del art. 21 LOCMP. En dicha audiencia, además, dará a conocer los criterios de actuación del organismo que se aplicarán durante el año siguiente.

Para ser nombrado Fiscal Nacional se requiere tener a lo menos 10 años de título de abogado, haber cumplido 40 años de edad, ser ciudadano chileno con derecho a sufragio y no encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades que previene la ley (art. 14 LOCMP).

Finalmente, debe tenerse presente que al Fiscal Nacional, a los Fiscales Regionales y a los adjuntos se les aplica el art. 78 de la CPR (por disposición del art. 80 H CPR). Vale decir, que ninguno de ellos puede ser aprehendido sin orden del

tribunal competente, salvo el caso de crimen o simple delito flagrante y sólo para ponerlos inmediatamente a disposición del tribunal que deba conocer del asunto de que se trate, según la ley.

ii) Consejo General

Lo forman el Fiscal Nacional, quien lo preside, y los Fiscales Regionales. Sus funciones básicas se regulan en el art. 25 LOCMP. Sesionará ordinariamente, al menos, cuatro veces al año y, extraordinariamente, cuando lo convoque el Fiscal Nacional.

iii) Fiscalías Regionales

Siguiendo con la estructura jerárquica del Ministerio Público se encuentran los Fiscales Regionales. A ellos corresponde el ejercicio de las funciones y atribuciones del Ministerio Público en la región o parte de región que corresponde a la Fiscalía a su cargo sea por sí o por medio de los fiscales adjuntos que se encuentren bajo su dependencia (art. 27 LOCMP).

Los Fiscales Regionales son designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna de la Corte de Apelaciones respectiva de cada región. Si en ésta existiere más de una Corte de Apelaciones, la terna será formada por un pleno conjunto de todas ellas, convocado especialmente al efecto por el Presidente de la Corte de más antigua creación. Para formar la terna se llama a concurso público de antecedentes (ver arts. 80 D y 80 E CPR; y art. 29 LOCMP).

En este punto debemos tener presente la modificación introducida por la ley N° 19.762, que agregó un inciso final nuevo al artículo 29 de la LOCMP, que dispone: “En el caso de la Región Metropolitana de Santiago, si debieren proveerse dos o más cargos de Fiscal Regional, se efectuará un solo concurso público. Los postulantes indicarán el cargo en el que se interesaren y, si nada manifestaren, se entenderá que optan a todos ellos. El pleno conjunto de las Cortes de Apelaciones de Santiago y de San Miguel elaborará las ternas en series de dos, de manera que sólo una vez resuelta la primera serie por el Fiscal Nacional, se proceda a confeccionar la siguiente serie. Las propuestas se harán conforme al orden en que éste hubiere determinado la sede y la distribución territorial de las fiscalías. En lo demás se aplicarán las reglas establecidas en los incisos precedentes”.

Estos funcionarios duran 10 años en sus funciones, no pueden ser designados nuevamente por el período siguiente, lo que no obsta a que puedan ser nombrados en otro cargo del Ministerio Público, y cesan en su cargo al cumplir 75 años de edad.

Los Fiscales Regionales podrán ser removidos de forma análoga al Fiscal Nacional, pero su remoción puede también ser solicitada por este último.

Para ser nombrado en este cargo se requiere ser ciudadano chileno con derecho a sufragio, tener a lo menos cinco años el título de abogado, haber cumplido 30 años de edad y no tener incapacidades o inhabilidades legales (art. 31 LOCMP).

iv) Fiscalías Locales y los fiscales adjuntos

(Arts. 38 a 44 LOCMP). Las primeras son las unidades operativas de las Fiscalías Regionales, para el cumplimiento de las tareas de persecución penal y demás citadas.

Estas unidades cuentan con los fiscales adjuntos, otros profesionales y personal de apoyo. Según el actual texto del art. 38 (modificado por la ley N° 19.806), cada Fiscalía Local estará integrada por uno o más fiscales adjuntos, que serán designados por el Fiscal Nacional, a propuesta del Fiscal Regional. Si la fiscalía local cuenta con dos o más fiscales adjuntos, el Fiscal Regional asignará a uno de ellos el desempeño de labores de jefatura, las que realizará, con la denominación de fiscal adjunto jefe, mientras cuente con la confianza de dicho Fiscal Regional.

La ubicación de estas fiscalías, dentro del territorio de cada Fiscalía Regional, es determinada por el Fiscal Nacional, a propuesta del Fiscal Regional respectivo, atendiendo a la carga de trabajo, la extensión territorial, la facilidad de las comunicaciones y la eficiencia en el uso de los recursos.

En la base de la estructura están los Fiscales Adjuntos. Ellos ejercerán directamente las funciones y atribuciones del Ministerio Público en los casos que se les asignen. Son designados por el Fiscal Nacional, a propuesta en terna del Fiscal Regional respectivo, la que se formará por concurso público.

Para ser nombrado Fiscal Adjunto se requiere ser ciudadano chileno con derecho a sufragio, tener el título de abogado y no estar sujeto a incapacidades e incompatibilidades previstas en la ley. También cesan en su cargo al cumplir 75 años de edad.

Existirá un número de Fiscales Adjuntos que no podrá exceder de 625 en el país y, en los procesos en que investiguen podrán realizar actuaciones y diligencias en todo el territorio nacional, de conformidad a las normas generales que establezca el Fiscal Nacional (arts. 40 y 72 LOCMP). En lo relativo a la distribución del trabajo entre ellos, ésta la hace el fiscal adjunto jefe, conforme a las instrucciones del Fiscal Nacional (siempre tomando en cuenta criterios objetivos, tales como la carga de trabajo, la especialización y la experiencia).

En el evento que la fiscalía local cuenta con un solo fiscal adjunto, el Fiscal Regional debe determinar el ayudante del fiscal adjunto que lo subrogará cuando, por cualquier motivo, no pueda desempeñar el cargo (según el nuevo inciso segundo del art. 40, introducido por la ley N° 19.806).

v) Unidades administrativas

El Ministerio Público, dentro de la Fiscalía Nacional, contará con seis unidades administrativas, bajo el nombre de “División”. Un Director Ejecutivo Nacional las organizará y supervisará, sobre la base de las instrucciones generales que

dicte el Fiscal Nacional. Importante resulta la “División de Atención a las Víctimas y Testigos”, que tiene por objeto velar por el cumplimiento de las tareas que, a este respecto, le encomienda al Ministerio Público la Ley Procesal Penal.

Tanto el Director Ejecutivo Nacional como los jefes de las unidades administrativas son funcionarios de la exclusiva confianza del Fiscal Nacional.

C. FUNCIONES

Éstas se regulan en el art. 80 A de la CPR y en al art. 1° de la LOCOMP. Sin perjuicio de haber anticipado algo y eventuales repeticiones, y para efectos de claridad en la exposición, señalaremos que según estas normas las funciones principales del Ministerio Público son: dirigir en forma exclusiva la investigación en materia penal (investigación que se extiende a los hechos constitutivos de delito, los que determinen la participación punible y los que acrediten la inocencia del imputado; ejercer, en su caso, la acción penal pública en la forma prevista por la ley; y adoptar medidas para proteger a las víctimas y los testigos.

La primera de las funciones señaladas consagra el hecho claro de que la etapa de investigación del nuevo procedimiento penal chileno está a cargo en forma exclusiva del fiscal designado en cada caso. Obviamente y salvo alguna excepción, los fiscales no serán los que, directamente, realicen la labor técnica de investigación; para ello existe la policía. Empero, como veremos, sí recae sobre el Ministerio Público la responsabilidad del diseño de una forma de abordar la etapa de investigación, obrando conjuntamente con los agentes policiales, y enfocar lo que se obtenga, dándole un “sustrato” jurídico, hacia la realización de un juicio oral o la adopción de otra forma de término del procedimiento. Es, como se ha dicho, una “dirección funcional”.³⁵

Al respecto debe recordarse que, al adoptarse esta estructura del procedimiento, en que es el Ministerio Público el que dirige la investigación, no se acogió la idea planteada por algunos en Chile, respecto de que se estableciese la figura del “juez instructor”. En todo caso, lo importante es que el Ministerio Público estatuido en el nuevo procedimiento penal, viene a liberar a los jueces de la investigación, logrando que la controle y tome las decisiones netamente jurisdiccionales.³⁶

La segunda función del Ministerio Público, según las normas aludidas, es ejercer la acción penal pública, en su caso, según la ley. En principio podríamos aludir a un “monopolio” de tal acción penal por parte del organismo; sin embargo, no podemos olvidar que, dentro del nuevo procedimiento penal, se ha mantenido la figura del querellante, que puede adherirse al libelo de acusación del fiscal o presentar acusación particular (incluso, en el evento de que el Fiscal respectivo no desee acusar, puede lograr del Juez de Garantía que remita los antecedentes a los superiores de aquél a fin de que se acuse o, si el Ministerio Público insiste en su posición de no hacerlo, puede lograr tomar el lugar de éste. Hipótesis que analizaremos más adelante, del art. 258 CPP).

La tercera función es la de adoptar medidas para proteger a las víctimas y a los testigos. En relación a la víctima, ya transcribimos el art. 78 CPP, que impone tal obligación, señalando a título ejemplar una serie de actividades que debe realizar el Ministerio Público para el logro de estos fines. Esta función refleja la tendencia, cada vez mayor en el mundo, de poner a la víctima y a sus intereses como elemento fundamental del procedimiento penal, otorgándole el carácter de sujeto procesal por el solo hecho de ser directamente afectada por el delito, lo que se recoge en el nuevo CPP. Por otro lado, busca asegurar que la víctima colabore con el procedimiento y comparezca al mismo.

En lo referido a los testigos, el art. 308 CPP, inciso 2°, señala que el organismo referido, de oficio o a petición de parte, adoptará las medidas que fueren procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección. Asimismo, tiene atribuciones en esta materia el tribunal respectivo, pudiendo obviamente solicitar las medidas el fiscal correspondiente, u obrar el órgano jurisdiccional de propia iniciativa.

[En relación con ello, y profusamente citado por el cine y la televisión, uno de los sistemas de protección de testigos más conocido es el del sistema federal estadounidense, que otorga facultades en la materia al Fiscal del caso (que depende del Departamento de Justicia). En el país del norte la protección puede tomar una de varias formas, dependiendo de la naturaleza de la amenaza que se cierna sobre el deponente, así: “puede detenerse al acusado nuevamente si la amenaza ha sido hecha por él directamente al estar en libertad esperando su juicio. En este caso no sólo se revoca la fianza, sino que se le acusa nuevamente por obstrucción de la justicia.

La alternativa más drástica es reubicar al testigo y sus familiares. Esta se produce cuando ciertamente hay un peligro de muerte del testigo o de uno de sus familiares, como ha ocurrido en casos contra miembros de la Cosa Nostra. En esos casos, se le provee una identidad nueva al testigo y su familia para que puedan comenzar otra vida en un sitio seguro. Al presente (1994) hay aproximadamente 6.000 testigos bajo algún tipo de protección. Esto incluye testigos que están en presidio purgando una pena”].³⁷

³⁵ Véase: BINDER, ALBERTO: “Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal”. En: *“El Ministerio Público para una nueva justicia criminal”*. Fundación Paz Ciudadana. CPU. 1994, págs. 65-88.

³⁶ Véase: BINDER, ALBERTO: “Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal”. En: *“El Ministerio Público para una nueva justicia criminal”*. Fundación Paz Ciudadana. CPU. 1994, págs. 65-88.

³⁷ RÍOS TORRES, JORGE. “Procesos Penales en los Estados Unidos”. En: *“El Ministerio Público para...”*. Fundación Paz Ciudadana. CPU. 1994. Op. Cit.

D. PRINCIPIOS³⁸

De las normas que regulan el Ministerio Público, se pueden desprender una serie de principios que informan su estructura y/o sus funciones. Evidentemente, algunos de ellos se encuentran más desarrollados, en su concreción normativa, que otros, los cuales requerirán un desarrollo y elaboración posterior.

Estos principios básicos son, principalmente, los siguientes:

1) Principio de unidad

Se encuentra recogido en el art. 2º de la LOCMP, que prescribe que el Ministerio Público realizará sus actuaciones procesales a través de cualquiera de los fiscales que, con sujeción a la ley, intervengan en ellas. Es decir, en el caso de que actúe un fiscal se entiende que es el total de la institución la que se encuentra actuando en esa diligencia específica.

No existen, por ende, la “radicación” de casos en fiscales determinados, ni competencias territoriales predeterminadas o inmutables lo que, en caso alguno y como hemos analizado, condiciona o limita la distribución interna de la carga de trabajo, atendida la división regional del organismo. También debe considerarse, relacionado con este principio, el art. 40 de la LOCMP, que ya citamos, el cual dispone que los fiscales adjuntos pueden realizar actuaciones y diligencias en todo el territorio del país.

2) Objetividad

Ya aludimos a las normas que consagran este principio, a saber: el art. 80 A de la CPR y el art. 3º de la LOCMP (en la letra A) de este acápite). Este criterio parece acercarse al rol de “garante” de la legalidad que, dentro de las opciones posibles de construcción del Ministerio Público, algunos le han atribuido, desplazando la función unilateral de persecución a la de “custodio” de la ley.

Concebirlo de tal manera implicaría atribuir al fiscal la tarea de “velar, en favor del imputado, porque se obtengan las pruebas de descargo y porque ninguno de sus derechos procesales sea menoscabado”³⁹, lo que, unido al tenor del inciso 2º del art. 3º de la LOCMP, podría llevar a un “desperfilamiento” de los otros intervinientes (piénsese en el defensor) y a una posible “relajación” de los controles que, los tribunales, deben tener sobre el actuar del Ministerio Público.

En palabras de un autor chileno: “...en virtud de este principio el Ministerio Público debe chequear mediante su investigación hipótesis fácticas de exclusión o atenuación de responsabilidad plausibles y serias, argumentadas por la defensa, con el objetivo de confirmarlas o descartarlas, pero no resultaría razonable que investigara todas y cada una de las hipótesis posibles si ellas no tienen un sustento en su propia investigación. Por otra parte, este principio debiera imponer un deber de lealtad del Ministerio Público para con la defensa, que se traduce, entre otras manifestaciones, en que éste no debe esconder información disponible que pueda favorecer a ésta; y en su deber de mostrar sus cartas en forma oportuna para que la defensa pueda prepararse adecuadamente. Finalmente, este principio debiera imponer el deber del Ministerio Público de actuar de buena fe durante todo el desarrollo del procedimiento, evitando que las reglas de un juego justo sean vulneradas. Además todo esto debe ser complementado con la vigencia del principio de legalidad o sujeción a la ley de los funcionarios del Ministerio Público, según el cual ellos no debieran realizar actuaciones que afecten normas constitucionales y legales”.⁴⁰

3) Principio de control y responsabilidad

Según éste el Ministerio Público y los fiscales que lo forman está sujeto a un conjunto de controles de diversa índole. Estos controles y/o contrapesos a su actuación están contemplados en la CPR, en la LOCMP, en el CPP y en el Código Orgánico de Tribunales (COT). Asimismo, la CPR y la LOCMP establecen responsabilidades civiles, penales, administrativas y políticas para las distintas categorías de fiscales. Volveremos sobre este tema, sin perjuicio de señalar que la regla general en esta materia se consagra en el art. 45 de la LOCMP: “Los fiscales del Ministerio Público tendrán responsabilidad civil, disciplinaria y penal por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones...”.

4) Principio de interdicción de funciones jurisdiccionales

Este principio se recoge en los arts. 80 A de la CPR (incisos 1º y 3º), 1º parte final y 4º de la LOCMP. El Ministerio Público no puede ejercer funciones jurisdiccionales, las que son privativas de los tribunales de justicia. Incluso más, la realización de actuaciones que priven al imputado o a terceros del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restrinjan o perturben, requerirá siempre de aprobación judicial previa (por ejemplo una entrada y registro, una interceptación de comunicaciones telefónicas, etc.).

5) Principio de eficacia, eficiencia, coordinación y agilidad procedimental

Establecido en el art. 6º LOCMP, en los siguientes términos: “Los fiscales y funcionarios del Ministerio Público deberán velar por la eficiente e idónea administración de los recursos y bienes públicos y por el debido cumplimiento de sus funciones.

Los fiscales deberán cumplir sus cometidos coordinadamente y propender a la unidad de acción, evitando la duplicación o interferencia de funciones.

Los procedimientos del Ministerio Público deberán ser ágiles y expeditos, sin más formalidades que las que establezcan las leyes y procurarán la simplificación y rapidez de sus actuaciones”.

³⁸ Seguimos, parcialmente, en esta materia el esquema de DUCE J., MAURICIO. “El Ministerio Público en la Reforma Procesal Penal”. En: “*El Nuevo Proceso Penal*”. Cuadernos de Trabajo. UDP marzo 2000; o en: “*El Nuevo Proceso Penal*”. Editorial Jurídica ConoSur. 2000.

³⁹ Al decir de Claus Roxin, citado por BINDER, ALBERTO, en: “*Funciones y Disfunciones...*”. Op. Cit.

⁴⁰ DUCE J., MAURICIO. “*El Ministerio Público en...*”. Op. Cit.

Debemos relacionar este principio con la norma del art. 5° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, cuyos términos son similares y obligan a los organismos públicos, tales como el Ministerio Público. Asimismo, se debe tener presente el artículo 77 de la LOCMP que relaciona el sistema de remuneraciones de los funcionarios del organismo, con la oportunidad y eficiencia del desempeño laboral y las evaluaciones que se hagan.

6) Principio de probidad administrativa y transparencia

Contenido en el art. 8° de la LOCMP y, también, en el art. 9° de la misma ley.

La primera de dichas normas señala que: “los fiscales y los funcionarios del Ministerio Público deberán observar el principio de probidad administrativa”. Según la definición legal este principio (art. 2° de la ley N° 19.653, publicada en el Diario Oficial de 14 de diciembre de 1999, sobre probidad administrativa aplicable a los órganos de la administración del Estado, que modificó la ley N° 18.575), “consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular”.

Consecuente con el establecimiento del principio, el art. 9° de la LOCMP obliga a todos los fiscales a efectuar una declaración jurada de intereses, según el procedimiento allí señalado. Cualquier persona puede obtener copia de ella. En conformidad a las normas de la ley N° 19.653 antes citada, esta declaración “contiene la individualización de las actividades profesionales y económicas” del funcionario. El retardo en su presentación o el incumplimiento de la obligación de actualizarla, será sancionado con multa e, incluso y según el caso, con la remoción (art. 47 LOCMP).

En lo que respecta a la transparencia, el art. 8° de la LOCMP refiere que “la función pública se ejercerá con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en ejercicio de ella”.

Para concretizar aún más el principio antes citado se señala, en la misma norma del artículo 8°, un criterio de publicidad y de acceso a los antecedentes, diciendo que: “son públicos los actos administrativos del Ministerio Público y los documentos que les sirvan de sustento o complemento directo y esencial”. Con todo, se expresa que se podrá denegar la entrega de documentos o antecedentes si fueren requeridos, por causales expresas (como la reserva o secreto establecido por ley, la oposición de terceros, el que la divulgación o entrega afecte sensiblemente los derechos o intereses de terceras personas, según calificación que hará el Fiscal Regional respectivo o, en su caso, el Fiscal Nacional, etc.). Lo recién expuesto concuerda con la norma del art. 7° de la ley N° 19.653.

Amén de lo anterior, deben tenerse presente los arts. 21 y 36 de la LOCMP, que establecen la obligación de rendir cuenta pública anual de su gestión para el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales.

Finalmente, y en forma lógica, se preceptúa que “la publicidad, divulgación e información de los actos relativos a o relacionados con la investigación, el ejercicio de la acción penal y la protección de víctimas y testigos, se regirán por la Ley Procesal Penal” (art. 8°, inciso final LOCMP).

7) Principio de igualdad de acceso

El art. 10 de la LOCMP reza: “Todas las personas que cumplan con los requisitos correspondientes tendrán el derecho de postular en igualdad de condiciones a los empleos del Ministerio Público, conforme a esta ley”. En relación con este principio se establece, en la CPR y en la LOCMP, que la mayoría de los cargos del organismo se proveen mediante concurso público (así, respecto del Fiscal Nacional: arts. 80 E CPR y 15 LOCMP; de los Fiscales Regionales: art. 80 E CPR y 29 LOCMP; de los fiscales adjuntos: art. 80 F CPR y 41 LOCMP, etc.).

Por lo demás, del principio en análisis informa también la ley N° 18.575 (Bases Generales de la Administración del Estado), en su art. 46.

8) Principio de legalidad

Por aplicación del art. 6° de la CPR y las normas que, en general, regulan la actuación de los órganos del Estado, sus titulares e integrantes. Debe considerarse, además, el art. 7° de la CPR y el art. 2° de la ley N° 18.575.

D.1. Sistema de controles y responsabilidades

(En relación con el principio analizado bajo el número 3 de este acápite).

El Ministerio Público tiene diversos sistemas de control. Ellos se pueden caracterizar como de cuatro tipos distintos:

a) Control procesal

Este se ejerce a través de la labor del Juez de Garantía, durante el procedimiento, sea obrando de oficio o a petición de los intervinientes. Por ejemplo, encontramos la necesidad de que ciertas diligencias de la investigación, como se adelantó y se detallará más adelante en el Manual, sean autorizadas previamente por dicho tribunal; que la víctima pueda impugnar ciertas actuaciones del Fiscal (por ejemplo, impedir el archivo provisional, deduciendo querrela); que el querellante pueda impugnar la suspensión condicional del procedimiento; que el Juez de Garantía pueda fijar un plazo para el cierre de la investigación por el fiscal, etc.);

b) Control político

Se refiere a la posibilidad de remoción que pesa sobre el Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, contemplada en el art. 80 G de la CPR y el artículo 53 de la LOCMP.

Por su importancia, transcribiremos esta última norma: “El Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales sólo podrán ser removidos por la Corte Suprema, a requerimiento del Presidente de la República, de la Cámara de Diputados o de diez de sus miembros, por incapacidad, mal comportamiento o negligencia manifiesta en el ejercicio de sus funciones.

La solicitud de remoción señalará con claridad y precisión los hechos que configuren la causal invocada y a ella se acompañarán o se ofrecerán, si fuera el caso, los medios de prueba en que se fundare.

Si la solicitud de remoción no cumpliera estos requisitos, el pleno, convocado al efecto, la declarará inadmisibile en cuenta, sin más trámite.

Admitida a tramitación la solicitud, el Presidente de la Corte Suprema dará traslado de ella al fiscal inculcado, el que deberá ser evacuado dentro de los ocho días hábiles siguientes a la fecha de recepción del oficio respectivo, que le será remitido junto con sus antecedentes por la vía que se estimare más expedita.

Evacuado el traslado o transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente, el Presidente de la Corte citará a una audiencia en que se recibirá la prueba que se hubiere ofrecido y designará el Ministro ante el cual deberá rendirse; efectuadas las diligencias o vencidos los plazos sin que se hubieren evacuado, ordenará traer los autos en relación ante el pleno de la Corte Suprema, especialmente convocado al efecto.

La Corte Suprema sólo podrá decretar medidas para mejor resolver una vez terminada la vista de la causa.

Para acordar la remoción, deberá reunirse el voto conforme de cuatro séptimos de sus miembros en ejercicio.

Cualquiera de las partes podrá comparecer ante la Corte Suprema hasta antes de la vista de la causa.

La remoción de los Fiscales Regionales también podrá ser solicitada por el Fiscal Nacional”.

De la lectura del precepto copiado, surge que la remoción de los funcionarios referidos requiere, hoy en día, del voto conforme de 12 de los 21 integrantes de la Corte Suprema. Algunos han criticado duramente esta “intromisión” del Poder Judicial en la autonomía del Ministerio Público y la vaguedad de las causales que se pueden invocar. La crítica es plausible; sin embargo, atendido el hecho de que (según se desprende del tenor de la CPR) el Fiscal Nacional, por ejemplo, no puede ser acusado constitucionalmente, aparece claro que no es tan “peligrosa” esta facultad que se le concede a la Corte Suprema la que, por lo demás, requiere la intervención de uno de los otros dos poderes del Estado y un quórum bastante alto para ser realidad.

[Durante el debate de la Ley de Reforma Constitucional N° 19.519, que creó el Ministerio Público, se discutió bastante el punto y, finalmente, se consideró que la remoción, en la forma en que quedó acordada, será eficaz solamente en casos en que las infracciones constitutivas de las causales sean gravísimas. Si se tratare de faltas menos graves, o leves, o de errores, la reparación deberá buscarse por la vía administrativa o del derecho común, haciendo efectivas las responsabilidades civiles y penales que pudieren corresponder].⁴¹

c) Control jerárquico

Concretizado en el sistema de controles que a nivel interno realizarán las diversas autoridades del organismo.

El art. 20 de la LOCMP establece que habrá una División de Contraloría Interna, como ya se señaló. Asimismo, debe tenerse especialmente presente el art. 7° de la misma normativa, que consagra un control jerárquico permanente del funcionamiento de las unidades y funcionarios del Ministerio Público, por parte de las autoridades (como la División referida) y jefaturas. El control se extiende tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

Por último, pero no menos importante, es menester considerar el control que pueden ejercer los intervinientes en un proceso, mediante sus reclamaciones de conformidad a la Ley Procesal Penal, las que se sujetan al procedimiento del art. 33 LOCMP, respecto de las actuaciones de los fiscales adjuntos (por escrito ante el Fiscal Regional respectivo, quien resuelve en cinco días hábiles.)

d) Control por parte de la víctima

Ésta tiene un conjunto de facultades y derechos, que se expresan mediante actuaciones en el procedimiento (que podemos encasillar dentro del control procesal, referido en la letra a) o por medio de su reclamo ante las autoridades del Ministerio Público.

En lo que dice relación con las responsabilidades que pueden afectar al Ministerio Público, éstas pueden consistir en:

i) Responsabilidad política

La cual se concretiza en la remoción y, por ende, puede afectar al Fiscal Nacional y los Fiscales Regionales, como ya se revisó;

ii) Responsabilidad penal

La forma en que se plasma ésta se contiene en el art. 46 de la LOCMP, que regula quién debe dirigir las actuaciones del procedimiento destinado a perseguir la responsabilidad penal del funcionario. Ello dependerá del rango de este último. Si se trata del Fiscal Nacional, actuará un Fiscal Regional designado mediante sorteo, en sesión del Consejo General, especialmente convocada y presidida por el Fiscal Regional más antiguo; si aparece involucrado un Fiscal Regional, su par que designe el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General, y si se tratase de un fiscal adjunto, el Fiscal Regional que designe el Fiscal Nacional.

⁴¹ PFEFFER URQUIAGA, EMILIO. Op. Cit.

Si se tratase de perseguir delitos cometidos por un fiscal en el ejercicio de sus funciones, el fiscal a cargo de la investigación deducirá, si procediere, la respectiva querrela de capítulos, según las normas del CPP.

iii) Responsabilidad civil

Se debe analizar el art. 5° de la LOCMP. En efecto, dicha norma señala que el Estado será responsable por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público (nótese la similitud de redacción con el art. 19 N° 7, letra i), de la CPR).

Se establece que la acción para perseguir este tipo de responsabilidad patrimonial prescribirá en cuatro años, contados desde la fecha de la actuación dañina. En todo caso, lo anterior no obsta a la responsabilidad que pudiese afectar al fiscal o funcionario que produjo el daño y, cuando haya mediado culpa grave o dolo de su parte, al derecho del Estado para repetir en su contra. En esta última hipótesis, creemos, se aplicarán las normas comunes del derecho civil, por la responsabilidad extracontractual.

Esta norma debe armonizarse con la del art. 38 de la CPR y la del art. 4° de la ley N° 18.575 (y la discusión, entre la doctrina administrativista, acerca del carácter de esta responsabilidad; objetiva para algunos, subjetiva para otros).

iv) Responsabilidad disciplinaria

Se hará efectiva mediante la aplicación de los arts. 48 a 52 de la LOCMP. El principio básico se recoge en el art. 48 de este cuerpo legal, que señala que la responsabilidad disciplinaria de los fiscales por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones podrá hacerse efectiva por la autoridad superior respectiva, de acuerdo con el procedimiento regulado en los artículos que le siguen.

Así, el art. 49 LOCMP establece las sanciones que pueden imponerse (amonestación privada, censura por escrito, multa, suspensión y remoción).

La más grave de todas, la remoción, se regla en el art. 51 (evidentemente, y de acuerdo a lo ya explicado, esta sanción sólo se aplica a los fiscales adjuntos u otros funcionarios, que no sean el Fiscal Nacional o algún Fiscal Regional). Se detallan las hipótesis en que procedería tal castigo. Finalmente, el art. 52 regula el procedimiento para la aplicación.

E. INHABILITACIÓN DE LOS FISCALES

Se reglamenta en los arts. 54 a 59 de la LOCMP. Si se configura alguna de las causales de inhabilidad del art. 55 LOCMP, el fiscal no podrá dirigir la investigación ni ejercer la acción penal pública respecto de determinados hechos punibles.

Los fiscales deberán informar por escrito a su superior jerárquico la causa de inhabilitación que los afecte, dentro de las 48 horas siguientes a que tomen conocimiento de su existencia. Sin perjuicio de ello, continuarán practicando las diligencias urgentes que sean necesarias para evitar perjuicio a la investigación (art. 56 LOCMP).

Las inhabilitaciones que afecten a un fiscal adjunto, las resuelve el Fiscal Regional respectivo. Las que afecten al Fiscal Regional, el Fiscal Nacional. Y las que pesen sobre el Fiscal Nacional, serán resueltas por tres Fiscales Regionales, designados por sorteo.

Si se rechaza la concurrencia de la causal, el fiscal continuará con la investigación del caso. Si se acoge la causal, se deberá asignar el caso a otro fiscal para que inicie o continúe la tramitación del asunto. La resolución que acoja o rechace la causal de inhabilitación, no es susceptible de reclamación alguna (art. 59 LOCMP).

F. INCAPACIDADES, INCOMPATIBILIDADES Y PROHIBICIONES

Previstas en los arts. 60 a 65 de la LOCMP. Entre las más importantes mencionaremos:

- i) No podrán ser fiscales los que tengan alguna incapacidad o incompatibilidad para ser jueces;
- ii) Las funciones de los fiscales del Ministerio Público son de dedicación exclusiva e incompatibles con toda otra función o empleo remunerado con fondos públicos o privados. Por excepción pueden desempeñar cargos docentes hasta por seis horas semanales;
- iii) A los fiscales les queda prohibido ejercer la profesión de abogado, salvo que estén involucrados sus propios intereses o ciertos parientes cercanos;
- iv) No pueden comparecer, como parte interesada, testigo o perito ante los tribunales de justicia, sin previa comunicación a su superior jerárquico, respecto de hechos de que hubieren tomado conocimiento en el ejercicio de sus funciones o declarar en procedimiento en que tengan interés el Estado o sus organismos (no se distingue el tipo de procedimiento);
- v) Participar en actividades de índole política, etc.

G. FORMA DE ACTUACIÓN Y FACULTADES PROCESALES.

PRINCIPIOS DE LEGALIDAD PROCESAL PENAL Y DE OPORTUNIDAD. INSTRUCCIONES DE LOS SUPERIORES A LOS INFERIORES

En relación con la persecución penal pública, se establece en el CPP que, si el Ministerio Público tuviere conocimiento de la existencia de un hecho que revista 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 por la ley (art. 166 CPP). Vale decir, en principio, el Código consagra el “principio de la legalidad procesal penal”.

Sin embargo, y sin perjuicio de lo señalado, es una realidad evidente que, sea cual sea el sistema de persecución penal que se adopte y los recursos con que éste cuente, es imposible que todos los asuntos que ingresan al mismo sean investigados y castigados por éste.

Siempre existirá una “cifra oscura” de la criminalidad (la cual surge como resultado de la diferencia existente entre la criminalidad real y la registrada oficialmente) que demostrará que, ineluctablemente, ha operado la selectividad del sistema de control penal, y la determinación de tal cifra parte de la comprobación de que “no todo delito cometido es registrado; no todo delito registrado es denunciado; no todo delito denunciado es perseguido; no todo delito perseguido es averiguado; no todo delito averiguado llega a juicio y no todo juicio llega a sentencia”.⁴²

Por ello, el nuevo CPP recoge el “principio de oportunidad”, como contrapartida al de legalidad procesal penal. Se ha definido este principio como “la facultad del órgano encargado de ejercer la acción penal pública y de acusar al imputado, para renunciar al ejercicio de la acción o suspender o hacer cesar el curso del procedimiento ya iniciado, respecto de uno o más delitos y/o imputados, pese a la existencia de un hecho que reviste los caracteres de delito y a la inexistencia de causas de exclusión o extinción de la responsabilidad criminal en favor de los únicos imputados, y pudiendo exigirse o no ciertas condiciones o cargas de parte del imputado que se beneficia de dicha decisión”.⁴³

En relación a la aplicación de criterios de oportunidad, existen dos modelos generales, referidos a su aplicación, en el Derecho Comparado. Uno, de raigambre anglosajona, establece la oportunidad como la regla primordial, siendo el fiscal el “dueño” de la persecución penal pública. El otro modelo que sigue la tradición cultural europea, donde predomina la legalidad en la persecución penal, es el de la oportunidad restringida.⁴⁴

Existe una serie de facultades otorgadas al Ministerio Público que, en un sentido amplio, cabrían dentro del principio que analizamos aunque, en un sentido técnico más estricto, sólo estaría dentro de aquél el artículo 170 del CPP.

G.1. Archivo provisional y facultad para no iniciar investigación (archivo definitivo)

a) El Ministerio Público puede determinar, respecto de denuncias que carezcan de antecedentes que permitan avizorar resultados positivos, su archivo provisional, a la espera de mejores datos de investigación (art. 167 CPP).

La norma legal citada expresa que el Ministerio Público puede archivar provisionalmente aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos (piénsese, por ejemplo en un robo “por sorpresa” –art. 436, inciso 2º CP–, cometido en la vía pública).

Si el delito de que se trata mereciere pena aflictiva, el fiscal a cargo debe someter la decisión sobre archivo provisional a la aprobación del Fiscal Regional.

La víctima podrá solicitar al Ministerio Público la reapertura del procedimiento y la realización de diligencias de investigación. Asimismo, podrá reclamar de la denegación de tal solicitud ante las autoridades del Ministerio Público.

Esta es una medida esencialmente revocable ante nuevos indicios y requiere que no se haya producido la intervención del Juez de Garantías.

Desde otro punto de vista, los casos en que se utilice esta facultad podrán ser incorporados a bases de datos que permitan un análisis posterior conjunto de todas aquellas situaciones que respondan a un patrón común y su eventual esclarecimiento ulterior. Ello a diferencia de lo que ocurre actualmente, en que los jueces del crimen operan como unidades aisladas, verdaderos compartimentos estancos, sin reales posibilidades de intercomunicación entre ellos, lo que se evitará al existir un organismo dedicado, en exclusiva, a investigar.

[En lo relativo a esta facultad del “archivo provisional” debe tenerse presente que el señor Fiscal Nacional del Ministerio Público ha dictado el instructivo N° 75, de septiembre del año 2001 –que reemplazó al anterior N° 42, que se pronunciaba sobre esta materia–, el cual fija ciertos criterios de actuación, a saber:

“1. En los casos de delitos que no tienen asignada por la ley una pena aflictiva, los fiscales podrán decretar el archivo provisional si, puesta una denuncia en su conocimiento, no emanaren de ésta antecedentes que pudieren conducir a una investigación exitosa. El ejercicio de esta facultad no requiere el despacho de una orden de investigar, pero sí la citación a la víctima o denunciante a fin de que aporte mayores antecedentes. En este último caso, la citación se hará por cualquier medio idóneo, fijándose un plazo breve para que comparezca a la fiscalía. Vencido este plazo, el fiscal podrá decretar el archivo provisional aun cuando la víctima no haya comparecido. El relato de la víctima podrá ser otorgado incluso por vía telefónica.

2. En los casos de delitos que tienen asignada pena aflictiva, el fiscal deberá evaluar con detención la necesidad de realizar diligencias preliminares, en atención a la viabilidad de obtener algún resultado exitoso en el esclarecimiento de los hechos, antes de decretar el archivo provisional.

3. En los casos de delitos flagrantes, los fiscales continuarán con la investigación conforme a las reglas generales.

4. Cuando el ejercicio de esta facultad se encuentra sujeto a la aprobación del Fiscal Regional, esta autoridad deberá seguir los criterios de actuación anteriores”].

⁴² Ver: HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. “Ministerio Público y Selectividad”. En: “Pena y Estado” N° 2. Buenos Aires 1997, págs. 111 a 124.

⁴³ COUSO SALAS, JAIME. “Oportunidad versus Legalidad: Entre economía político-criminal, despenalización y principios garantistas”. En: “Primer Congreso Nacional sobre la Reforma del Proceso Penal”. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 39. UDP 1998, págs. 183 a 195.

⁴⁴ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. “Ministerio Público y...”. Op. Cit.

b) Bajo una idea similar a la antes analizada, se consagra la facultad para no iniciar investigación cuando los hechos relatados en la denuncia no fueren constitutivos de delito o cuando los antecedentes y datos suministrados permitan establecer que se encuentra extinguida la responsabilidad penal del imputado. En todo caso la decisión debe ser siempre fundada y se someterá a la aprobación del Juez de Garantía (art. 168 CPP).

c) Control Judicial. Tanto respecto del archivo provisional de los antecedentes como del ejercicio de la facultad para no iniciar investigación (archivo definitivo), la víctima puede provocar la intervención del Juez de Garantía, interponiendo la respectiva querrela. Si el Juez admite a tramitación dicho escrito, el Ministerio Público debe seguir adelante con la investigación (art. 169 CPP).

Como se ve, por esta vía de control, se limita la disposición del Ministerio Público sobre la acción penal, evitando que la víctima quede desprotegida en sus derechos, si el fiscal no persigue penalmente.

G.2. Principio de Oportunidad

En similar orden de consideraciones se consagra, como se anticipó, y dentro de cotos estrechos, el principio de oportunidad en sentido estricto. La recepción de este principio se hace en el art. 170 del CPP, en los siguientes términos: “Los fiscales del Ministerio Público podrán no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada cuando se tratare de un hecho que no comprometiére gravemente el interés público, a menos que la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo o que se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones.

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

Dentro de los diez días siguientes a la comunicación de la decisión del fiscal, el juez, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, podrá dejarla sin efecto cuando considerare que aquél ha excedido sus atribuciones en cuanto la pena mínima prevista para el hecho de que se tratare excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, o se tratare de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones. También la dejará sin efecto cuando, dentro del mismo plazo, la víctima manifestare de cualquier modo su interés en el inicio o en la continuación de la persecución penal.

La decisión que el juez emitiera en conformidad al inciso anterior obligará al fiscal a continuar con la persecución penal.

Una vez vencido el plazo señalado en el inciso tercero o rechazada por el juez la reclamación respectiva, los intervinientes contarán con un plazo de diez días para reclamar la decisión del fiscal ante las autoridades del Ministerio Público.

Conociendo de esta reclamación, las autoridades del Ministerio Público deberán verificar si la decisión del fiscal se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas que hubieren sido dictadas al respecto.

Transcurrido el plazo previsto en el inciso precedente sin que se hubiere formulado reclamación o rechazada ésta por parte de las autoridades del Ministerio Público, se entenderá extinguida la acción penal respecto del hecho de que se tratare.

La extinción de la acción penal de acuerdo a lo previsto en este artículo no perjudicará en modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho”.

La norma del art. 170 CPP citada, hace imprescindibles algunos comentarios. En primer lugar, claramente el Proyecto de CPP se había inclinado por adoptar únicamente el criterio de insignificancia o mínima importancia del hecho para fundamentar la aplicación del principio de oportunidad, en el caso legal en análisis. Ello, por dos factores, a saber: un marco máximo de pena establecido para el delito (marco que se estimó adecuado para limitar la discrecionalidad del Ministerio Público en forma absoluta); y la circunstancia de que se trate de un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones⁴⁵. Así, en la redacción del proyecto se expresaba que se aplicaría esta facultad del fiscal, “cuando se tratare de un hecho que, por su insignificancia, no comprometiére gravemente el interés público”. Creemos que, no obstante que se eliminó su referencia explícita, se mantiene el criterio de la insignificancia aludido.

Respecto del concepto de “no existir interés público” en llevar adelante la persecución penal, y como orientación general, podríamos concordar en que tal interés no concurre en, al menos, los casos siguientes:

- i) Cuando no es necesario o no es posible prevenir el hecho por medio de la conminación penal;
- ii) Cuando en el caso concreto el desvalor de la acción o del resultado son insignificantes;
- iii) Cuando, en el caso concreto, racionalmente es posible prever unos efectos criminógenos, como consecuencia de la intervención, más graves que la eventual merma preventivo-general derivada de la no intervención, y
- iv) Cuando razones de humanidad y de indemnidad demanden no intervenir punitivamente.

Finalmente, en lo atinente a la reclamación que los intervinientes pueden hacer, posteriormente, ante las autoridades del Ministerio Público, debemos tener presente que éstas deben examinar si la decisión del fiscal a cargo del caso se ajusta a las políticas generales del servicio y a las normas dictadas al respecto. En lo que respecta a las políticas, el Proyecto de Ley Orgánica del Ministerio Público preveía la existencia de un “Comité Asesor”, que formaban integrantes de los tres poderes del Estado, entre cuyas funciones podía emitir opiniones sobre estrategias y políticas generales de persecución penal. Sin embargo, tal instituto no fue recogido en el texto final de la LOCMP.

⁴⁵ Ídem anterior.

En todo caso, los criterios de actuación del Ministerio Público son fijados por el Fiscal Nacional, oyendo previamente al Consejo General (art. 17, letra a) LOCMP); además, como se analizará, las autoridades superiores del organismo pueden dictar instrucciones al respecto.

Con respecto a los efectos civiles que produce la aplicación del principio de oportunidad que, como dijimos, extingue la acción penal, es evidente que no se altera el derecho a hacer efectivas, por la vía civil, las eventuales responsabilidades de esa índole que procedieren, toda vez que la utilización de la facultad por parte del Ministerio Público no “descriminaliza” la conducta, sino solamente la posibilidad de perseguirla. Atendido ello, perdura la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito.

G.3. Instrucciones de los superiores

La posibilidad de que las autoridades del Ministerio Público emitan instrucciones que obliguen a sus subalternos se encuentra regulada, básicamente, en los arts. 17, letra a), y 35 y 44 de la LOCMP.

[Debe tenerse especialmente presente que nos estamos refiriendo aquí a instrucciones, por así llamarlas, “intra Ministerio Público”. No se trata de las instrucciones generales que el Ministerio Público puede dar a la policía en ciertos casos (art. 87 CPP), o de las instrucciones particulares que el fiscal impartiere a los agentes policiales, en el curso de la investigación de un caso concreto y de acuerdo a su rol de dirección de la investigación (art. 80 CPP). Ellas se mencionarán más adelante].

En primer lugar (art. 17, letra a) LOCMP), el Fiscal Nacional debe dictar las instrucciones generales que estime necesarias para el adecuado cumplimiento de las tareas de dirección de la investigación de los hechos punibles, ejercicio de la acción penal y protección de las víctimas y testigos. No puede dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares, con la sola excepción del caso en que, por excepción y según el art. 18 LOCMP, asuma directamente dicha tareas, según ya explicáramos.

Por su parte, el Fiscal Regional debe dar cumplimiento a las instrucciones generales impartidas por el Fiscal Nacional.

Con todo, si tales instrucciones inciden en el ejercicio de sus facultades de dirigir la investigación o en el ejercicio de la acción penal pública, puede objetarlas por razones fundadas. No obstante ello, si la instrucción objetada incide en actuaciones procesales que no se pueden dilatar, el Fiscal Regional debe realizarlas de acuerdo a lo instruido, mientras la objeción no sea resuelta.

Quien resuelve es el propio Fiscal Nacional, con diversos efectos: si acoge la objeción, debe modificar la instrucción impugnada, con efectos generales para el conjunto del Ministerio Público. Por el contrario, si la rechaza, asume la plena responsabilidad, debiendo el Fiscal Regional dar cumplimiento a lo decidido, sin más trámite (art. 35 LOCMP).

En segundo lugar, los fiscales adjuntos deben obedecer las instrucciones generales que, dentro del ámbito de sus facultades, impartan respectivamente el Fiscal Nacional y el Fiscal Regional.

Igualmente deben obedecer las instrucciones particulares que el Fiscal Regional les dirija con respecto a un caso de que les hubiere asignado, a menos que estimen que ellas son manifiestamente arbitrarias o que atentan contra la ley o la ética profesional.

En tales circunstancias, pueden representar las instrucciones. La objeción es resuelta por el propio Fiscal Regional (art. 44 LOCMP). Si la acoge, el fiscal adjunto continúa desempeñando sus tareas, según corresponda. Si la rechaza, el fiscal adjunto deberá cumplir la instrucción. En tal caso, si el Fiscal Regional ordena dar cumplimiento a la instrucción original, asume plenamente la responsabilidad por la misma.

En el caso de instrucciones relativas a actuaciones procesales impostergables, el fiscal adjunto deberá cumplirlas, sin perjuicio de formular la objeción.

2.2. La policía. Su función en el nuevo procedimiento penal

A. RELACIÓN CON EL MINISTERIO PÚBLICO. DIRECCIÓN. OBLIGACIÓN DE INFORMACIÓN. COMUNICACIONES. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO. DESFORMALIZACIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN⁴⁶

El CPP contempla un párrafo especial (3º, del Título IV, Libro I), el que preceptúa, en lo esencial, las ideas que expondré a continuación.

Primeramente, se deja establecido con claridad que la etapa de investigación en el nuevo procedimiento penal está bajo la dirección del Ministerio Público. Así, se norma que “la Policía de Investigaciones de Chile será auxiliar del Ministerio Público en las tareas de investigación y deberá llevar a cabo las diligencias necesarias para cumplir los fines previstos en este Código, de conformidad a las instrucciones que le dirigieren los fiscales”. Asimismo deben ejecutar las medidas de coerción que se decretaren (v.gr.: arresto) (art. 79 CPP).

⁴⁶ Véase, en relación con esta materia:

a) “Las relaciones de trabajo entre el Ministerio Público y la Policía”. Blanco Suárez, Rafael, y

b) “Relaciones Policía-Ministerio Público en el nuevo sistema procesal penal chileno. Desafíos y Propuestas”. HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. Ambos ensayos en: (Seminario) “Los Desafíos en las Relaciones Policía-Ministerio Público”. CDJ-CPU. Fundación Konrad Adenauer.

Como se ve, el Código sienta el principio de que la Policía de Investigaciones es la llamada a cumplir, en primer lugar, estas funciones, sin perjuicio de que Carabineros de Chile, en el mismo carácter de auxiliar del Ministerio Público, deberá desempeñar las funciones antes aludidas, “cuando el fiscal a cargo del caso así lo dispusiere”. Excepcionalmente, tratándose de la investigación de hechos cometidos en el interior de establecimientos penales, el Ministerio Público podrá también impartir instrucciones a Gendarmería de Chile, que actuará de conformidad a las normas del mismo Código.

Por su parte, el artículo 80 del CPP expresa que los funcionarios policiales que, según el caso, cumplan funciones previstas en el Código, ejecutarán sus tareas bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartieren para los efectos de la investigación, sin perjuicio de su respectiva dependencia de las autoridades de la institución a que pertenezcan.

Sin perjuicio de lo anterior, los funcionarios policiales deberán cumplir las órdenes que les dirijan los jueces con competencia en materia criminal.

Asimismo, y de acuerdo a la norma constitucional (art. 80 A CPR), se expresa que deberán cumplir de inmediato, y sin más trámite, las órdenes que les impartieren los fiscales y los jueces, cuya procedencia, conveniencia y oportunidad no podrán calificar, sin perjuicio de requerir la exhibición de la autorización judicial previa, cuando corresponda, salvo los casos urgentes a que se refiere el inciso final del artículo 9º, en los cuales la autorización judicial se exhibirá posteriormente (frase esta última agregada por el número 3.- del artículo único de la ley N° 19.789).

Como se aprecia, se mantiene el esquema actualmente vigente, en la mayor parte del país, de distribución de competencias entre ambas policías, con una pequeña modificación (art. 74 CPP 1906), sólo que en el nuevo CPP quien puede decidir alterar la regla es el fiscal, no el juez del crimen. Por ende, la subordinación de la policía al Ministerio Público es únicamente funcional, dejando a salvo su dependencia orgánica al respectivo cuerpo policial.

[En este punto es menester dejar constancia que el Proyecto de Código que fue presentado al Congreso por el Ejecutivo (en el año 1995), disponía un doble control externo sobre la policía: por parte del Ministerio Público y por parte del Juez de Control de la Instrucción (hoy Juez de Garantía).

En el primer caso, se establecían poderes disciplinarios del organismo referido y se señalaba (artículo 105 de ese proyecto): “Los funcionarios de la policía que infringieren disposiciones relativas al desempeño de las funciones previstas en este Código, que omitieren o retardaren la ejecución de un acto propio de sus funciones o lo cumplieren negligentemente, podrán ser amonestados por el fiscal del Ministerio Público respectivo”. Además se contemplaba la posibilidad de que, ante petición del funcionario responsable o del superior jerárquico del Ministerio Público, se recomendare a las autoridades administrativas correspondientes la aplicación de una sanción disciplinaria, sin perjuicio de que se iniciase la persecución de su responsabilidad penal, en conformidad a las reglas generales, cuando correspondiere.

También podía el Ministerio Público (artículo 99 del mencionado proyecto) supervisar el correcto cumplimiento de la función judicial de la policía, estableciéndose que el “Fiscal General” estaba habilitado para impartir instrucciones generales en lo relativo a dichas funciones, cuidando de respetar su organización administrativa. Estas facultades de control del Ministerio Público sobre la actuación de la policía fueron eliminadas durante la tramitación en la Cámara de Diputados. Por ello, en el actual texto de éste, la parte medular del control que se podrá ejercer sobre los funcionarios policiales en esta materia queda entregado al Juez de Garantía, sin perjuicio de que, en la práctica, el hecho de que el Fiscal dirija la instrucción implica un cierto, aunque puede resultar insuficiente, grado de control sobre el actuar de los funcionarios policiales].

Por ende, atendido lo recién expuesto, el mayor grado de supervigilancia de la actuación policial puede derivar de la vinculación que exista entre el Juez de Garantías y la policía, centrado en aquellas materias que supongan una afectación de derechos o garantías constitucionales y/o legales, sea del imputado, sea de los otros intervinientes en el proceso. Empero, también controlará el Juez referido la actuación del Ministerio Público en la etapa de investigación, velando, también, por la no afectación de dichos derechos o garantías.

Recordemos nuevamente que las instrucciones que recibe la policía, por parte del Ministerio Público, pueden ser de dos clases: instrucciones particulares, referidas al caso concreto (arts. 79 y 80 CPP); o bien instrucciones generales, que regulan la forma en que el organismo policial cumplirá las funciones previstas en los arts. 83 y 85 CPP, así como la forma de proceder frente a hechos de los que tomare conocimiento y respecto de los cuales los datos obtenidos fueren insuficientes para estimar si son constitutivos de delito (art. 87 CPP).

Al respecto, el Ministerio Público ya ha impartido instrucciones en la materia a los organismos policiales, como se verá.

Obviamente, y en concordancia con lo expuesto, se establece la facultad del Ministerio Público de solicitar a la policía, en cualquier momento, los registros de sus actuaciones (art. 88 CPP).

En síntesis, y como se ha dicho⁴⁷, “podríamos afirmar que la función básica del Ministerio Público con relación a la policía es de “orientación” más que de “dirección”. No existe un modelo en que el Ministerio Público dirija cabalmente o sustituya a la policía. En cambio, el Ministerio Público debe saber discriminar los antecedentes aportados por la policía y encauzar jurídicamente la investigación, especialmente en los casos más graves (delitos capitales) o delitos complejos (delitos económicos, informáticos, etc.). Ahora bien, el enfoque apropiado es el que entiende el trabajo Ministerio

⁴⁷ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. “Relaciones Ministerio Público-Policía...”. Op. Cit., pág. 46.

Público/policía como uno de coordinación: la policía se encuentra capacitada en las diferentes técnicas investigativas (balística, dactiloscopia, etc.) y el fiscal debe saber cómo “construir un caso” desde el punto de vista jurídico-penal a partir de los antecedentes aportados por la policía, operación que incluya conocimiento cabal de las normas aplicables al caso, lógica, creatividad, razonamiento científico, observación, etc. La investigación coordinada incluye la organización de la información conocida y la elección de los medios adecuados para adquirir la información requerida”.

Obligación de información

En relación con lo anterior, pesa sobre la policía la obligación de informar inmediatamente al Ministerio Público, tan pronto reciba una denuncia. Sin perjuicio de ello procederá, cuando corresponda, a realizar las actuaciones que no requieren orden previa (previstas en los arts. 83, 85, 89 y 90 CPP), respecto de las cuales igualmente debe informar de inmediato (art. 84 CPP).

Vale decir, el nuevo procedimiento penal reconoce la experiencia comparada en la materia, en el sentido de que normalmente son los funcionarios policiales los que toman el primer contacto con la ocurrencia de hechos punibles y, por ende, no cercena la facultad de dichos funcionarios de realizar algunas actividades de investigación por propia iniciativa; empero los sujeta a la obligación antes referida, lo que es coherente con la circunstancia de que la dirección de la etapa de investigación corresponde al Ministerio Público, como se dijo.

Comunicaciones entre el Ministerio Público y la policía. Hipótesis

Se establece expresamente que las comunicaciones que deban dirigirse, en relación con las actividades de investigación de un caso particular, se harán en la forma y por los medios más expeditos posibles (art. 81 CPP).

Atendido lo anterior, creemos que en relación con las comunicaciones referidas podrían presentarse las siguientes posibilidades:

a) Casos urgentes

El Ministerio Público debería:

– Dirigir sus instrucciones en forma verbal al agente policial respectivo, sea en forma directa, por vía telefónica u otro medio equivalente;

– Acordar con la policía el envío, simultáneo o posterior, de un respaldo escrito o formal de la orden respectiva, por una vía distinta a la anterior, sin perjuicio de que dicha institución pueda tomar los resguardos necesarios al momento de recibir la orden (por ejemplo por medio de la grabación telefónica);

– Enviar también lo antes posible, si es el caso, la copia de la autorización judicial que sirve de fundamento a la orden;

b) Casos no urgentes

Las comunicaciones podrán adoptar la forma antedicha o también realizarse por medio del envío por fax, correo electrónico u otros medios de la orden respectiva.

Sin perjuicio de lo recién expuesto, con similares criterios, y en relación con esta materia, el Ministerio Público ha emitido instrucciones generales (por oficios N°s. 233 y 234 del año 2000, reproducidas en el Instructivo N° 31, de diciembre 12 del año 2001) a las policías del país, de la manera siguiente:

“1. Cuando los funcionarios policiales deban comunicarse por cualquier motivo con el fiscal o con sus colaboradores emplearán el medio más expedito posible, privilegiando el uso de medios técnicos confiables y disponibles como teléfono, fax, correo electrónico, etc. Lo anterior es sin perjuicio del envío posterior o simultáneo de los informes o antecedentes que por su volumen o grado de detalle deban enviarse en forma de documento convencional. Así, por ejemplo, se privilegiará el uso del teléfono u otro medio técnico confiable y disponible para solicitar instrucciones, para informar sobre actuaciones previstas o para comunicar sintéticamente los resultados de una diligencia de investigación, en tanto que los informes detallados que puedan evacuarse sobre el desarrollo de la investigación se harán llegar en forma de documento convencional, para que el fiscal los incorpore a su registro.

2. Cuando el fiscal deba comunicarse por cualquier motivo con los funcionarios policiales empleará el medio más expedito posible, privilegiando el uso de medios técnicos confiables y disponibles como teléfono, fax, correo electrónico, etc. Tratándose de órdenes para la realización de actuaciones que requieren autorización judicial previa, el fiscal deberá remitir siempre copia de tal autorización, lo que podrá hacerse por fax o por otro medio técnico que acredite fehacientemente la existencia y el tenor de la autorización. Lo anterior es sin perjuicio del envío simultáneo del documento convencional.

3. De estas comunicaciones quedará constancia tanto en los registros de la institución receptora como en los de la remitente, sea mediante la incorporación, en su caso, del documento o su copia al registro, sea mediante anotación en el registro del día y hora en que se envió o recibió, de la persona que la envió o recibió, del medio empleado y de su contenido.

4. Es perfectamente válida y procedente la orden verbal que expida el fiscal a cargo del caso a las policías, sin perjuicio de que deberá dejarse constancia de la orden en los registros de la policía y en los del Ministerio Público. El fiscal asume la responsabilidad de la orden emitida y ésta debe ser obedecida por la policía, salvo que la actuación ordenada necesite de una autorización judicial previa en los términos previstos en el artículo 9° del nuevo Código”.

Desformalización de la investigación

Consecuencia lógica de todo lo que estamos diciendo, respecto de la relación entre la policía y el Ministerio Público es que lo que se espera es una relación desformalizada, fluida y dinámica entre los fiscales y las instituciones policiales,

haciendo más efectiva y racional la investigación. Ello acabará con la actual, y excesiva, burocratización de la actividad policial, recargada de tareas administrativas y que presenta una rigidez y ausencia de fluidez en sus relaciones con los jueces del crimen del procedimiento vigente. Todo ello aumentará la eficacia investigativa, desechando rutinas de trabajo mecánicas, ineficientes y demorosas.

[Al respecto, se ha comprobado empíricamente, que un 60% de las actuales “órdenes de investigar” son cumplidas en un lapso de entre 15 días y dos meses, mientras que un 26% de ellas son diligenciadas entre 2 y 4 meses después de ordenadas por el juez].⁴⁸

Imposibilidad de cumplimiento

Se establece (art. 82 CPP) que el funcionario de la policía que, por cualquier causa, se encontrare impedido de cumplir una orden que hubiere recibido del Ministerio Público o de la autoridad judicial, pondrá inmediatamente esta circunstancia en conocimiento de quien la hubiere emitido y de su superior jerárquico en la institución a que perteneciere.

En tal caso, el fiscal o juez que hubiere emitido la orden podrá sugerir o disponer las modificaciones que estimare convenientes para su debido cumplimiento, o reiterar la orden, si en su concepto no existiere imposibilidad.

En lo relativo a las relaciones policía/Ministerio Público, resulta indispensable que este último organismo desarrolle una política de actuación frente a los eventuales conflictos que pudieren presentarse en la materia. Al respecto, aparece como necesario que, al menos, existan acuerdos de actuación entre ambas instituciones y que el fiscal a cargo del caso comunique al Fiscal Regional respectivo la situación presentada, a fin de que éste lo ponga en conocimiento de las autoridades policiales inmediatas. Ello sin perjuicio de que el Ministerio Público comunique el hecho a las autoridades policiales superiores.

En todo caso, para determinar el curso de acción que pueda tomar, el Ministerio Público debería considerar ciertos aspectos, como la gravedad del incumplimiento o desobediencia policial; la hipótesis de que éste o aquélla puedan configurar un delito funcionario o ameritar la instrucción de un sumario administrativo; la oportunidad y circunstancias del incumplimiento, y sus consecuencias; si la falta de cumplimiento se opone a instrucciones generales o particulares; las eventuales dificultades prácticas que ha enfrentado la policía y si éstas fueron comunicadas oportunamente, etc.

B. ACTUACIONES DE LA POLICÍA SIN ORDEN PREVIA

Según las normas del CPP, contenidas en los arts. 83, 85, 89 y 90, la policía puede realizar una serie de actuaciones o diligencias, sin necesidad de recibir una orden previa por parte del Ministerio Público. (Al respecto, el Ministerio Público, en uso de sus facultades legales, ha impartido instrucciones generales a las policías, en esta materia, como se adelantó; ellas están contenidas en los oficios N°s. 169 y 170, ambos de fecha 8 de noviembre del año 2000, dirigidos a Carabineros de Chile y a la Policía de Investigaciones, reproducidas en el instructivo N° 19 de la misma fecha, los cuales fueron posteriormente complementados por los oficios N°s. 233 y 234 –reproducidos en el Instructivo N° 31– antes citados).

Estas diligencias, básicamente, son: prestar auxilio a la víctima; practicar la detención en los casos de flagrancia, conforme a la ley (esta posibilidad será analizada al hablar de la detención como medida cautelar personal en el nuevo procedimiento penal. Ello, para efectos de claridad en la exposición); resguardar el Sitio del Suceso; identificar a los testigos y consignar sus declaraciones voluntarias en ciertos casos; recibir las denuncias del público; realizar Control de Identidad; examinar vestimentas, equipaje o vehículos, en ciertos casos, y proceder al levantamiento del cadáver.

[Con respecto a la experiencia en otras legislaciones, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, durante la tramitación parlamentaria del proyecto de CPP, recibió la opinión de diversos invitados extranjeros. Entre ellos, el magistrado Giovanni Salvi, de Italia; el profesor argentino Bertolino y el profesor Antonio Magalhaes Gomes-Filho, ex Procurador de Justicia del Estado de Sao Paulo, Brasil. En esta materia (Sesión 17ª, de 2000), los tres mencionados coincidieron en señalar que la policía mantenía en sus países una serie de iniciativas de carácter propio. Así, el magistrado Salvi sostuvo que “no sabía cuál podría ser la mejor solución en el caso chileno, pero en Italia la policía debe realizar todas las investigaciones desde que tuvo noticia de la comisión del delito, debe recoger toda la prueba, debe asegurar el cuerpo del delito, puede interrogar a los testigos y al inculcado, etc., agregando que algunas de estas actuaciones, deben ser convalidadas por el Ministerio Público. La policía judicial tiene la obligación de comunicar la comisión del delito al Ministerio Público, el que tiene la obligación de inscribir enseguida en su archivo tal comisión. Por su parte, el profesor Bertolino, señaló que en el Código de la Provincia de Buenos Aires, la línea es más o menos la que ha marcado el magistrado Salvi para Italia.

En relación con las tareas de la policía en Brasil, el profesor Magalhaes, sostuvo que en ese país “existen dos tipos de investigación. Respecto de las infracciones comunes más graves se hace una investigación policial, o sea, todas las informaciones y pruebas iniciales son hechas por la policía. Ahora, cuando se trata de pequeñas infracciones la policía hace solamente un documento con las informaciones iniciales y lo encamina directamente al Ministerio Público”. Agregó que en Brasil “el fiscal no dirige la investigación; la policía hace lo que se llama la indagación policial y luego informa al fiscal, quien formula la acusación ante el juez. La policía tiene autonomía en esa fase de investigación y después no tiene injerencia, hay una separación muy clara de las funciones”].

A continuación detallaremos estas actuaciones, sin orden previa, con la salvedad antedicha:

⁴⁸ Vid. JIMÉNEZ, MARÍA ANGÉLICA. “El Proceso Penal chileno y los Derechos Humanos”. Op. Cit. Capítulo I.

1) Prestar auxilio a la víctima

Al respecto, el Ministerio Público (por los oficios N°s. 169 y 170, ya señalados) ha instruido a las policías chilenas lo siguiente:

“1. La policía deberá otorgarle al ofendido por un delito un trato acorde con su condición de víctima, procurando facilitar al máximo su participación en los trámites en que debiere intervenir.

2. Todo funcionario policial deberá, sin orden previa, prestar auxilio a la víctima antes de realizar cualquiera otra actuación que tenga fines de investigación.

En consecuencia, realizará inmediatamente todas las actuaciones necesarias para preservar la vida y la salud de la víctima. En especial, brindará los primeros socorros y trasladará a la víctima al hospital, clínica u otro establecimiento de salud semejante, público o privado, más cercano, a objeto que se le preste la atención médica necesaria.

3. Tratándose de los delitos sexuales previstos en los arts. 361 (violación), 362 (violación de menor de 12 años), 363 (estupro), 365 (sodomía a menor de edad), 366 y 366 bis (abuso sexual), 366 quáter (otros abusos a menores), 367 (promoción de la prostitución de menores), 367 bis (trata de blancas) y en el art. 375 (incesto) del Código Penal (en adelante CP), el funcionario procurará, además, que en los hospitales, clínicas y establecimientos de salud semejantes, públicos o privados, se cumplan los deberes establecidos para esos establecimientos en el artículo 198 CPP, es decir, que se le practiquen a la víctima los reconocimientos, exámenes médicos y pruebas biológicas conducentes a acreditar el hecho punible y a identificar a los partícipes en su comisión, conservando los antecedentes y muestras correspondientes, hasta que se produjere la intervención del fiscal.

4. Tratándose de lesiones corporales de significación, esto es, de las contempladas en los artículos 395 (castración), 396 (mutilación), 397 y 398 (lesiones graves), 399 (lesiones menos graves) CP, el funcionario procurará, además, que la persona a cargo del hospital o establecimiento de salud semejante, público o privado, en que se ingrese a la víctima, dé cuenta de este hecho al fiscal en la forma prevista por el art. 200 CPP.

5. En los casos previstos en los dos N°s. anteriores, se cuidará que siempre se resguarde la dignidad y la salud de la víctima.

6. Tratándose de los delitos de abandono previstos en los artículos 346, 349 (abandono de niños) y 352 (abandono de cónyuge y parientes) CP, el funcionario, además, trasladará a la víctima a la casa de acogida u otra que determine el fiscal.

7. La policía se sujetará a las siguientes normas al momento de recibir la denuncia de las personas que el artículo 108 CPP considera víctimas, esto es, el cónyuge y los hijos, los ascendientes, el conviviente, los hermanos y el adoptado o adoptante, o de las otras que pudieren denunciar por ella:

a) Se atenderá preferentemente a las víctimas de los delitos previstos en los artículos 390 (parricidio), 391 (homicidio, calificado y simple), 394 (infanticidio), 395 (castración), 396 (mutilación), 397 y 398 (lesiones graves), 362 (violación de menor de 12 años), 361 (violación), 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 433 (robo calificado), 363 (estupro), 365 (sodomía a menor de edad), 366 y 366 bis (abuso sexual) y 366 quáter (otros abusos a menores) CP, siguiendo este orden de prelación.

b) Se atenderá preferentemente a los menores de 18 años, las personas con enajenación o trastorno mental, los mayores de 65 años y las mujeres, siguiendo este orden de prelación.

c) Salvo los criterios señalados en las letras precedentes, no se hará discriminación en razón de la raza, el color, la situación económica, la apariencia, la manera de hablar o el idioma, el origen étnico o social, la nacionalidad, el sexo, la edad, el nacimiento o situación familiar, la opinión política o de otra índole, las creencias o prácticas culturales o la discapacidad o estado de salud.

1. Se evitarán las situaciones de contacto entre la víctima y el imputado o su familia.

2. Tratándose de delitos sexuales o de cualquier delito contra menores de 18 años, se atenderá a la víctima en una oficina o sala separada del lugar de atención del público, en lo posible en una unidad policial especializada.

3. Un solo funcionario atenderá a la víctima. En lo posible, los menores de 18 años y las mujeres serán atendidos por funcionarias mujeres. Los menores de 18 años podrán ser acompañados por sus padres, abuelos o guardadores, o por quienes los tuvieren bajo su cuidado, salvo en la circunstancia indicada en el N° 12 siguiente.

4. Se le preguntará a la víctima acerca de los datos previstos en el art. 174 CPP, esto es, su identificación, su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieren noticia de él, todo en cuanto le constare, así como los demás datos requeridos en el formulario de denuncia.

h) Se escuchará atentamente a la víctima y se procurará que relate una sola vez el hecho.

1. Se empleará un lenguaje acogedor y adecuado a la víctima.

2. No se hará ninguna pregunta inductiva, que pudiere afectar la salud, la dignidad, la intimidad o el honor de la víctima o que no diga relación con el hecho. Tampoco se hará comentario alguno.

3. Se informará a la víctima sobre sus derechos, la dirección y teléfono de la Fiscalía Regional correspondiente o de la Fiscalía Local más cercana a su domicilio y se la orientará acerca de la continuación de su caso.

4. Se establecerá una relación de confianza y compromiso con la víctima para el éxito de la investigación.

8. La policía consultará a la víctima si teme por su seguridad o la de su familia. En caso de existir indicios de hostigamientos, amenazas o probable atentado, la policía hará lo siguiente:

a. Aconsejará a la víctima sobre los resguardos que debiere adoptar ella o su familia a fin de evitar o disminuir los riesgos.

b. En caso de ser necesario, trasladará a la víctima a un lugar seguro o brindará otro tipo de protección policial que determine el Jefe de la unidad policial.

9. Cuando fuere necesario, la policía mantendrá en reserva la identidad de la víctima y los antecedentes que pudieren conducir a ella, dando cuenta de esta medida al fiscal.

10. Los funcionarios policiales tienen prohibido informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de la víctima (art. 92 CPP).

11. No se prestará auxilio ni se brindará protección por parte de la policía en contra de la voluntad de la víctima o de su familia. En este caso, se dejará constancia escrita de dicha oposición. Con todo, la policía adoptará medidas de protección aun contra la voluntad declarada de la víctima o su familia cuando hubiere antecedentes para suponer que dicha voluntad se encuentra forzada por amedrentamiento u otra causa.

12. En el evento de que existieren indicios de participación de un miembro de la familia en el delito, la policía podrá adoptar procedimientos de auxilio o protección incluso contra la voluntad de la familia.

La denuncia se remitirá al fiscal correspondiente, aun cuando la policía tuviera dudas de si el hecho constituye o no delito. En los casos en que se hubiere brindado protección policial, se informará de esta circunstancia al fiscal”.

2) Resguardo del Sitio del Suceso. Recogida de Evidencia. Cadena de Custodia

(Se denomina sitio del suceso al lugar donde ha ocurrido un hecho policial que requiere ser investigado, también se le denomina como “Escena del Crimen”).

En este evento, prescribe el art. 83, letra C), del CPP: “Para este efecto, impedirán el acceso a toda persona ajena a la investigación y procederá a su clausura, si se tratare de local cerrado, o a su aislamiento, si se tratare de lugar abierto, y evitarán que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo, mientras no interviniere personal experto de la policía que el Ministerio Público designare.

El personal policial experto deberá recoger, identificar y conservar bajo sello los objetos, documentos o instrumentos de cualquier clase que parecieren haber servido a la comisión del hecho investigado, sus efectos o los que pudieren ser utilizados como medios de prueba, para ser remitidos a quien correspondiere, dejando constancia, en el registro que se levantara, de la individualización completa del o los funcionarios policiales que llevaran a cabo esta diligencia”.

En cuanto a esta actuación de la policía sin orden previa, el Ministerio Público, como se verá, ha impartido instrucciones relacionando esta norma con el inciso 2° del artículo 187 CPP, que reza: “Si los objetos, documentos e instrumentos se encontraren en poder del imputado o de otra persona, se procederá a su incautación, de conformidad a lo dispuesto en este Título. Con todo, tratándose de objetos, documentos e instrumentos que fueren hallados en poder del imputado respecto de quien se practicare detención en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 83 letra b), se podrá proceder a su incautación en forma inmediata”.

En relación con el resguardo del sitio del suceso, debe tenerse especialmente presente el art. 181 CPP, que da una serie de directrices acerca de la descripción y registro de la escena del crimen, de lo hallado en él, huellas, rastros, señales, etc., y de la práctica de operaciones científicas.

Así, el Ministerio Público ha instruido a las policías lo siguiente en esta materia (instrucciones que se encuentran vigentes y son obligatorias):

“A. RECOGIDA DE POSIBLE EVIDENCIA EN EL SITIO DEL SUCESO

1. Sin orden previa, corresponde a todo funcionario policial resguardar el sitio del suceso, a la espera de instrucciones del fiscal.

2. Se entiende que se está en presencia de un sitio del suceso que debe ser resguardado de acuerdo a las normas siguientes cuando en él parezca haberse cometido un hecho que, por su gravedad y naturaleza, justifica la intervención de personal investigador experto para la recolección de los rastros o vestigios del mismo y de los instrumentos usados para llevarlo a cabo, aun en el caso en que los vestigios no sean apreciables a simple vista y se encuentren sólo en estado latente.

El personal policial que primero llegue al lugar evaluará la concurrencia de este requisito. Con todo, por regla general se entiende que éste concurre al menos en los casos de presunta perpetración de los delitos de los arts. 390 (parricidio), 391 (homicidio), 393 (auxilio al suicidio), 394 (infanticidio), 395 (castración), 396 (mutilación), 397 (lesiones graves), 403 bis (envío de cartas o encomiendas explosivas), 150 A y 150 B (tormentos o apremios ilegítimos), 342, 343, 344 (aborto), 141 (secuestro), 142 (sustracción de menores), 361 (violación), 362 (violación de menor de 12 años), 366 y 366 bis (abuso sexual), 367 bis (trata de blancas), 372 bis (violación con homicidio), 433 (robo calificado), 436 inciso 1° (robo con violencia o intimidación), 438 (extorsión), 474, 475, 476, 477 y 480 (incendios y estragos), 313 d y 314 (expendio de medicamentos adulterados u otras sustancias dañinas) y 315 (envenenamiento de alimentos y aguas) CP y de los arts. 1° (elaboración), 2°, 3° y 4° (cultivo), 5° (tráfico), 6° (tráfico de precursores), 7° (suministro abusivo) y 9° (entrega de bien raíz o vehículo) de la ley N° 19.366.

Con excepción de lo relativo a la posible perpetración de los delitos de los arts. 390 (parricidio), 391 (homicidio), 393 (auxilio al suicidio) y 394 (infanticidio) CP, respecto de los cuales siempre debe procederse al resguardo del sitio del suceso, el listado precedente tiene un carácter meramente orientador, de modo que procede también el resguardo del sitio del suceso respecto de otros delitos no mencionados en él cuando, a juicio del personal policial que primero llegue al lugar, sea necesario para el éxito de la investigación y la gravedad del hecho justifique la intervención de personal experto. A la inversa, podrá considerarse innecesaria o injustificada la intervención del personal experto, no obstante tratarse de uno de los hechos señalados en el listado precedente, cuando en el caso concreto el hecho no reúna los caracteres de gravedad que habitualmente presentan los delitos de esa clase.

3. En los demás casos, a menos que medie instrucción general en sentido contrario del respectivo Fiscal Regional, el funcionario policial que primero llegue al lugar procederá directamente a recoger los objetos que puedan constituir evidencia, de acuerdo con lo dispuesto en la letra B siguiente (“Recogida de la posible evidencia en poder del detenido en caso de flagrancia”).

4. Tratándose de delitos cometidos al interior de recintos penitenciarios, el resguardo del sitio del suceso será asumido inmediatamente por el personal de Gendarmería de Chile, de acuerdo con las normas aquí previstas. Comunicada la ocurrencia del hecho al fiscal, éste ordenará que se constituya en el lugar el equipo policial experto de la institución que señale, el que, además de realizar el trabajo del sitio del suceso, podrá revelar, si fuere necesario, a Gendarmería del resguardo. En lo demás, el procedimiento se rige por las normas generales de este acápite.

5. Las normas de este acápite se aplican también, sin excepción, en los casos de delitos cometidos al interior de dependencias policiales.

6. El resguardo del sitio del suceso consiste en su clausura, si se tratare de local cerrado, o aislamiento, si se tratare de lugar abierto, impidiendo el acceso de toda persona no autorizada y evitando que se alteren o borren de cualquier forma los rastros o vestigios del hecho o se remuevan los instrumentos usados para llevarlo a cabo. Los funcionarios que se hagan cargo del resguardo del sitio del suceso se abstendrán escrupulosamente de tocar los objetos que se encuentren en él, procurando incluso, de ser posible, no entrar al perímetro resguardado. Con todo, esta prohibición no rige cuando la alteración del sitio del suceso venga impuesta por el auxilio y protección debido a las víctimas, la aprehensión de los autores, la evitación de otro delito o la evitación de una alteración mayor del sitio del suceso.

Al perímetro resguardado puede ingresar sólo el fiscal y el personal policial experto de la institución que éste designe. Cualesquiera sean las circunstancias no se permitirá el acceso ni a los intervinientes, ni a los medios de comunicación, ni a autoridades de cualquier tipo ni a persona alguna que no forme parte del personal experto designado, a menos que el fiscal lo autorice expresamente, por escrito o mediante comunicación verbal directa a los funcionarios a cargo del resguardo. Cualquier irregularidad sobre este particular deberá ser especialmente informada al fiscal. El resguardo del sitio del suceso termina sólo cuando ha concluido el trabajo del mismo por parte de personal experto, esto es, cuando éste sale definitivamente del lugar. Esta última circunstancia será certificada por el responsable del personal experto, mediante su firma en el acta a que se refiere el número siguiente.

7. Del resguardo del sitio del suceso debe levantarse un acta con la individualización de los funcionarios que lo efectuaron, indicación del lugar, día y hora en que se delimitó el lugar, forma en que se delimitó, la orden del fiscal para que personal experto de una determinada institución trabajara el sitio del suceso, la eventual autorización del fiscal para el ingreso de personas ajenas al personal experto designado y, especialmente, el registro de todas las personas que entraron y salieron de él. Los funcionarios que disponen y ejecutan el resguardo son responsables de lo que hacen constar en el acta. En el caso de que se les releve en el resguardo del sitio del suceso, debe constar también esta circunstancia en el acta, dejándose los funcionarios relevados copia de la diligencia hasta el momento en que fueron relevados. Esta acta –copia de la cual queda en poder de los funcionarios– debe entregarse o remitirse al fiscal junto con los demás antecedentes, según lo que se dispone más abajo.

8. Resguardado el sitio del suceso, se dará aviso inmediatamente al fiscal para que se apersona en el lugar o, si no puede hacerlo, resuelva la institución cuyo personal experto debe trabajar el sitio del suceso.

9. En casos excepcionales, mediante decisión fundada que hará constar en su registro, y aun cuando ya se hubiese iniciado el trabajo del personal experto de una determinada institución – sea por orden del propio fiscal, sea por aplicación de lo previsto en el N° anterior –, el fiscal podrá disponer que dicho trabajo sea asumido por el personal experto de otra institución.

10. El personal experto debe estar siempre dirigido por un oficial responsable. El personal experto debe fijar el sitio del suceso, dejando testimonio de su situación mediante planos, fotografías u otros medios idóneos, y procediendo a levantar la posible evidencia disponible, identificándola y sellándola. Debe dejar también testimonio de las circunstancias generales del lugar (situación de puertas, ventanas, luces, persianas, pisos, aromas u olores, condiciones climáticas, etc.) y de todo lo que hizo desde que llegó al lugar. Las instituciones policiales propenderán a la estandarización de los procesos de fijación y recogida de la posible evidencia.

Encontrándose en el sitio del suceso un cadáver, su levantamiento deberá ser siempre ordenado por el fiscal, quien señalará el personal que deba proceder a hacerlo y el destino que se le dé.

Toda vez que el trabajo del personal experto deba continuarse otro día, por razones climáticas, de falta de luz natural u otras, se hará constar esta circunstancia precisando el momento de la suspensión y de la reanudación del trabajo. Durante el lapso de la suspensión se mantendrá lo previsto sobre resguardo del sitio del suceso.

Del trabajo del personal experto y de sus resultados quedará constancia en un acta que se enviará o entregará como informe al fiscal. El acta será de cargo del funcionario responsable. En ella debe señalarse el lugar, los funcionarios que participaron, el detalle de cada una de las piezas recogidas, con indicación de la ubicación en que se encontraban en el sitio del suceso y, especialmente, el señalamiento de su destino, esto es, de la persona a quien se entregan las piezas, con firma de ésta. Con esta entrega termina la responsabilidad del equipo experto y se da inicio a la cadena de custodia. Del acta para el fiscal queda copia en los registros de la unidad a que pertenece el personal experto.

B. RECOGIDA DE LA POSIBLE EVIDENCIA EN PODER DEL DETENIDO EN CASO DE FLAGRANCIA (ART. 187 INCISO 2° CPP)

1. Cuando personal policial efectúe una detención por delito flagrante, los objetos portados por el detenido y que pudieran constituir evidencia deben ser recogidos e incautados directamente por el funcionario aprehensor. Para tal efecto, se podrá practicar el examen de las vestimentas del detenido, del equipaje que porta o del vehículo que conduce. El examen de vestimentas lo efectuará una persona del mismo sexo del imputado y se guardarán todas las consideraciones compatibles con la correcta ejecución de la diligencia.

2. Se adoptarán en todo caso las medidas necesarias para que los objetos recogidos no pierdan su potencial valor probatorio. El funcionario aprehensor evitará la inadecuada manipulación de las superficies de los objetos y los sellará inmediatamente o apenas le sea posible para evitar su contaminación.

3. El funcionario aprehensor entregará los objetos al jefe de su unidad, quien dará cuenta al fiscal para que éste señale si los objetos deben ser examinados por personal experto y, en caso afirmativo, la institución cuyo personal experto deba hacerse cargo.

Con la entrega que haga el jefe de la unidad al personal experto señalado por el fiscal se da inicio a la cadena de custodia. De la intervención del funcionario aprehensor y de la entrega de los objetos al jefe de la unidad, así como de la entrega a los expertos quedará constancia en un acta que se enviará o entregará como informe al fiscal. El acta debe ser firmada por el jefe de la unidad que recibe primero los objetos, quedando copia para el funcionario aprehensor que los ha entregado. Debe ser también firmada por el personal experto que procederá a su análisis, quedando copia para el jefe de la unidad.

4. Todo lo anterior no obsta a que, habiendo además un sitio del suceso por resguardar en los términos del N° 2 de la letra A precedente, se siga a ese respecto el procedimiento allí señalado.

C. DESTINO DE LAS ESPECIES LUEGO DE SU RECOGIDA: CADENA DE CUSTODIA

1. Principio general: Se dejará constancia ininterrumpida de todos quienes han accedido a los objetos y muestras recogidos, principalmente de quienes han asumido la responsabilidad de la custodia. Esta constancia se efectuará mediante un formulario que acompaña a las especies –iniciado con una descripción del objeto y del estado en que se encuentra en cada momento, actualizada– en que va dejándose constancia de cada persona que lo tuvo a su cargo, de la fecha y hora en que lo recibió, de quién lo recibió, de todas las personas que lo examinaron bajo su responsabilidad, del día y hora en que lo entregó y la persona a quien se lo entregó. De la calidad de responsable y del alcance de la responsabilidad se dejará constancia mediante certificados que se enviarán o entregarán al fiscal, quedando una copia en poder del interesado.

2. La cadena de custodia rige para el transporte y remisión de los objetos, así como para su depósito permanente o transitorio. Especialmente, debe dejarse constancia del medio en que se despachan los objetos.

3. Cuando deban realizarse pericias con los objetos, el personal experto que lo haya recogido o recibido se hará cargo inmediatamente de ellas antes de remitir las especies al depósito permanente. Una vez realizada la pericia los objetos deben ser enviados al depósito permanente, a menos que el fiscal a cargo del caso disponga que sean entregadas a otra institución para la práctica de diligencias adicionales.

4. En los demás casos, las especies recogidas deben ser remitidas directamente al depósito permanente.

5. El depósito permanente se encontrará, salvo en casos excepcionales que se indicarán oficialmente, en las dependencias de la fiscalía local o de una de ellas, en localidades muy cercanas, según lo dispongan los fiscales regionales. El depósito deberá ser cerrado y con garantías suficientes de seguridad, de modo de garantizar que no existan ingresos o manipulaciones no registrados. A cargo del depósito habrá funcionarios determinados de la fiscalía, quienes controlarán y dejarán constancia del acceso a las especies.

6. Podrán acceder a las especies el fiscal y, con su autorización, los colaboradores de éste que el mismo señale, el personal experto a cargo de las pericias y el personal policial asignado a la investigación. En estos casos, la autorización del fiscal podrá darse una vez para todo el tiempo que dure la custodia.

Previa autorización del fiscal o, en su defecto, del Juez de Garantía, podrán acceder también al depósito los intervinientes en el procedimiento, según el art. 12 CPP (el imputado, el defensor, la víctima y el querellante), sus

representantes y abogados, así como las personas que éstos o aquéllos soliciten, con el fin de reconocerlas o realizar alguna pericia.

7. Los objetos podrán salir del depósito permanente sólo en virtud de autorización del fiscal a cargo del caso y sólo para los fines que él mismo señale.

8. En las instituciones auxiliares llamadas a intervenir en los objetos, fundamentalmente laboratorios de criminalística de las instituciones policiales y Servicio Médico Legal y que, en consecuencia, tienen la custodia de ellos en forma transitoria, se adoptarán medidas de custodia y registro adecuadas al principio señalado en los N°s. 1 y 2 y equivalentes a las señaladas en los N°s. 5, 6 y 7 precedentes. Con todo, en esos recintos no se dará acceso a los intervinientes, sus representantes, abogados u otras personas; dicho acceso sólo podrá verificarse en el depósito permanente.

9. En los casos en que no sea posible llevar los objetos inmediatamente a recintos con este tipo de depósitos –por ejemplo, especies recogidas en zonas rurales apartadas de los centros urbanos–, se adoptarán medidas de protección adecuadas a las circunstancias, a fin de poder atestiguar razonablemente que está descartada toda intervención no registrada en los objetos.

10. Tratándose de especies perecibles o que deban ser destruidas por razones de seguridad, la policía, previa consulta al fiscal correspondiente, dejará constancia de su existencia y condiciones mediante fotografías y acta de la destrucción, con referencia a la orden del fiscal, la que será firmada por los funcionarios que participen. En esta diligencia debe intervenir más de un funcionario”.

3) Empadronamiento de testigos

El artículo 83, letra d) del CPP, refiere que es una actuación que se debe realizar, por los órganos policiales, sin necesidad de recibir orden o instrucción particular: “Identificar a los testigos y consignar las declaraciones que éstos prestaren voluntariamente, tratándose de los casos a que se alude en las letras b) y c) precedentes”.

En esta materia las instrucciones generales, vigentes y obligatorias para la policía, son las que detallamos a continuación:

“1. Tanto en los casos de detención por delito flagrante como cuando se proceda al resguardo del sitio del suceso, corresponde a todo funcionario policial, sin orden previa, identificar a los testigos presentes. Son aplicables con ese fin las disposiciones que sobre control de identidad contiene el art. 85 CPP. La identificación consiste en el registro de todos los datos del testigo que sean útiles para su citación o contacto por otro medio, con miras a su colaboración con la investigación del fiscal y su eventual declaración en el juicio oral.

Se consignará especialmente el nombre y el apodo del testigo, así como una breve descripción del mismo, su domicilio particular, agregando las señas particulares que sean pertinentes para su mejor ubicación, su domicilio laboral, su teléfono particular y laboral, su dirección postal y su casilla electrónica. Asimismo, se consignarán datos de dos o más personas a través de los cuales se pueda ubicar al testigo.

2. Se informará al testigo de su deber de comparecer ante el fiscal a cargo de la investigación, recalcando además la importancia de su colaboración para el debido esclarecimiento de los hechos y una eficiente actuación de la justicia del crimen. Se le informará, además, de los derechos contemplados en los artículos 190 inciso 3° (derecho de los testigos empleados públicos o de una empresa estatal a que el respectivo servicio o empresa facilite su comparecencia y solvente, en su caso, los gastos), 312 (derecho a ser indemnizado por la pérdida que le irroga su comparecencia), 313 (derecho a que se le considere justificado cuando deja de cumplir otros deberes con motivo de su comparecencia) y 308 (derecho a la debida protección) del Código Procesal Penal y de la dirección y teléfono de la Fiscalía Regional correspondiente o de la Fiscalía Local más cercana a su domicilio.

3. Se le hará saber también que puede prestar desde ya declaración voluntaria directamente ante la policía, lo que puede hacer más expedita su colaboración con el Ministerio Público.

4. Allanándose el testigo a prestar declaración directamente ante la policía, el funcionario a cargo lo invitará a la unidad policial para ese efecto. Si el testigo lo prefiere, se le tomará declaración en el mismo lugar en que se encuentre o en el que él sugiera, siempre que sea posible al funcionario dirigirse a dicho lugar sin perjuicio para sus labores. Por último, el funcionario podrá convenir con el testigo que la declaración se preste posteriormente en tiempo y lugar determinado. Con todo, este acuerdo podrá ser dejado sin efecto por el fiscal.

Sólo se consignarán las declaraciones que fueren pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del hecho que reviste caracteres de delito, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad. No se preguntará al testigo más allá de estos límites y sólo en cuanto esté dispuesto a seguir declarando.

Se registrará lugar, día y hora en que se prestó la declaración, el nombre de los funcionarios que la tomaron, la individualización del testigo, las condiciones en que fue prestada la declaración y la consignación íntegra y literal de los hechos y circunstancias narrados. La declaración deberá ser leída y firmada por el testigo, si puede, dejándose constancia, en su caso, de la circunstancia de no poder leerla o firmarla. También la firmarán los funcionarios y otras personas presentes. De la declaración se le dará copia al testigo, sea inmediatamente, sea enviándosela después a su domicilio.

5. En lo posible, los testigos menores de 18 años y las mujeres prestarán sus declaraciones ante una funcionaria mujer. Los menores de 18 años serán acompañados por sus padres, abuelos o guardadores, o por quienes los tuvieren bajo su cuidado.

6. Cuando se estime necesario, se mantendrá en reserva la identidad y las declaraciones del testigo, dando cuenta de esta medida al fiscal.

Los funcionarios policiales tienen prohibido informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de los testigos.

7. Se consultará al testigo si teme por su seguridad o la de su familia. En caso de existir indicios de hostigamientos, amenazas o probable atentado, se dará inmediata cuenta de esta circunstancia al fiscal, a fin de que adopte una medida de protección.

8. El procedimiento con testigos se desarrollará de modo tal que ocasione las menores molestias o inconvenientes a éstos. La policía establecerá una relación de confianza y compromiso con el testigo para el éxito de la investigación”.

4) Recibir las denuncias del público

(Art. 83, letra e) CPP). En relación con esta actuación, el Ministerio Público ha instruido:

“1. Todo funcionario policial recibirá las denuncias que cualquier persona le formule, entregue o envíe, cualquiera sea el lugar y el medio empleado, y en caso de no ser su cometido institucional el registro de esa denuncia velará porque dicho registro se realice de acuerdo con la organización y los procedimientos administrativos que al efecto se ha dado la institución policial. Cuando esto último no sea posible sin perjuicio para el denunciante, el propio funcionario se ocupará del debido registro de la denuncia.

2. Para el registro de la denuncia, los funcionarios policiales emplearán los modelos de “parte tipo” que al efecto ha elaborado la Fiscalía Nacional del Ministerio Público y que se insertan como anexo a estas instrucciones generales. Dichos modelos deben emplearse también tratándose de denuncias por escrito, sin perjuicio del envío del documento del denunciante a la fiscalía. El uso de los modelos en las respectivas unidades policiales se adecuará a las condiciones materiales, tecnológicas y de personal de cada una, siendo sólo esencial que se respeten las definiciones que ellos contienen respecto de los datos a registrar y el orden preciso en que deben registrarse. Cada institución policial elaborará los instructivos o manuales que estime convenientes para el adecuado registro de las denuncias.

3. Recibida una denuncia, se dará cuenta inmediatamente a la fiscalía correspondiente, por el medio más expedito, según lo señalado en el acápite (...) precedente (Comunicaciones entre Ministerio Público y policía).

4. Tratándose de la denuncia de los delitos que a continuación se indican, y en los demás casos en que el denunciante expresamente lo requiera, la denuncia será sometida a un régimen de reserva, registrándose exclusivamente en un registro especial de acceso restringido y remitiéndose al Ministerio Público en sobre sellado.

- a) Delitos previstos en la ley 19.366 que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas;
- b) Delitos previstos en la ley 18.314 que determina conductas terroristas y fija su penalidad;
- c) Delitos previstos en los párrafos 5º, 6º y 9º del Título VII, del Libro II C.P. (delitos sexuales);
- d) Delito de aborto previsto en los artículos 342, 343, 344 y 345 C.P.;
- e) Delitos contra la vida previstos en los artículos 390, 391 y 394 C.P.;
- f) Delitos de lesiones previstos en los artículos 395, 396, 397 y 398 C.P., y
- g) Delitos contra la propiedad previstos en los artículos 433 y 438 C.P.

5. Tratándose de denuncias anónimas que, sin embargo, a juicio del funcionario reúnan requisitos de plausibilidad y gravedad, se harán llegar los antecedentes a la respectiva fiscalía, a fin de que el Ministerio Público inicie, si lo estima pertinente, una investigación de oficio”.

5) Control de identidad

Se establece esta posibilidad en el art. 85 del CPP el cual, de acuerdo al actual texto –que fue modificado por la ley N° 19.789 de 30 de enero de 2002– dispone: “Los funcionarios policiales señalados en el artículo 83 podrán, además, sin orden previa de los fiscales, solicitar la identificación de cualquier persona en casos fundados, tales como la existencia de un indicio de que ella hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, de que se dispusiere a cometerlo, o de que pudiese suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta. La identificación se realizará en el lugar en que la persona se encontrare, por medio de documentos de identificación expedidos por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial deberá otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos instrumentos.

Durante este procedimiento, la policía podrá proceder al registro de las vestimentas, equipaje o vehículo de la persona cuya identidad se controla.

En caso de negativa de una persona a acreditar su identidad, o si habiendo recibido las facilidades del caso no le fuere posible hacerlo, la policía la conducirá a la unidad policial más cercana para fines de identificación. En dicha unidad se le darán facilidades para procurar una identificación satisfactoria por otros medios distintos de los ya mencionados, dejándola en libertad en caso de obtenerse dicho resultado. Si no resultare posible acreditar su identidad, se le tomarán huellas digitales, las que sólo podrán ser usadas para fines de identificación y, cumplido dicho propósito, serán destruidas.

Los procedimientos dirigidos a obtener la identificación de una persona en los casos a que se refiere el presente artículo, deberán realizarse de la forma más expedita posible, y el abuso en su ejercicio podrá ser constitutivo del delito previsto y sancionado en el artículo 255 del Código Penal. En caso alguno estos procedimientos podrán extenderse en su conjunto a un plazo superior a las seis horas, transcurridas las cuales la persona que ha estado sujeta a ellos deberá ser puesta en libertad”.

[Respecto a esta norma debemos dejar constancia de que ella no se contemplaba en el texto primitivo del Proyecto de CPP que fue enviado al Parlamento. Fue incorporada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, a raíz de una indicación (Nº 140) del Senador señor Cordero, ex General Director de Carabineros.

Su antecedente legal inmediato es la ley Nº 19.567 la cual, en su art. 1º, sustituyó el art. 260 del CPP (1906), eliminando los numerandos que autorizaban a la policía a detener bajo su exclusivo criterio, juzgando ciertas apariencias (ej.: “el que se encontrare (...) en circunstancias que presten motivo fundado para atribuirle malos designios...”), lo que acabó con la “detención por sospecha” y que, además introdujo el art. 260 bis el cual es similar a la redacción del art. 85 CPP, que estamos analizando. Posteriormente, se dictó la ley Nº 19.693, en la materia.

En relación con los cambios que se adicionaron al texto del art. 85, por la ley Nº 19.789, en lo substancial, ellos implican: i) se amplía la facultad de control de identidad a las faltas, lo que no existía en el texto anterior; ii) se autoriza para que, con ocasión del control, se proceda al registro de vestimentas, equipaje o vehículo del controlado; iii) se aumenta el tiempo máximo de duración del procedimiento, desde 4 a 6 horas; iv) se autoriza directamente a la policía para tomarle huellas digitales al controlado].

Así, al igual que el artículo 260 bis citado (CPP 1906), el nuevo texto antes transcrito establece el llamado “Control de Identidad”, procedimiento mediante el cual los funcionarios policiales (Carabineros e Investigaciones) están facultados para solicitar la identificación de cualquier persona, sin la necesidad de una orden previa del Ministerio Público, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

i) Que se trate de casos fundados

Es decir, que exista mérito suficiente para controlar la identidad de una persona. Al respecto, el propio precepto legal ha considerado como casos fundados los siguientes:

i.1) La existencia de un indicio de que la persona a quien se requiere la identificación hubiere cometido o intentado cometer un crimen, simple delito o falta, o que se dispusiere a cometerlo. Estos indicios deben derivarse de la conducta del sujeto y no de su aspecto, vestimenta, o consideraciones de tipo socioeconómicas, raciales u otras igualmente discriminatorias, y

i.2) Que el controlado pudiere suministrar informaciones útiles para la indagación de un crimen, simple delito o falta.

Sin embargo, de la lectura del texto se desprende que los casos fundados antes citados, no están establecidos en forma taxativa (“tales como”), por lo que podría extenderse esta figura a otras circunstancias, siempre que estén fundadas. Tal sería el caso de los eventuales testigos, conforme a las instrucciones impartidas por el Ministerio Público.

ii) Lugar de la identificación

Ella se deberá realizar en el lugar en que la persona se encontrare;

iii) Formas de acreditar la identidad

Se podrá acreditar la identidad a través de cualquier documento de identificación expedido por la autoridad pública, como cédula de identidad, licencia de conducir o pasaporte. El funcionario policial debe otorgar a la persona facilidades para encontrar y exhibir estos documentos. Esta facultad de control policial debe ejercerse de la forma más expedita posible.

iv) Duración del procedimiento de identificación. Como se citó, a fin de evitar excesos policiales o dilaciones, el conjunto de procedimientos que establece el art. 85 no podrá extenderse por un plazo mayor de 6 horas, transcurridas las cuales la persona controlada debe ser puesta en libertad.

v) Situación de la persona que se niega o no puede acreditar su identidad. Derechos. Si al controlado no le fue posible acreditar su identidad por los medios señalados, o bien se negó a ello, la policía lo conducirá a la unidad más cercana, para fines de identificación.

En dicho recinto se le darán facilidades para acreditar su identidad por otros medios distintos de los ya mencionados (como sería, por ejemplo, un carné de alguna entidad previsional, de salud, etc. Incluso, la Comisión del Senado llegó a la conclusión de que será procedente la identificación mediante testigos, lo que tendrá la ventaja de que quedarán identificados éstos, si la identidad afirmada resultare falsa). Es obvio señalar que si de la simple observación de los documentos que acrediten la identidad, las policías llegan a la conclusión de que han sido falsificados, deberán proceder conforme al procedimiento de los delitos flagrantes a que se refieren los arts. 129 y 130 del CPP y dar aviso inmediato al fiscal de turno.

Si aun así la persona tampoco puede acreditar su identidad, antes de la modificación de la ley Nº 19.789, se le podía ofrecer a la persona ponerla en libertad si autorizaba por escrito que se le tomasen huellas digitales, las que solamente podían utilizarse para fines de identificación (debemos señalar que el texto que había agregado la Comisión del Senado contemplaba la posibilidad de tomar fotografías lo que, según un diputado de la Comisión Mixta que aprobó el texto definitivo del CPP, criterio que compartimos, se acercaba mucho a la confección de un prontuario, que es bastante indigno para el controlado).

Sin embargo, el texto post modificación permite a las policías, como ya dijéramos, tomar directamente las huellas digitales del controlado. Sobre esta posibilidad se ha escrito, criticándola con razón: “La norma que autoriza la toma de huellas digitales en estas condiciones crea, sin lugar a dudas, un problema de relevancia constitucional porque afecta el principio de no autoincriminación, en cuanto autoriza la utilización del imputado como órgano de prueba sin que medie su consentimiento ni autorización judicial previa subsidiaria. En este sentido, la nueva disposición se distancia de la regla establecida en el mismo código para la obtención de antecedentes probatorios similares, tales como exámenes corporales (art. 197 CPP) o prueba caligráfica (art. 203 CPP), ya que en todos ellos se requiere siempre el consentimiento del imputado o autorización judicial en subsidio”.⁴⁹

Siempre que el sujeto, por aplicación del art. 85, haya sido conducido a la unidad policial, el funcionario que lo traslada debe informarle verbalmente de su derecho a que se comunique a su familia o a la persona que indicare, de su permanencia en el cuartel policial (esta comunicación la hace la policía y, según la Comisión del Senado, “dicha información deberá recaer sólo sobre su paradero, puesto que el sujeto no está detenido”).

Asimismo, el “retenido” no puede ser ingresado a celdas o calabozos, ni mantenido en contacto con personas detenidas. En todo caso, aunque se niegue a acreditar su identidad, debe ser puesto en libertad al cabo de las 6 horas. Obviamente, en el caso de una situación de flagrancia, la persona debería ser detenida y seguirse a su respecto el procedimiento indicado en los arts. 129, 130 y 134 del CPP y no el procedimiento indicado en el art. 85 del mismo.

6) Exámenes de vestimenta, equipaje o vehículos

Es otra de las actuaciones que la policía puede llevar a cabo sin necesidad de orden previa. Regulada en el art. 89 del CPP.

Esta posibilidad se aplica al detenido y se refiere a sus vestimentas, al equipaje que portare o al vehículo que condujere, cuando existieren indicios que permitan creer que en ellos oculta objetos importantes para la investigación. Si se trata del examen de vestimentas, se comisionará a personas del mismo sexo del imputado, guardando las consideraciones pertinentes.

(El CPP –1906– contemplaba esta medida sólo respecto de los vestidos que lleven las personas respecto de quienes haya indicios para creer que ocultan en ellos objetos importantes para la investigación o comprobación de un delito).

6.1. Examen del sujeto a control de identidad

La autorización que la ley concede para este tipo de registro se ha extendido, como ya advertimos, al procedimiento de control de identidad, conforme al nuevo inciso 2º del art. 85 del CPP, introducido por la ley N° 19.789. Empero, además, se extiende a la hipótesis de la persona que ha de ser citada en caso de flagrancia (según el nuevo texto del art. 134 del CPP, después de la ley N° 19.789).

[Sobre el punto se han formulado, con asidero, fuertes críticas –por vía ejemplar– citamos: “La ampliación de la facultad de registrar vestimentas, equipaje y vehículo parece estar inspirada en razones de seguridad para los funcionarios policiales que llevan a cabo el procedimiento. Sin embargo, la generalidad con que la ley concede la autorización excede con creces el ámbito necesario para lograr ese objetivo, ya que, para tal efecto, habría bastado con autorizar un registro superficial y externo de las vestimentas de la persona o de su espacio circundante para detectar armas que puedan poner en peligro la seguridad del funcionario. Adicionalmente, los términos del nuevo inciso segundo del art. 85 CPP y del nuevo inciso 2º del art. 134 CPP plantean un problema de consistencia con otras normas del CPP, por cuanto parecieran autorizar el registro en forma amplia, sin otros requisitos que el de encontrarse la policía en desarrollo del procedimiento de control de detención o de citación en caso de flagrancia. Lo anterior resulta inaceptable, ya que debe recordarse que el registro de vestimentas, equipaje o vehículo requiere que se cumpla siempre con el requisito general del art. 89 CPP, que consiste en la existencia de indicios que permitieren estimar que oculta en ellos objetos importantes para la investigación. Una interpretación consistente de las nuevas disposiciones en esta materia debe necesariamente considerar que dicho requisito le es, también, aplicable. Entenderlo de otro modo sería aceptar que la ley impone mayores exigencias al registro del detenido que al registro del sometido a control de identidad o al citado en caso de flagrancia, lo que rompe todo criterio de proporcionalidad y conduce a una conclusión absurda”].⁵⁰

7) Levantamiento del cadáver

Se regula esta situación en el art. 90 del CPP. Por mandato de dicha norma, el jefe de la unidad policial correspondiente, ya sea en forma personal o por intermedio de un funcionario de su dependencia, podrá, además de llevar a efecto lo dispuesto en el art. 181 (descripción y registro del sitio del suceso), dar la orden de levantamiento del cadáver en los casos de muerte en la vía pública, sin perjuicio de las facultades que correspondan a los órganos encargados de la persecución penal.

Esta norma debe relacionarse con lo preceptuado en el art. 201 del CPP, que regula la entrega del cadáver.

En relación a estas actuaciones, el Ministerio Público ha emitido instrucciones generales que, en lo pertinente, disponen (según oficios N°s. 169 y 170, de 8 de noviembre del año 2000, contenidos en Instructivo N° 19):

“1. Siendo facultativa la atribución conferida al Jefe de la Unidad Policial correspondiente, instruimos a la policía en el sentido de que dicha atribución sólo se haga efectiva en los casos de muerte en la vía pública, causada por vehículo, es

⁴⁹ Horvitz (MI)-López (J). Op. Cit., pág. 603.

⁵⁰ Ídem anterior.

decir, por accidente del tránsito, y que en el resto de los casos de muerte por razones distintas, se proceda de acuerdo a las reglas generales.

Si bien la norma legal no distingue entre las muertes causadas por vehículo y aquellas en que es producida por otra causa, esta Fiscalía Nacional estima más prudente para el éxito de la investigación y para la preservación de las evidencias del delito, circunscribir la atribución señalada en el artículo 90 a los casos de muerte en la vía pública causada por vehículos, dejando los fallecimientos por otras razones en que el cadáver aparezca en la vía pública, a las reglas generales.

De otra parte y confirmando la idea anterior, el artículo 90 expresa que la orden de levantamiento del cadáver es sin perjuicio de las facultades que correspondan a los órganos encargados de la persecución penal, esto es de los fiscales del Ministerio Público.

2. Por ello, se podrá hacer excepción a las reglas generales sobre resguardo del sitio del suceso señaladas (...) (en forma) precedente (Resguardo del sitio del suceso, trabajo del sitio del suceso, recogida, tratamiento y custodia de la evidencia...) en los casos de muerte causada por vehículos en la vía pública, y siempre que la muerte aparezca inequívocamente causada por accidente de tránsito. En el resto de los casos de muerte de una persona que aparezca en la vía pública, estimamos conveniente recurrir a las facultades generales que se mencionan en el Código Procesal Penal, en especial en el art. 83 del Código sobre cuya aplicación se instruye en el presente oficio.

3. En los casos de muerte en la vía pública causada por vehículos, la descripción del lugar y la constancia del estado de las personas y objetos, así como la orden de levantamiento del cadáver, podrán ser realizadas por el jefe de la unidad policial correspondiente, en forma personal o por intermedio de un funcionario de su dependencia, quien dejará constancia de lo obrado. Dicha constancia será entregada o remitida al fiscal.

4. En cuanto a lo que se entiende por “Jefe de la Unidad Policial”, la Comisión de Legislación del Senado “coincidió en que, en algunos pueblos apartados es posible que no haya un oficial de Carabineros, por lo que acordó que sea el Jefe de la Unidad Policial, en forma personal o por intermedio de un funcionario de su dependencia, quien realice la diligencia”.

Esta Fiscalía Nacional entiende que sin perjuicio de esta constancia, el responsable del levantamiento del cadáver es el Jefe de la Unidad Policial correspondiente y que las actuaciones de un funcionario de su dependencia se hacen bajo su responsabilidad.

5. Para el caso de que existan en el lugar unidades policiales de Carabineros e Investigaciones, instruimos que se recurra primeramente a Carabineros en atención a que hasta ahora ha sido el servicio policial a cargo del levantamiento de cadáveres cuando el fallecimiento se haya debido a accidentes del tránsito. En el evento de que no existiera una unidad policial de Carabineros en el lugar, podrá recurrirse al Jefe de la Unidad Policial de Investigaciones.

6. En caso de cualquier duda sobre las circunstancias de la muerte, se cumplirá el procedimiento normal establecido en el acápite... precedente (Resguardo del sitio del suceso, trabajo del sitio del suceso, recogida, tratamiento y custodia de la evidencia)”.

8) Entrada y registro en el caso del art. 206 CPP

La norma citada permite a las policías entrar en un lugar cerrado y registrarlo, sin el consentimiento expreso del propietario o encargado ni autorización judicial previa, en el evento de que existan llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes que indiquen que en el recinto se está cometiendo un delito. (Sobre el punto, vid. infra, Cap. III, Segunda Parte, 3.4.2.1, e).

C. PROHIBICIÓN DE INFORMAR

Finalmente se debe dejar constancia de que sobre los funcionarios policiales pesa la prohibición de informar a los medios de comunicación social acerca de la identidad de personas vinculadas, o que pudieren estarlo, a la investigación de un hecho punible (art. 92 CPP).

[En la Cámara de Diputados (sesión 23^a, 13 de enero de 1998) se hizo presente que esta disposición resultaba bastante contradictoria con el proyecto sobre libertad de prensa, siendo necesario precisar qué era lo que se quería evitar que se conociera. Se aclaró que el objeto de la disposición era impedir que los funcionarios policiales proporcionaran información a la prensa antes de que la conociera el fiscal o tribunal.

Se expresó que la publicidad en el nuevo Código se irá dando gráficamente en tres etapas: “1° La etapa de máxima restricción en cuanto a la publicidad es la de investigación, en que hay dos entes trabajando. Claramente, la publicidad tiene que ser diferente. Cuando el fiscal tome conocimiento, conjuntamente con las partes, de ciertos hechos que le traiga la policía, si las partes quieren darlos a conocer, o el fiscal cree procedente que se les dé publicidad, podrán hacerlo. Lo que no es posible es que la policía en su investigación esté dando a conocer aquellos que está investigando y en los que hay incipientes sospechas respecto de la culpabilidad de una persona; 2° La publicidad será creciente en la medida en que avance el procedimiento y exista convicción sobre la comisión del delito y las personas involucradas; 3° La etapa de mayor publicidad es el juicio, que es oral, público y con la mayor transparencia. Los testigos, los inculpados y la defensa están frente al público y podrán entrar los periodistas”.

En consecuencia, “la idea es que, en principio, ningún órgano del sistema, o sea, ni el fiscal ni la policía, pueda informar a la prensa antes de presentar judicialmente los cargos al imputado. Este es el mínimo principio de lealtad. No se puede informar a la prensa de algo si, paralelamente, no se da al imputado la oportunidad de defenderse”].

Finalmente debemos dejar constancia de que, a diferencia del artículo 74 bis B del actual CPP (1906), no se estipula una sanción corporal penal para el caso de infracción de este art. 92 CPP, porque no se consideró pertinente incorporarla en un Código de orden adjetivo, y no en el Código Penal u otra ley especial.

2.3. El imputado

A. CALIDAD DE IMPUTADO Y DERECHOS

El nuevo procedimiento penal establece una serie de derechos para el imputado. En primer lugar, en el Título I, del Libro Primero del CPP, dentro de los principios básicos, como ya se analizó (vid. supra Primera Parte, 1.2), se señala que todas las facultades, derechos y garantías que la Constitución, el CPP y otras leyes reconocen a la persona a quien se le atribuyere participación en un hecho punible se podrán hacer valer desde la primera actuación del procedimiento dirigido en su contra y hasta la completa ejecución de la sentencia (art. 7° CPP). Y se expresa que se entiende por primera actuación del procedimiento cualquiera diligencia o gestión, sea de investigación, de carácter cautelar o de otra especie, que se realizare por o ante un tribunal en lo criminal, el Ministerio Público o la policía, en la que se atribuyere a una persona responsabilidad en un hecho punible y en la que se señale a una persona como participe en aquél.

En segundo lugar se consagra que (art. 8° CPP) el imputado tendrá derecho a ser defendido por un letrado desde la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra. Asimismo, se expresa que tendrá derecho a formular los planteamientos y alegaciones que considerare oportunos, así como a intervenir en todas las actuaciones judiciales y en las demás actuaciones del procedimiento, salvo las excepciones legales expresas.

Es menester tener presente que, según el art. 104 CPP, el defensor podrá ejercer todos los derechos y facultades que la ley reconoce al imputado, a menos que expresamente se reservare su ejercicio a este último en forma personal.

Debemos recordar también, como ya se analizó (vid. supra, primera parte, 1.2), letra D), que el establecimiento expreso de la presunción de inocencia representa una garantía procesal que se torna insoslayable para todos los participantes en el procedimiento y se relaciona con una serie de normas del nuevo Código, como las ya citadas y otras que se mencionarán (como la que consagra los “derechos del imputado”, las normas sobre medidas cautelares personales, las sobre declaración del inculpado, etc.).

La norma que contiene los “derechos y garantías del imputado” es el artículo 93 del CPP que dispone que todo imputado puede hacer valer, hasta la terminación del proceso, los derechos y garantías que le confieren la leyes. Dicha norma reconoce, en especial y a modo de ejemplo (no taxativa), los siguientes derechos:

- 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 (en doctrina el llamado “derecho a la intimación”);
- b) Ser asistido por un abogado desde los actos iniciales de la investigación;
- c) Solicitar de los fiscales diligencias de investigación destinadas a desvirtuar las imputaciones que se le formularen;
- d) Solicitar directamente al juez que cite a una audiencia, a la cual podrá concurrir con su abogado o sin él, con el fin de prestar declaración sobre los hechos materia de la investigación;
- e) Solicitar que se active la investigación y conocer su contenido, salvo en los casos en que alguna parte de ella hubiere sido declarada secreta y sólo por el tiempo que esa declaración se prolongare;
- f) Solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa y recurrir contra la resolución que lo rechazare;
- g) Guardar silencio o, en caso de consentir en prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento;
- h) No ser sometido a tortura ni a otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, e
- i) No ser juzgado en ausencia, sin perjuicio de las responsabilidades que para él derivaren de la situación de rebeldía.

De entre este catálogo no taxativo de derechos deben destacarse algunos, como las letras a) y e). En relación con el secreto de la investigación esta norma modifica radicalmente las actualmente vigentes (CPP 1906), y debe relacionarse con el artículo 182 del CPP que establece que “Las actuaciones de investigación realizadas por el Ministerio Público y por la policía serán secretas para los terceros ajenos al procedimiento.

El imputado y los demás intervinientes en el procedimiento podrán examinar los registros y los documentos de la investigación fiscal y policial.

El fiscal podrá disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto...”. Estas decisiones del fiscal pueden ser impugnadas ante el juez por el imputado o los otros intervinientes.

Sin perjuicio del secreto que se puede decretar respecto de los elementos antes señalados no se podrá decretar esta reserva sobre la declaración del imputado o cualquier otra actuación en que hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir, las actuaciones en que participe el tribunal, ni los informes evacuados por peritos, respecto del propio imputado o de su defensor. Como se desprende de la mera lectura, se introduce una radical modificación a las normas actualmente vigentes en la materia, adecuando la normativa procesal penal chilena al respeto efectivo de los principios que informan el

nuevo procedimiento (contradictorio), a la presunción de inocencia, a las normas constitucionales y a los tratados internacionales suscritos por Chile (v.gr.: Pacto de San José de Costa Rica).

B. DECLARACIONES DEL IMPUTADO. DISTINCIÓN Y REGULACIÓN. CARÁCTER DE MEDIO DE DEFENSA. PROHIBICIONES

El CPP contempla que la declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento y que ésta, claramente, es un derecho del imputado y un medio para su defensa.

Esta declaración puede prestarse frente a la policía, al fiscal, al Juez de Garantía o, finalmente, ante el tribunal de juicio oral en lo penal, según el estado del procedimiento en que nos encontremos. Distinguiremos así:

B.1. Declaraciones del imputado ante la policía

Esta posibilidad fue motivo de un intenso debate. Una opinión, expresada en el informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, sobre el Proyecto de CPP, refleja algunas de las razones que se tuvieron en cuenta para regular esta materia tal como se hizo en definitiva, después de su paso por el Senado: “(...) los mayores excesos y abusos se producen en este trance, lo que fue corroborado por diversos integrantes de la Comisión. Es una cuestión de principios. Los maltratos se producen en este tipo de interrogatorios. En la práctica, la policía interroga, lo cual es objeto de numerosas críticas. Hay dos alternativas: o la policía no interroga, salvo que se lo delegue el fiscal, como se propone, o que la policía interroge en presencia del abogado. Constitucionalmente, el letrado debería intervenir en el interrogatorio de la persona que está en presencia de la policía”.

En definitiva, el art. 91 CPP reguló la materia en los siguientes términos: “La policía sólo podrá interrogar autónomamente al imputado en presencia de su defensor. Si éste no estuviere presente durante el interrogatorio, las preguntas se limitarán a constatar la identidad del sujeto.

Si en ausencia del defensor el imputado manifestare su deseo de declarar, la policía tomará las medidas necesarias para que declare inmediatamente ante el fiscal. Si esto no fuere posible, la policía podrá consignar las declaraciones que se allanare a prestar, bajo la responsabilidad y con la autorización del fiscal. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia”.

De lo anterior se desprende que el sujeto no está obligado a declarar ante los agentes policiales. Si consiente en declarar, se debe recabar la autorización previa del fiscal. En el evento que éste lo autorice, la plena responsabilidad, por la práctica de la diligencia, recae en él. Al respecto, se han dado las siguientes instrucciones, por parte del Ministerio Público, a los organismos policiales (instructivo N° 31):

“Durante la investigación el fiscal podrá, en vez de citar al imputado a la fiscalía, encomendar a funcionarios policiales que le tomen declaración. Tal encargo se hará, señalándose especialmente que los funcionarios han sido autorizados a tomar la declaración voluntaria del imputado bajo la responsabilidad del fiscal. Para cumplir el encargo los funcionarios respectivos se comunicarán previamente –telefónicamente, por escrito o por otro medio que no implique apersonarse sin previo aviso al lugar en que se encuentre el imputado–, en día y hora hábil, y si éste está dispuesto a declarar ante ellos concertarán una entrevista con ese fin, de cuya realización se dará aviso previo también al abogado defensor, si lo hubiere. Al imputado se le exhibirá el encargo del fiscal y se le informará que tiene derecho a no declarar ante la policía, y, en todo caso, a no declarar bajo juramento. También se le informará que en la entrevista a que acceda puede y, en principio debe, estar presente su abogado defensor. De la realización de esta advertencia deberá quedar constancia por escrito. Si no fuera posible la presencia del abogado defensor en la entrevista y el imputado de todas maneras estuviere dispuesto a prestar declaración ante la policía y no ante el fiscal, harán constar por escrito su anuencia, sin perjuicio del deber del fiscal de cerciorarse de las condiciones en que el imputado consiente en declarar y presta su declaración. El defensor podrá incorporarse siempre y en cualquier momento a esta diligencia. La declaración deberá ser leída y firmada por el imputado. De la declaración podrá darse copia al imputado, si éste lo solicitare”.

“El mismo procedimiento procederá cuando se trate de imputado privado de libertad en un recinto penitenciario. En ese caso, el encargo del fiscal deberá ser previamente exhibido a los responsables del recinto y la entrevista se sujetará a las condiciones administrativas de la unidad penitenciaria”.

“Si se trata de la primera declaración prestada sobre los hechos imputados, se le comunicará detalladamente cuál es el hecho que se le atribuye. Se le dejará declarar todo lo que estime conveniente. En el registro que se practique de la declaración se hará constar, en su caso, la negativa de la persona a responder una o más preguntas”.

B.2. Declaración del imputado ante el Ministerio Público

Esta posibilidad se reglamenta en diversas normas del CPP. Se debe tener presente, en primer lugar que el imputado no está obligado a declarar ante el fiscal. Sin embargo, sí está obligado a comparecer ante él.

Si el imputado estuviere privado de libertad, el fiscal debe solicitar autorización al juez para que sea conducido a su presencia. Si la privación de libertad se debe a que se decretó la prisión preventiva del imputado, la autorización del juez será suficiente para que el fiscal ordene la comparecencia de aquél cuantas veces sea necesario, mientras se mantenga tal medida cautelar, salvo que se ordene lo contrario (art. 193 CPP).

A continuación deben analizarse los arts. 194, 195 y 196. El primero de ellos regula la “declaración voluntaria del imputado” ante el fiscal. Pesa sobre éste la obligación de dar a conocer al imputado, antes de comenzar y detalladamente, cuál es el hecho que se le atribuye, con todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo de comisión, incluyendo las que fueren importantes para su calificación jurídica (ej.: la violencia en el robo; la minoría de edad en otros casos, etc.), las normas legales aplicables y los antecedentes que la investigación arroje en su contra (concuera con el art. 93, letra a) CPP).

El imputado no puede negarse a proporcionar al Ministerio Público su completa identidad, debiendo responder las preguntas en tal sentido.

De todo, según las reglas generales, se debe dejar registro, en especial de la negativa a contestar una o más preguntas, si la hubo.

Luego de lo recién expresado debemos considerar las reglas de los arts. 195 y 196 CPP. Ambas normas establecen reglas que rigen toda declaración que preste el imputado en cualquier momento del procedimiento (aunque para el juicio oral existe norma expresa, en el art. 330 CPP, como se detallará en su oportunidad).

Se prohíben absolutamente los métodos de investigación o interrogación que coarten la libertad del imputado para declarar, no pudiendo sometérsele a coacción, promesa o amenaza (sólo se permite la promesa de una ventaja que esté expresamente contemplada en la ley penal o procesal penal. Piénsese, verbigracia, en el art. 33 de la ley N° 19.366).

En consecuencia está proscrito todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión y de dirección de los actos del imputado, en especial, cualquier forma de maltratos, amenazas, violencia corporal o psíquica, tortura, administración de fármacos o hipnosis. Estas prohibiciones rigen aun en el evento de que el imputado consienta en que se utilice alguno de ellos.

Se debe dejar registro de la declaración y del tiempo de duración de la misma. Si se ha provocado agotamiento al imputado, debe concedérsele el descanso prudente para que se recupere.

B.3. Declaración “judicial” del imputado

En cualquier momento del procedimiento, en cualquier etapa del mismo, el imputado tiene siempre derecho a prestar declaración, como un medio de defenderse de la imputación que se le dirige.⁵¹

El CPP denomina la declaración ante el Juez de Garantía como “judicial”.

[Sin embargo, no debe perderse de vista que, en el evento de que se realizara el juicio, esta declaración puede no ser conocida por el Tribunal de juicio oral en lo penal. En efecto, perfectamente un imputado puede declarar ante el Juez de Garantía y, posteriormente, no declarar en el juicio. Teniendo presente que la única prueba que formará la convicción del tribunal colegiado del juicio oral es la que se rinde ante los jueces que lo forman (salvo la denominada “prueba anticipada”, que se analizará más adelante), puede suceder que la declaración que ahora analizamos no se pueda introducir, por la vía de su lectura, en tal etapa de juicio.

Ello sin perjuicio de que, por ejemplo y según parte de la doctrina, un agente de policía citado a declarar como testigo en el juicio oral, pudiese prestar testimonio “de oídas” sobre una declaración voluntaria del acusado, prestada durante la etapa de investigación⁵². Con todo, esta última posibilidad es, fuertemente, controvertida en la experiencia comparada. Así en España, en conformidad a la interpretación que se da a las reglas de los artículos 710 y 714 de la LECrim., se excluye la posibilidad de utilizar testigos “de referencia”, esto es, que conocen del hecho a través de otros testigos sean directos o, a su vez, de referencia, respecto de un imputado, en el caso de silencio por parte de éste. Se agrega que “en modo alguno podría la policía introducir en el juicio oral declaraciones del imputado en su presencia si las mismas no se produjeron con las debidas garantías”. Esta última afirmación se entiende referida al caso en el cual el acusado al declarar en el Juicio Oral contradice deposiciones anteriores ante la policía, debidamente ratificadas ante el Juez de Instrucción en presencia de su abogado. En Alemania, la posibilidad en análisis también se restringe fuertemente y sólo se permitiría en el evento de que no haya una oposición del imputado a la valoración de la declaración en el juicio oral].⁵³

En lo demás, el art. 98 CPP, expresa: “La declaración judicial del imputado se prestará en audiencia a la cual podrán concurrir los intervinientes en el procedimiento, quienes deberán ser citados al efecto.

La declaración del imputado no podrá recibirse bajo juramento. El juez o, en su caso, el presidente del tribunal, se limitará a exhortarlo a que diga la verdad y a que responda con claridad y precisión las preguntas que se le formularen. Regirá, correspondientemente, lo dispuesto en el artículo 326.

Si con ocasión de su declaración judicial, el imputado o su defensor solicitaren la práctica de diligencias de investigación, el juez podrá recomendar al Ministerio Público la realización de las mismas, cuando lo considerare necesario para el ejercicio de la defensa y el respeto del principio de objetividad.

⁵¹ Para una visión de la situación de esta materia en el Derecho comparado: DAMASKA, MIRJAN: “*Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal*”. Traducción de Andrea Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. 2000, págs. 217-221.

⁵² En tal sentido: MATUS, JEAN PIERRE. “Apuntes sobre la Prueba en el nuevo proceso penal”. En: “*La Semana Jurídica*”. Editorial Jurídica ConoSur. 8-14 de enero de 2001, pág. 5.

⁵³ ASENCIO MELLADO (JM). “*Derecho Procesal Penal*”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998, págs. 140, 259, 260. Asimismo:

a) ROXIN (C): “*Derecho Procesal Penal*”. Traducción de la 25ª Edición alemana. Editores del Puerto. Buenos Aires 2000, págs. 194, 195 y 207 a 217;

b) DE URBANO CASTRILLO (E)-TORRES MORATO (MA): “*La Prueba Ilícita Penal*”. Aranzadi Editorial. 2ª Edición. España 2000, págs. 61 a 68.

Si el imputado no supiere la lengua castellana o si fuere sordo o mudo, se procederá a tomarle declaración de conformidad al artículo 291, incisos tercero y cuarto”.

B.3.1. Declaración del acusado ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

Atendido el estado procesal en que se produce (abierto el juicio oral) la denominación de imputado no es correcta y se trata del “acusado”. Sin perjuicio de que se analizará en su oportunidad, las actuaciones del perseguido penalmente en la etapa de juicio oral pueden incluir el prestar declaración ante el tribunal colegiado. Al respecto, y recalcando que es un derecho exclusivo e inalienable del acusado utilizar este “medio de defensa”, deben tenerse presentes, entre otros, los arts. 326, 327, 330 y 338 del CPP.

La primera de dichas normas regula la facultad del acusado de prestar declaración durante el juicio. Se señala que aquél puede, a indicación del juez presidente, manifestar libremente lo que creyere conveniente respecto de la o las acusaciones en su contra.

Luego puede ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese orden. Asimismo, puede el acusado, en cualquier estado del juicio, solicitar ser oído con el fin de aclarar o complementar sus dichos. El art. 327 CPP, por su parte, establece que el acusado puede, en todo momento, comunicarse libremente con su defensor, sin perturbar el orden de la audiencia, salvo mientras presta declaración.

En relación con los métodos de interrogación, y en concordancia con las normas que ya analizamos en el punto anterior, se prohíben preguntas capciosas, sugestivas, inductivas o engañosas (art. 330 CPP).

Finalmente el acusado siempre tiene la “última palabra” en el juicio oral, según señala el inciso final del art. 338, antes de que se clausure el debate.

B.4. Declaración del coimputado

La posibilidad de que un coimputado preste declaración en un procedimiento contra su “socio en el crimen”, en especial si ésta es inculpativa, es una hipótesis que genera polémica en el derecho comparado.

En primer lugar es necesario definir el concepto de coimputado, a la luz de la experiencia foránea. En España se suele afirmar que son coimputados “las personas a las que se inculpa del mismo hecho punible como autor o partícipe (autor, inductor o cooperador necesario o no necesario) o por el encubrimiento o la receptación en relación con aquel delito”.⁵⁴

La doctrina y jurisprudencia españolas aceptan, aunque lo califican como “evidentemente peligroso”⁵⁵, el testimonio del coimputado. Por ello, la doctrina del Tribunal Supremo, no obstante definir su validez, lo permite con extrema cautela por ser un medio “impropio, extraño y especial” (sentencias de 28/11/1990, 12/02/1991 y 25/07/1991). Concretamente se sostiene, ahora por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ibérico: “la coparticipación no supone necesariamente la tacha o irrelevancia del testimonio, sino que constituye simplemente un dato a tener en cuenta por el tribunal penal a la hora de ponderar su credibilidad, en función de los factores concurrentes en cada caso” (sentencia 51/1995 de 23 de febrero).

En definitiva, se califica como testifical la prueba o declaración del coimputado, haciendo depender su eficacia como prueba “singularmente (de) la propia personalidad de quien declara y sus relaciones con la persona a quien acusa, así como la presencia de posibles móviles de autoexculpación” (sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 1988).

Esquemáticamente⁵⁶ se expresa, para franquear la valoración del testimonio del coimputado: “Los coimputados constituyen una figura difusa desde un punto de vista jurídico, dado que, por una parte son imputados cuando declaran sobre un hecho de otro coimputado, pero a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente...”

Los órganos judiciales han de valorar las siguientes circunstancias:

- La personalidad del delator (sic), especialmente sus relaciones con el sujeto coimputado.
- Los posibles móviles que le llevan a prestar tal declaración. En concreto si hay razones de odio, venganza, obediencia a tercera persona, presiones externas, etc.
- Que la finalidad de la declaración que inculpa a ese coimputado no sea, a su vez, exculpativa de la propia responsabilidad”.

Finalmente, se agrega a todo lo que venimos diciendo, a propósito de la situación en España, otro “factor de fiabilidad”, sin cuya concurrencia la declaración del coimputado carece de aptitud suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia: la existencia de otras pruebas que, aunque sea mínimamente, corroboren la versión del coimputado. En otras palabras, según parece entender el Tribunal Constitucional español en sentencia de 29 de septiembre de 1997 –STC 153/1997–, una resolución de condena no podrá, en ningún caso, fundarse únicamente en la declaración de un coimputado, con independencia del grado de fiabilidad intrínseca que ofrezca.⁵⁷

⁵⁴ PÉREZ DEL VALLE, C): “*Teoría de la Prueba y Derecho Penal*”. Editorial Dykinson. Madrid 1999, pág. 76.

⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS y otros. “*Derecho Procesal Penal*”. Citado por DE URBANO-TORRES MORATO. “*La Prueba Ilícita Penal*”. Op. Cit., pág. 69.

⁵⁶ ASENCIO MELLADO (JM). “*Derecho Procesal Penal*”. Op. Cit., pág. 261.

⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI (F): “El control de la fiabilidad probatoria: ‘*Prueba sobre la prueba*’ en el proceso penal”. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia 1999, pág. 126.

La situación en el derecho alemán es menos pacífica que en la península. En primer lugar, parte de la doctrina⁵⁸ afirma: “El imputado no puede ser testigo.

a) Por consiguiente, no puede presentarse como testigo en la propia causa, como sucede en el proceso penal angloamericano.

b) Tampoco un coimputado puede ser interrogado como testigo sobre la contribución al hecho de otro imputado”.

En todo caso y, aunque el mismo autor anterior la califica como una “manipulación indigna”, reconoce que la opinión dominante en Alemania “hace hincapié en que los presuntos cómplices sean imputados simultáneamente en la misma etapa del procedimiento. Ella admite, incluso, la separación del procedimiento con el fin exclusivo de hacer posible el interrogatorio, como testigo del que hasta ese momento era coimputado”. Amén de ello, existen razones de texto de la propia StPO que, en dicha República Federal, son invocadas para aceptar esta posibilidad.⁵⁹

Creemos, y no obstante el hecho de que un coimputado que declara puede encontrarse en una situación más desventajosa (porque, en el caso de que mienta, se enfrenta, al menos eventualmente, a una amenaza penal que no existía previamente, derivado del eventual falso testimonio prestado en la causa criminal), que las declaraciones de los también perseguidos criminalmente pueden aceptarse en Chile, con las fuertes prevenciones y limitaciones que recogen la doctrina y jurisprudencias europeas citadas.

C. IMPUTADO PRIVADO DE LIBERTAD

Amén de los derechos y garantías por así llamarlas “comunes a todo imputado”, el art. 94 CPP establece garantías adicionales para aquél, si estuviere privado de libertad. La norma citada previene: “El imputado privado de libertad tendrá, además, las siguientes garantías y derechos:

a) A que se le exprese específica y claramente el motivo de su privación de libertad y, salvo el caso de delito flagrante, a que se le exhiba la orden que la dispusiere;

b) A que el funcionario a cargo del procedimiento de detención o de aprehensión le informe de los derechos a que se refiere el inciso segundo del artículo 135;

c) A ser conducido sin demora ante el tribunal que hubiere ordenado su detención;

d) A solicitar del tribunal que le conceda la libertad;

e) A que el encargado de la guardia del recinto policial al cual fuere conducido informe, en su presencia, al familiar o a la persona que le indicare, que ha sido detenido o preso, el motivo de la detención o prisión y el lugar donde se encontrare;

f) A entrevistarse privadamente con su abogado de acuerdo al régimen del establecimiento de detención, el que sólo contemplará las restricciones necesarias para el mantenimiento del orden y la seguridad del recinto;

g) A tener, a sus expensas, las comodidades y ocupaciones compatibles con la seguridad del recinto en que se encontrare, y

h) A recibir visitas y comunicarse por escrito o por cualquier otro medio, salvo lo dispuesto en el artículo 151”. (Este último artículo se refiere a la hipótesis de restricción o prohibición de las comunicaciones que, solicitada por el fiscal y autorizada por el tribunal, puede decretarse respecto de un detenido o preso. Ello no restringe la garantía recién citada de la letra f) del art. 94 CPP, ni tampoco la posibilidad de tener una apropiada atención médica).

C.1. Derechos del abogado en la materia

Otra garantía indirecta para el imputado privado de libertad, la constituye la norma del artículo 96 del CPP que establece que todo abogado tiene derecho a requerir información acerca de si una persona está privada de libertad en un establecimiento de detención o prisión.

Al efecto, puede solicitar la confirmación al encargado del recinto y, en tal evento, puede conferenciar privadamente con el privado de libertad, con su consentimiento y, además, siempre con su aquiescencia, recabar la información acerca del motivo de privación de libertad y, en su caso, salvo delito flagrante, obtener la exhibición de la orden respectiva. Asimismo, si es requerido, el funcionario encargado deberá extender, en el acto, una constancia de que la persona no se encuentra en el establecimiento (art. 96 CPP).

C.2. Obligación de cumplimiento e información

Según el art. 97 CPP los órganos de persecución penal deben dejar constancia, en sus respectivos registros, de acuerdo al avance del procedimiento, de haber cumplido las normas legales que establecen los derechos y garantías del imputado.

Si bien se trató en este acápite, es una obligación que pesa sobre fiscales, tribunales y policías, respecto de todo imputado, libre, detenido o preso.

D. IMPUTADO REBELDE

Su situación se contempla en las normas de los arts. 99, 100 y 101 del CPP.

i) Causales de rebeldía

El imputado debe ser declarado rebelde en dos casos:

– Cuando, decretada judicialmente su detención o prisión preventiva, no fuere habido; o

⁵⁸ ROXIN, C.: “Derecho Procesal Penal”. Op. Cit., págs. 220 y ss.

⁵⁹ Ídem cita anterior.

– Cuando, habiéndose formalizado la investigación en contra del que está en el extranjero, no es posible obtener su extradición.

ii) Declaración de rebeldía

La debe hacer el tribunal ante el cual debía comparecer.

iii) Efectos de la rebeldía

a) Las resoluciones que se dicten en el procedimiento se tienen por notificadas personalmente al rebelde, en la fecha que se pronunciaren;

b) La investigación no se suspende por la declaración de rebeldía; el procedimiento continúa hasta la celebración de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral (en ella se podrá sobreseer definitiva o temporalmente, según el mérito de lo obrado);

c) Si la rebeldía se declarase durante la etapa de juicio oral, se sobreseerá temporalmente, hasta que el imputado comparezca o sea habido;

d) El sobreseimiento afectará sólo al rebelde, no así a los imputados presentes, respecto de los cuales continúa el procedimiento, y

e) El rebelde que fuere habido pagará las costas causadas con su rebeldía, salvo que justifique debidamente su ausencia.

E. AMPARO ANTE EL JUEZ DE GARANTÍA

Se regula en el artículo 95 del CPP, en los siguientes términos: “Toda persona privada de libertad tendrá derecho a ser conducida sin demora ante un juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de su privación de libertad y, en todo caso, para que examine las condiciones en que se encontrare, constituyéndose, si fuere necesario, en el lugar en que ella estuviere. El juez podrá ordenar la libertad del afectado o adoptar las medidas que fueren procedentes.

El abogado de la persona privada de libertad, sus parientes o cualquier persona en su nombre podrán siempre ocurrir ante el juez que conociere del caso o aquél del lugar donde aquélla se encontrare, para solicitar que ordene que sea conducida a su presencia y se ejerzan las facultades establecidas en el inciso anterior.

Con todo, si la privación de libertad hubiere sido ordenada por resolución judicial, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”.

Durante la tramitación parlamentaria se produjo una interesante discusión, acerca de esta materia. Se excluyó la “acción o procedimiento de amparo”, que se contempla en los arts. 306 y siguientes del CPP (1906), normas que otorgan al amparo, como se ha dicho, una característica de “instituto predominantemente procesal penal, en circunstancias que se trata, claramente, de una acción de rango y carácter constitucional, cuyo procedimiento y demás elementos normativos anexos deben ser materia de una Ley de Acciones Constitucionales, cual ocurre con la mayoría de los países americanos (Argentina, Perú, Costa Rica, Guatemala) o europeos (España) que han actualizado sus legislaciones”⁶⁰. Lo anterior no implica, evidentemente y como se verá, que el amparo desaparezca de nuestro ordenamiento jurídico.

Así, el amparo “tradicional” cuya fuente permanente es la CPR (y el Auto Acordado de la Corte Suprema de fecha 19 de diciembre de 1932, que reglamenta su procedimiento, a pesar de que debería ser materia de una ley, pues es el legislador el que debe establecer el procedimiento que utilizarán los tribunales, según hemos visto al analizar el art. 19 N° 3 de la CPR), se mantiene.

De la mera lectura del art. 95 CPP citado, se desprende que ese articulado no afecta la norma del art. 21 de la CPR. En efecto, pues el nuevo CPP confiere una acción judicial para recurrir ante el Juez de Garantía, con el fin de que examine la legalidad de la privación de libertad del recurrente o de un tercero, y las condiciones en que se encontrare. Empero, dicha privación de libertad no debe tener un origen jurisdiccional. Si la privación de libertad “hubiere sido ordenada por resolución judicial”, su legalidad sólo podrá impugnarse por los medios procesales que correspondan ante el tribunal que la hubiere dictado (recursos), sin perjuicio de lo prescrito en el art. 21 de la CPR (acción constitucional de amparo –o Habeas Corpus–).

Con respecto a la “historia fidedigna” del surgimiento del art. 95 CPP en análisis, una de las observaciones generalizadas que recibió la Comisión durante la discusión general del nuevo Código Procesal Penal se relacionó con la exclusión, dentro de su articulado, de la regulación del recurso de amparo.

Sin embargo, la Comisión optó por mantener esa decisión, porque incorporar el recurso de amparo contribuiría en alguna medida a reafirmar la idea de que es una acción procedente contra resoluciones judiciales, que es lo que ocurre hoy en día, en circunstancias que no tiene esa naturaleza ni una connotación penal, sino que apunta, precisamente y por el contrario, a que una persona pueda recabar el amparo de los jueces en contra de acciones de la autoridad que afecten su libertad.

El postulado de estimar procedente el amparo contra resoluciones judiciales responde a propósitos de garantía, explicables en el contexto del actual proceso penal, con escasas o nulas posibilidades de defensa durante la etapa sumarial, y

⁶⁰ TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. “¿Eliminación de la Acción de Amparo? (Ante las prematuras vicisitudes del Amparo en las regiones Cuarta y Novena)”. En: “*La Semana Jurídica*” N° 12. Edit. Jurídica ConoSur, págs. 5 y 6.

ha adquirido más actualidad a raíz de la improcedencia del recurso de queja en contra de la Corte de Apelaciones cuando se trata de revocar autos de procesamiento, por ejemplo, de manera que, al haberse cerrado el camino para llegar a la Corte Suprema por ese mecanismo, se está utilizando la fórmula del recurso de amparo.

Este pie forzado desaparece, sin embargo, en el nuevo Código Procesal Penal, que consagra un procedimiento que es contradictorio y que desde el inicio abre un amplio campo a la actuación de la defensa. Ahora bien, entendiendo que la expresión final del amparo es el derecho de la persona privada de libertad a ser llevada ante el juez, es preciso señalar que el nuevo Código lo contempla expresamente entre sus disposiciones.

No obstante, la Comisión acordó desarrollar en mayor medida esa garantía, contemplando una acción rápida, que se puede interponer verbalmente por cualquier persona ante el juez de garantía, con el objeto de que examine la legalidad de la detención y las condiciones en que se encontrare el detenido, así como para que ordene su libertad o adopte las medidas que fueren procedentes.

Es dable añadir que la decisión de no regular el recurso de amparo en el Código Procesal Penal guarda armonía con el hecho de que la necesidad de establecer en la ley el tribunal competente para conocerlo (puesto que el artículo 21 de la Constitución Política se refiere a la “magistratura que señale la ley”) está satisfecha con la regla del Código Orgánico de Tribunales que le encomienda tal atribución a la Corte de Apelaciones respectiva (artículo 63, N° 4°, letra b).⁶¹

E.1. Competencia

Con respecto a la competencia para conocer del “amparo” del art. 95 CPP, ésta corresponde en única instancia al Juez de Garantía, como se desprende de la misma norma su relación con el art. 370 del CPP (que establece las resoluciones del Juez de Garantía, susceptibles de apelación), y con el art. 14 letras a) y g) del COT, según el texto de la ley N° 19.665 y N° 19.708, que le da la función de “asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la Ley Procesal Penal”, y la facultad de “conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que este Código y la Ley Procesal Penal le encomiende”.

Cosa distinta es la competencia para conocer de la acción constitucional de amparo, del art. 21 de la CPR. De ella corresponde conocer, en primera instancia, a una sala de la Corte de Apelaciones respectiva, por aplicación del art. 63 N° 4, letra b) del COT y, en segunda instancia, a la Sala Penal de la Corte Suprema, por mandato del art. 98 N° 3 del mismo Código, en relación con el Auto Acordado pertinente de la misma Corte, publicado en el Diario Oficial de 14 de abril de 2000.

E.2. Paralelo entre ambos institutos

(art. 21 de la CPR/art. 95 CPP)⁶²

- 1) El amparo constitucional tiene carácter preventivo y correctivo, el del nuevo Código, simplemente correctivo;
- 2) La acción constitucional preserva la libertad ambulatoria y la seguridad individual; el del Código, la libertad ambulatoria y la recta observancia de las normas que regulan la privación de libertad;
- 3) El amparo constitucional tiene lugar cualquiera sea el origen de la privación, perturbación o amenaza a la libertad personal o seguridad individual; el amparo del Código no es procedente si la privación de libertad tiene origen jurisdiccional;
- 4) La tramitación del amparo constitucional se norma en el art. 21 de la CPR y en el Auto Acordado de la Corte Suprema del año 1932; la del CPP exclusivamente en ese cuerpo legal;
- 5) El amparo constitucional se falla en primera instancia por la Corte de Apelaciones respectiva y, en segunda, por la Sala Penal de la Corte Suprema; el del CPP, en única instancia por el Juez de Garantía.

[Respecto a este último punto, debe tenerse presente la posición del Ministerio Público, expresada en su instructivo N° 51 de fecha 20 de marzo de 2001, con la cual concordamos: “Las resoluciones del juez de garantía en el caso previsto en el inciso 3° del art. 95 del CPP, serán normalmente inapelables si no ponen término al juicio, hacen imposible su continuación o lo suspenden por más de treinta días, únicas hipótesis que permiten el recurso de apelación, según el art. 370 del mismo Código”. “...si excepcionalmente el juez de garantía al acoger el amparo y adoptar medidas para corregir las condiciones de la detención, resuelve además poner término al procedimiento, a hacer imposible su prosecución o suspenderlo por más de treinta días, en uso de las atribuciones del mismo artículo 95 y del artículo 10 del nuevo Código, en tales casos sus resoluciones serán apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva. Por ejemplo, si el juez de garantía junto con dejar sin efecto la detención de una persona y ordenar su libertad, dispone que al haberse infringido las garantías esenciales del procedimiento seguido ante la policía o ante el fiscal, es necesario suspender el procedimiento por más de treinta días y/o sobreseer temporalmente en la causa, sus resoluciones serán apelables conforme lo establece el art. 370 del C.P.P.

Respecto de la procedencia de la apelación, es también orientador el criterio expresado por el Senador Parra, al fundamentar su apoyo al nuevo art. 95, cuando expresó que este amparo especial, expedito y rápido, era resuelto mediante resoluciones que en algunos casos eran apelables ante la Corte de Apelaciones y que en tal sentido estaban cubiertas las garantías de los intervinientes en el proceso penal”].⁶³

⁶¹ Según consta en el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en 2° trámite constitucional del Proyecto de Ley sobre CPP, págs. 12-13.

⁶² Según lo desarrolla TAVOLARI OLIVEROS, RAÚL. En: “¿Eliminación...”. Op. Cit.

⁶³ Véase Instructivo N° 51 del Ministerio Público. En: “Reforma Procesal Penal. Ministerio Público Fiscalía Nacional. Instrucciones Generales N°s. 51 a 75”. Editorial Jurídica de Chile. 2002.

2.4. La defensa

A. PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES

Sin perjuicio de su estrecha relación con las garantías constitucionales aplicables al nuevo procedimiento penal y los principios básicos del mismo, que ya fueron antes analizados (vid. supra 1.1.2) y 1.2), el contenido del derecho de defensa en el nuevo proceso penal puede, muy esquemáticamente, resumirse en las siguientes notas básicas:⁶⁴

- a) El imputado tiene derecho a intervenir en el procedimiento desde que se inicia la persecución penal (vid. arts. 7º y 8º CPP);
- b) El imputado tiene derecho a conocer el contenido de la imputación (ej.: arts. 93 letra a) y 94 letra a) CPP);
- c) El imputado tiene derecho a contradecir las alegaciones de la acusación (tomada esta palabra en un sentido amplio, como alegación o actuación de la fiscalía contra un imputado) (ej.: durante la investigación arts. 94 letra f) –acceso a su abogado–, 135 –información de motivos de la detención–, 182 –prohibición de secreto sobre ciertos antecedentes de la investigación–, 183, 186, etc.; durante la etapa intermedia, arts. 260 –conocimiento del libelo de acusación–, 266 y siguientes sobre la audiencia de preparación del juicio oral, etc.; durante todo el desarrollo del juicio oral, como se verá, etc.);
- d) El imputado tiene derecho a formular sus alegaciones;
- e) El imputado tiene derecho a presentar sus pruebas. Esta posibilidad se traduce al menos en los siguientes derechos:
 - e.1) A que exista un juicio en el cual se reciba la prueba, el que –atendido que es un elemento capital del nuevo procedimiento, como se dijo– será el juicio oral;
 - e.2) A que las partes puedan proponer válidamente todos los medios de prueba de que dispongan (respecto al imputado, en relación con el juicio oral se concretiza, a modo ejemplar, en las facultades del art. 263 CPP);
 - e.3) A que la prueba válidamente propuesta sea admitida (véase, por ejemplo, el tenor del art. 277, letra e), en relación con el art. 276 del CPP);
 - e.4) A que la prueba admitida sea practicada y que todas las partes puedan intervenir en su práctica –principio del contradictorio en la producción de la prueba–, y
 - e.5) A que la prueba practicada sea valorada por el tribunal, es decir sea objeto de apreciación por el tribunal, señalando qué hechos y por qué medios se han tenido por acreditados, como fundamento de su decisión (considerar, por ejemplo, los arts. 295 y 297 CPP);
- f) Existe la posibilidad de la autodefensa;
- g) El imputado tiene derecho al defensor técnico (garantía constitucional). Este derecho tiene tres manifestaciones en el nuevo procedimiento, a saber:
 - g.1) Derecho al defensor de confianza (art. 102 CPP);
 - g.2) Derecho al defensor penal público (que se analizará más adelante), y
 - g.3) Derecho al defensor penal gratuito.

B. INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR. AUTODEFENSA. AUSENCIA DEL DEFENSOR. RENUNCIA O ABANDONO DE LA DEFENSA.

DEFENSA DE VARIOS IMPUTADOS EN UN MISMO PROCESO

Como ya se esbozó (vid. 2.3) letra A), la intervención del defensor del imputado es requisito sine qua non, dentro del nuevo procedimiento. En primer lugar el imputado tiene derecho a designar libremente uno o más defensores letrados de su confianza, desde la primera actuación del procedimiento hasta el término de la ejecución de la sentencia (art. 102, en relación con arts. 7º y 8º CPP). Si no hace uso de dicha facultad, el Ministerio Público solicitará que se le nombre un defensor penal público, o bien el juez procederá a hacerlo, en los términos que señale la ley respectiva (ley N° 19.718, publicada en el Diario Oficial de 10 de marzo del año 2001, que crea la Defensoría Penal Pública). En todo caso, la designación del defensor debe tener lugar antes de la realización de la primera audiencia a que fuere citado el imputado (art. 102 CPP).

Autodefensa

Se permite la autodefensa y el tribunal lo puede autorizar sólo cuando ello no perjudique la eficacia de la defensa; si éste es el caso, le designará de oficio un defensor letrado. No obstante esta designación, el imputado conserva su derecho a hacer planteamientos y alegaciones por sí mismo, según lo dispuesto en el art. 8º del CPP (art. 102 CPP).

Ausencia del defensor

La ausencia del defensor, en cualquier actuación en que la ley exigiere expresamente su participación, acarrea la nulidad de dicha actuación, salvo el caso del art. 286 del CPP (ausencia en el juicio oral), según lo dispuesto en el art. 103 CPP. En todos estos supuestos la defensa es necesaria e imprescindible.

Derechos y facultades del defensor

⁶⁴ Siguiendo a CAROCCA PÉREZ, ÁLEX. En: “Las Garantías...”. Op. Cit.

Como ya se dijo en su oportunidad, el defensor puede ejercer todos los derechos y facultades que la ley le reconoce al imputado, salvo que su ejercicio se reserve a éste en forma personal (ejemplo obvio: declaración).

Renuncia o abandono de la defensa

Si el defensor renunciare formalmente, no queda liberado del deber de realizar los actos inmediatos y urgentes que fueren necesarios para impedir la indefensión del imputado.

En el caso de renuncia o abandono de hecho de la defensa (o en el caso de que la ley presuma este abandono, como ocurre si el defensor no asiste a la audiencia del juicio oral), el tribunal deberá de oficio designar un defensor penal público, a menos que el imputado se procure antes un defensor de su confianza. Tan pronto este defensor acepte el cargo, cesa en sus funciones el designado por el tribunal. La designación de un defensor penal público no afecta el derecho del imputado a elegir posteriormente un defensor de su confianza, pero esta sustitución no produce efectos hasta que el nuevo defensor acepte el mandato y fije domicilio (art. 107).

Defensa de varios imputados en un mismo proceso

Se previene esta situación en el art. 105 del CPP. En principio se permite la defensa de varias personas “coimputadas” en el mismo procedimiento, salvo que haya incompatibilidad. El art. 105 CPP, señala: “La defensa de varios imputados podrá ser asumida por un defensor común, a condición de que las diversas posiciones que cada uno de ellos sustentare no fueren incompatibles entre sí.

Si el tribunal advirtiere una situación de incompatibilidad la hará presente a los afectados y les otorgará un plazo para que la resuelvan o para que designen los defensores que se requirieren a fin de evitar la incompatibilidad de que se tratare. Si, vencido el plazo, la situación de incompatibilidad no hubiere sido resuelta o no hubieren sido designados el o los defensores necesarios, el mismo tribunal determinará los imputados que debieren considerarse sin defensor y procederá a efectuar los nombramientos que correspondieren”.

C. RESUMEN

A modo de resumen, sintetizamos las principales características que la garantía de defensa tiene en el nuevo proceso penal, a saber:

a) Carácter esencial

Como se desprende de lo ya expresado, se asegura la más amplia posibilidad de intervención del imputado y defensor a lo largo de todo el proceso.

A modo de ejemplo, existen una serie de disposiciones que establecen la posibilidad de intervención del letrado. Entre ellas, verbigracia: i) alegación de la nulidad procesal cuando ha existido perjuicio para su cliente, presumiéndose de derecho que éste ha existido cuando se ha afectado el pleno ejercicio de una garantía o derecho fundamental reconocido en la Constitución (artículo 160 CPP), como por ejemplo la realización del juicio sin la presencia del acusado o del defensor, cuando se exige esta última; ii) intervenir en la declaración de testigos (arts. 309 y 329 CPP); iii) presentar informes de peritos de su confianza y pedir que sean citados al juicio oral (art. 314 CPP); iv) señalar los vicios de que adolecere el escrito de acusación; v) deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento; vi) exponer argumentos de defensa y señalar los medios de prueba cuyo examen solicitare para el juicio oral (art. 263, letra c), CPP); vii) interponer los recursos que procedieren en contra de las resoluciones que causen perjuicio a su representado, etc.;

b) La intervención del sujeto pasivo puede tener lugar desde el inicio del proceso penal (ya explicado);

c) El imputado, como se dijo, puede designar abogado de su confianza desde la primera actuación del proceso. En relación con este punto debemos remarcar que se exige que la defensa se lleve a cabo por un “abogado”, lo que descarta que en el nuevo proceso penal ésta pueda ser realizada por egresados o estudiantes de Derecho, en especial porque el juicio oral va a demandar una serie de destrezas que sólo pueden, presumiblemente, exigirse de un profesional ya recibido;

d) Se otorga la posibilidad de la autodefensa, y

e) Si el imputado no nombra un abogado defensor de su confianza, se le otorga el derecho a contar con un defensor de oficio o defensor público.

D. DEFENSA PENAL PÚBLICA

D.1. Situación actual

Hoy en día, en aquellas regiones donde aún no entra en vigencia el nuevo sistema, para asegurar a los litigantes un adecuado asesoramiento jurídico, existen en Chile el privilegio de pobreza y la asistencia gratuita a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial.

El privilegio de pobreza puede ser otorgado por sentencia judicial o dispensado por el solo ministerio de la ley.

Para obtener el primero, la solicitud respectiva debe ser sometida al procedimiento establecido en los artículos 129 a 137 del Código de Procedimiento Civil.

El segundo corresponde a aquellas personas a quienes la ley, en forma expresa, considera pobres.

Así, por ejemplo, el artículo 593 del Código Orgánico de Tribunales estima como presunción legal de pobreza la circunstancia de encontrarse preso el que solicita el privilegio, sea por sentencia condenatoria, sea durante la substanciación del juicio criminal.

Tanto uno como otro privilegio de pobreza se traducen, fundamentalmente, en dos grandes beneficios: el derecho a ser defendido y representado gratuitamente por los abogados y procuradores de turno, acorde con lo preceptuado en el artículo 591 del Código Orgánico de Tribunales, y la prohibición de imponerse condena para el pago de las costas de la causa, salvo ciertas excepciones.

El derecho a la defensa jurídica a quienes no puedan procurársela por sí mismos se presta en Chile, mayoritariamente, a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial creadas por las leyes N°s. 17.995 y 18.632.

Elas están organizadas a través de cuatro corporaciones base: Región de Tarapacá y Antofagasta; Región de Valparaíso, que abarca las regiones III, IV y V; Región Metropolitana, que cubre, además, las regiones VI, VII y XII, y Región del Bío Bío, para las regiones VIII, IX, X y XI).

Su sistema de financiamiento es mixto. Reciben un aporte fiscal consultado en el presupuesto del Ministerio de Justicia y aportes municipales a través de convenios.

En 1995, el aporte fiscal fue de 1.100.000 miles de pesos. En 1996, 1.908.044 miles de pesos. En 1997, de 2.541.812 miles de pesos. En 1998, de 3.425.284 miles de pesos. En 1999, de 5.159.467 miles de pesos.

Según cálculos estimativos consignados en un estudio del Instituto Libertad y Desarrollo, el aporte municipal correspondería a un monto cercano al 40% del presupuesto total de las CAJ, de acuerdo con un diagnóstico realizado por la Corporación de Promoción Universitaria en el año 1995, según datos del año 1992.

El personal profesional que en cada una se desempeña, en el orden en que se ha hecho mención a ellas, es de 29, 157, 208 y 164, con un total de 558. El estamento no profesional es de 27, 54, 140 y 60, para un total de 281. Los postulantes que realizan sus prácticas profesionales en las CAJ, como requisito para obtener el título de abogado son, en el orden ya aludido, 19, 62, 453 y 98, con un total de 632.

En menor grado, la asistencia jurídica es prestada por las clínicas jurídicas de algunas universidades públicas y privadas, o por algunas instituciones de caridad, como el Hogar de Cristo, que atiende a menores en conflicto con la justicia.

D.1.1. Críticas al sistema de defensa jurídica actual, en el ámbito penal (CPP 1906)

No obstante la normativa prevista tanto en la Constitución como en los tratados internacionales ratificados por Chile y vigentes, los actuales mecanismos para proveer de defensa jurídica a los imputados que en el vigente modelo procesal penal se encuentran sin abogados, son fundamentalmente dos.

El nombramiento de los abogados de turno, a fin de atender gratuitamente a aquellas personas que carecen de letrado en un proceso penal, según un sistema de asignación por turnos, no permite dar por satisfecha la obligación constitucional y legal del propio Estado de proveer de defensa letrada a las personas que carecen de ella, ya que el sistema mismo descansa en la caridad de los profesionales, que deben dedicar gratuitamente parte de su jornada de trabajo a atender a estas personas.

El sistema, de esta forma, resulta discriminatorio para los abogados, generalmente los nuevos o recién recibidos, nunca los consagrados, que deben soportar una carga pública que no pesa sobre otros profesionales liberales.

Y tanto es así que este sistema comenzó a ser abandonado y declarado inconstitucional en Europa, donde tuvo su origen hace más de treinta años, citándose, a vía de ejemplo, Austria, en 1971 y España en 1981.

La intervención del letrado de turno se produce con el auto de procesamiento y sólo se considera como trámite esencial de la defensa la contestación de la acusación. No hay intervención de un abogado defensor en el período previo y posterior a las actuaciones señaladas, ni se le considera en la práctica como un trámite importante para la defensa del imputado o procesado, que se ve entregado a su suerte.

La experiencia comparada, según se hace saber en el estudio de Libertad y Desarrollo⁶⁵ sobre un sistema de defensa pública para la nueva justicia criminal, no es satisfactoria respecto a la calidad de las prestaciones que se obtienen por esta vía, por lo que en muchos países se ha abandonado este camino.

Aun cuando constituye una obligación, la actuación de estos profesionales se reduce a aceptar la causa sin efectuar grandes diligencias en ella. Es una institución que no funciona y que ha ido quedando obsoleta, no siendo compatible con la cultura profesional actual.

El sistema de las Corporaciones de Asistencia Judicial tampoco permite tener por completamente satisfechas las exigencias de un moderno sistema judicial penal.

Estas descansan, mayoritariamente, sobre la base de la prestación de la defensa por egresados o licenciados en derecho que están haciendo su práctica profesional gratuita por un lapso de seis meses, para acceder al título de abogado, los cuales carecen de la experiencia necesaria para que ella sea realmente eficaz.

En rigor, esa defensa es otorgada por personas que aspiran a ser abogados, de manera que difícilmente pueden hacer frente, en igualdad de condiciones, a un letrado especializado en sostener la acusación, como será el fiscal del Ministerio Público en el futuro proceso penal.

Además, se produce una continua rotación de postulantes a cargo de cada caso, lo que no ofrece ninguna garantía de continuidad, de eficacia y de eficiencia para los imputados o acusados atendidos por este sistema.

⁶⁵ Véase: Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados. Boletín N° 2365-07-1.

En los convenios que las Municipalidades celebran con las Corporaciones de Asistencia Judicial, estas últimas tienden a que se defienda o se otorgue atención preferente a la persona o familia de la víctima del delito, más que a los inculpados. En la práctica, de los asuntos que atienden, un 25% corresponde a causas criminales.

D.2. El nuevo sistema. Defensoría Penal Pública

Dentro del conjunto de normas que forman el nuevo procedimiento en materia penal forman parte primordial las relativas a la Defensoría Penal Pública. En primer lugar es conveniente formular un concepto somero de lo que, en el nuevo sistema, se debe entender como Defensa Penal Pública. Ella se trata de una organización de personas y medios destinada a otorgar asistencia letrada al sujeto pasivo del proceso penal que careciere de ésta, sea por razones económicas caso en el que, de acuerdo a la Constitución, será obligación del Estado proporcionársela al interesado en forma gratuita, sea por cualquier otra razón, evento en el cual la autoridad estará autorizada para repetir y cobrar el valor de los servicios prestados. Es decir, en el nuevo procedimiento se diferencia entre defensa penal pública de asesoría o defensa penal gratuita

D.2.1. Esquema de la organización de la Defensa Penal Pública.

Prestadores de ella⁶⁶

El diseño del sistema de Defensa Penal Pública entrega ésta tanto a abogados pertenecientes a un órgano estatal (la “Defensoría Penal Pública”), como a letrados que ejerzan libremente la profesión, en instituciones privadas, sea cual sea su forma jurídica, o a Corporaciones de Beneficencia, Universidades, etc.

Es decir, el sistema de Defensa Penal Pública contiene dos subsistemas: el público (Defensoría Penal Pública) y el privado (formado por los abogados o instituciones de índole privada), que serán controlados por el subsistema público.

Por lo anterior es que la ley N° 19.718 ha instaurado un sistema de Defensoría Penal Pública, que tiene por finalidad la defensa de las personas imputadas o acusadas por un crimen, simple delito o falta, que sean de competencia de un Juzgado de Garantía, de un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, o de las respectivas Cortes, en su caso, que requieran de un defensor técnico de acuerdo a la ley procesal, y que carezcan de él (art. 2°).

A continuación examinaremos, en lo substancial, la ley mencionada.

A. RESUMEN DE LAS IDEAS MATRICES O FUNDAMENTALES Y OBJETIVOS DE LA LEY N° 19.718

La idea matriz o fundamental de esta normativa, representada por la situación, materia o problema que aborda, es el establecimiento de un sistema de defensoría penal pública. El establecimiento de este sistema busca plasmar, como objetivos:

1.- La defensa, a través de letrado, de los imputados o acusados por un crimen, simple delito o falta de competencia de un juzgado de garantías, de un tribunal de juicio oral en lo penal, o de las Cortes en su caso, que no cuenten con un abogado de confianza o designado por ellas mismas.

2.- Asegurar que todo imputado o acusado tenga la asistencia de letrado ante el Ministerio Público y los tribunales de justicia.

3.- Crear un servicio público que administre el sistema.

4.- Permitir la participación, en la prestación de la defensoría penal, de abogados funcionarios del servicio administrador, en las primeras diligencias del procedimiento y, excepcionalmente, en etapas posteriores.

5.- Regular la participación, en la prestación de la defensoría penal, de letrados particulares o pertenecientes a entidades públicas o privadas, con o sin fines de lucro, seleccionados mediante licitaciones a nivel regional y remunerados mediante el pago de los fondos licitados.

6.- Autorizar, de manera excepcional, la suscripción de contratos directos para la prestación de la defensoría penal, si las licitaciones fueren declaradas desiertas o el número de postulantes fuere inferior al requerido.

B. RELACIÓN DESCRIPTIVA DEL CONTENIDO DE LA LEY N° 19.718

Para materializar las ideas matrices o fundamentales y los objetivos señalados la Ley de la Defensoría Penal Pública consta de 75 artículos permanentes y 6 transitorios. Los primeros aparecen agrupados en siete títulos.

El Título I, denominado “Naturaleza, objeto, funciones y sede”, contiene los artículos 1° al 3°. El artículo 1° define a la Defensoría Penal Pública como un servicio público, descentralizado funcionalmente y desconcentrado territorialmente, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propio, sometido a la supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Justicia. El art. 2° establece su finalidad, la que ya explicamos, y el art. 3° señala que el domicilio y la sede del Servicio se encuentran en Santiago.

El Título II se denomina “De la organización y atribuciones de la Defensoría Penal Pública”, y está dividido en cinco párrafos:

El párrafo 1°, bajo el epígrafe “De los órganos de la Defensoría Penal Pública” (art. 4°) consagra que el Servicio se conforma por una Defensoría Nacional y por Defensorías Regionales. Éstas organizan su trabajo a través de las Defensorías Locales y de los abogados y personas jurídicas con quienes se convenga la prestación del servicio de la defensa penal.

⁶⁶ En esta materia, ver: CAROCCA PÉREZ, ÁLEX.

a) “La Defensa Penal Pública”. En: “*El nuevo Proceso Penal*”. Editorial Jurídica ConoSur. 2000, y

b) “La Defensoría Penal Pública”. En: “*El Nuevo Proceso Penal chileno*”. Universidad de Concepción. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Agosto de 2000, págs. 263 y ss.

Asimismo se refiere que existirá, además, un Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública y Comités de Adjudicación Regionales (denominados, estos últimos, en el Proyecto de Ley, como el Jurado Regional), que cumplen las funciones que explicaremos.

El párrafo 2º, artículos 5º al 10, se refiere concretamente a la Defensoría Nacional:

Ésta, que es la unidad superior encargada de la administración de los medios y recursos necesarios para la prestación de la defensa penal pública en todo el país, está a cargo del Defensor Nacional, el cual, en su calidad de jefe superior del Servicio, es funcionario de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Debe ser ciudadano con derecho a sufragio, tener el título de abogado por a lo menos diez años, y no encontrarse sujeto a alguna de las incapacidades e incompatibilidades para ingresar a la administración pública. Sus funciones son incompatibles con todo otro empleo remunerado, salvo las actividades docentes hasta por doce horas semanales. Le queda expresamente prohibido el ejercicio de la profesión de abogado, salvo en casos propios o de su cónyuge (art. 27).

Entre sus funciones, que enumera el artículo 7º, destaca, en forma especial, la de velar porque la defensoría penal pública se preste de manera eficiente en todo el país, para lo cual deberá fijar, oyendo al Consejo, los criterios de actuación de la Defensoría, los que se aplicarán en materia de recursos humanos, remuneraciones, inversiones, gastos, etc. Asimismo, debe fijar, con carácter general, los estándares básicos que deben cumplir en el procedimiento penal quienes presten servicios de defensa penal pública. Sin embargo, en uso de esta facultad no podrá dar instrucciones u ordenar realizar u omitir la realización de actuaciones en casos particulares.

Debe llevar las estadísticas del Servicio, que serán siempre públicas, y elaborar una memoria que dé cuenta de la gestión anual de éste. También nombra y remueve a los Defensores Regionales, en conformidad a la ley.

La Defensoría Nacional contará con diversas unidades administrativas, bajo la supervisión de un Director Administrativo Nacional.

El Defensor Nacional será subrogado por el Defensor Regional que determine mediante resolución, pudiendo establecer entre varios el orden de subrogación que estime conveniente. A falta de designación, será subrogado por el Defensor Regional más antiguo. La subrogación procede por el solo ministerio de la ley cuando, por cualquier motivo, el Defensor Nacional se encuentre impedido de ejercer el cargo.

El párrafo 3º, arts. 11 a 15, se refiere al “Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública” (denominado en el Proyecto de Ley como el “Consejo Nacional de la Defensa Penal Pública”). Este es un cuerpo técnico colegiado encargado de cumplir las funciones relacionadas con el sistema de licitaciones de la defensa penal pública, que le encomienda la ley (art. 11).

Este cuerpo está encargado de convocar y de establecer las bases de licitación a nivel regional (éstas a propuesta de la Defensoría Regional respectiva); proponer al Defensor Nacional el monto de los fondos a licitar; conocer de las apelaciones en contra de las decisiones del Comité de Adjudicación Regional acerca de los reclamos presentados por los participantes y, eventualmente, de disponer el término de los contratos con los abogados o instituciones que prestarán la defensa penal pública.

Está integrado por cinco miembros, los Ministros de Justicia (en su defecto el Subsecretario de esa cartera), el de Hacienda y el de Planificación y Cooperación, o sus representantes, un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Consejo de Rectores, y un académico con más de cinco años de docencia universitaria en las áreas del Derecho Procesal Penal o Penal, designado por el Colegio de Abogados, con mayor número de afiliados en el país.

Son designados por cuatro años, pueden ser designados nuevamente y se renuevan por parcialidades. Con el fin de asegurar su independencia, se dispone que el cargo es incompatible con el de consejero de las Corporaciones de Asistencia Judicial y no puede desempeñarlo quien tuviere interés directo o indirecto respecto de alguna persona natural o jurídica que prestare o estuviere postulando a prestar servicios de defensa penal pública. Se consagra el mecanismo para llenar las vacantes que se produzcan, las funciones que corresponden al Presidente del Consejo y las reglas básicas para su funcionamiento ordinario o extraordinario.

El párrafo 4º, artículos 16 a 22, se refiere a las “Defensorías Regionales”, que ejercerán las funciones y atribuciones de la Defensoría en la Región o parte de la región respectiva:

Existirá una en cada región, salvo en la Metropolitana de Santiago, en que habrá dos. Tendrán su sede en la capital regional respectiva. En la Región Metropolitana, la sede y la distribución territorial serán determinadas por el Defensor Nacional. Estarán a cargo de un Defensor Regional, nombrado por el Defensor Nacional, previo concurso público de oposición y antecedentes. Se consagran, a su respecto, las mismas incompatibilidades que pesan sobre el Defensor Nacional.

En cuanto a los requisitos para su nombramiento, son los mismos que se establecen respecto de este último, reduciéndose el tiempo de tenencia del título de abogado a cinco años. Sus funciones se señalan en el art. 20 y, entre ellas, está la de dictar, conforme a las instrucciones generales del Defensor Nacional, las normas e instrucciones necesarias para la organización y funcionamiento de la Defensoría Regional y para el adecuado desempeño de los defensores locales en los casos en que debieren intervenir. En uso de esta atribución no podrán dar instrucciones específicas ni ordenar realizar u

omitir actuaciones en casos particulares. Asimismo, debe conocer, tramitar y resolver, en su caso, las reclamaciones que presenten los beneficiarios de la defensa penal pública.

Son subrogados por el defensor local que determinen, pudiendo establecer entre varios un orden de subrogación. A falta de designación, lo subrogará el defensor local más antiguo de la región o de la extensión territorial de la región que esté a su cargo, si existe más de un Defensor Regional. Procede la subrogación por el solo ministerio de la ley cuando, por cualquier motivo, el Defensor Regional se encuentre impedido de desempeñar el cargo.

El párrafo 5º, artículos 23 a 26, se refiere a las Defensorías Locales, que son definidas como unidades operativas en las que se desempeñarán los defensores locales de la región. Si ésta cuenta con dos o más defensores, se nombra un defensor jefe. Los defensores locales son funcionarios a contrata y acceden al cargo por concurso público. Pese a lo anterior, se dispone que pueden ejercer funciones directivas o de jefaturas en las Defensorías Locales en que se desempeñen. Se les exige ser ciudadanos con derecho a sufragio, tener título de abogado y no tener alguna de las incapacidades o incompatibilidades para el ingreso a la administración pública. Habrá un número de 145 defensores locales, los cuales deberán ser contratados entre los grados 5 y 11, ambos inclusive, de la planta de profesionales del Servicio (arts. 25 inciso 1º, 26 y 31).

La ubicación de las Defensorías Locales en el territorio de cada Defensoría Regional, será determinada por el Defensor Nacional, a propuesta del respectivo Defensor Regional. Podrá haber hasta 80 Defensorías Locales en el país, las que serán distribuidas conforme a criterios de carga de trabajo, extensión territorial, facilidades de comunicaciones y eficiencia en el uso de los recursos.

Los defensores locales asumen la defensa de los imputados que carezcan de abogado en la primera actuación del procedimiento dirigida en su contra y, en todo caso, con anterioridad a la realización de la primera audiencia judicial a que éstos fueren citados. Asimismo, la asumirán siempre que, de conformidad al CPP, falte abogado defensor, por cualquier causa, en cualquiera etapa del procedimiento. Dicha defensa la mantienen hasta que la asuma el defensor que designe el imputado o acusado, salvo que éste fuere autorizado por el tribunal para defenderse personalmente (art. 25).

[En relación con lo anterior, debe tenerse presente que, la ley N° 19.762 (publicada el 13 de octubre de 2001) ha modificado los incisos segundo y tercero del artículo 3º transitorio de la ley N° 19.718, en los siguientes términos: “Dentro de los plazos y en las regiones indicadas en el artículo 4º transitorio de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, se conformarán gradualmente las defensorías regionales y locales, de acuerdo con los recursos que se aprueben en las respectivas leyes de presupuestos del Sector Público.

Mientras no se conformen esas defensorías, los defensores locales podrán asumir la defensa durante las etapas del procedimiento penal que se requiera”].

El Título III, artículos 27 a 33, se refiere al personal de la Defensoría, que está sometido a las normas del Estatuto Administrativo y, en materia de remuneraciones, a las normas del Título I, del decreto ley N° 3.551 de 1981 y su legislación complementaria. Se le otorga, además, una asignación denominada de “Defensa Penal Pública” determinada de conformidad al grado, lo que hace que las remuneraciones sean atractivas y equivalentes a las que se han asignado al Ministerio Público. Se establecen requisitos adicionales y específicos para el ingreso a la defensoría penal, que van asociados al tipo de cargo que se desempeña, complementarios de los requisitos generales de ingreso a la Administración.

Asimismo, se dispone que las promociones de los funcionarios se harán por concurso de oposición de carácter interno, de modo de permitir el ascenso por la vía de la legítima competencia funcionaria. De ser éste declarado desierto por falta de postulantes idóneos, se procede a proveer los cargos mediante concurso público.

En relación al ejercicio de la profesión de abogado, ya analizamos las prohibiciones que pesan sobre el Defensor Nacional y los Defensores Regionales. En lo que respecta a los defensores locales, a ellos se les prohíbe ejercer la profesión en materias penales, salvo en casos propios o de su cónyuge. Por ende, podrán ejercer la profesión en materias de índole civil (art. 27).

El Título IV, artículo 35, señala la forma en que estará conformado el patrimonio de este Servicio: se integra con los recursos que se le asignen en el Presupuesto de la Nación; con los aportes de cooperación nacionales e internacionales que reciba a cualquier título; con las costas judiciales devengadas a favor del imputado que haya sido atendido por la Defensoría; las donaciones que se le hagan, que estarán exentas de impuestos y del trámite de la insinuación o aprobación judicial; con los frutos y productos de los bienes anteriores, y con los demás recursos que determinen las leyes.

El Título V se denomina “Beneficiarios y prestadores de la defensa penal pública” y se divide en cuatro párrafos.

El párrafo 1º, artículos 35 a 39, indica quiénes serán beneficiarios de la defensa penal pública la que, según el inciso 1º del artículo 36, será siempre gratuita. Excepcionalmente, se puede cobrar a los que dispongan de recursos para financiarla privadamente (se considera, al menos, su nivel de ingreso, su capacidad de pago y el número de integrantes del grupo familiar que dependan de ellos), de acuerdo con los aranceles que se fijen para estos efectos, los que se relacionan con el promedio de los honorarios habituales de la plaza (arts. 36 y 37).

La Defensoría Regional determina el monto que el beneficiario debe pagar por la defensa penal pública, mediante resolución, en el momento en que ésta termina. Tal resolución tiene mérito ejecutivo para los efectos del cobro, el cual puede ser encargado a terceros (art. 38).

El párrafo 2º, artículos 40 y 41, se refiere a los prestadores, señalando que ellos están sujetos, en el cumplimiento de sus deberes, a las responsabilidades propias del ejercicio de la profesión y, además, a las reguladas en esta ley N° 19.718. Se impone a los defensores penales públicos el deber de ejercer su función con transparencia, de manera de permitir a los defendidos el conocimiento de los derechos que les confiere la ley, así como de los procedimientos, contenidos y fundamentos de las actividades que emprendan en el cumplimiento de sus funciones. El defensor penal público no puede excusarse de asumir la representación del imputado o acusado, una vez designado.

El párrafo 3º de este mismo título, se refiere a la participación de los privados en la prestación del servicio de defensa penal pública, mediante un proceso de licitación de recursos, a nivel regional, el que estará a cargo del Consejo.

Pueden postular las personas naturales que cuenten con el título de abogado y cumplan con los demás requisitos para el ejercicio de la profesión, y personas jurídicas con o sin fines de lucro, que cuenten con profesionales que cumplan los requisitos para ejercer como abogados.

Las bases y condiciones de la licitación, como instrumentos que regularán el proceso, son de competencia del Consejo de Licitaciones de la Defensa Penal Pública. Las licitaciones deberán ser resueltas a nivel regional por un Comité de Adjudicación Regional, compuesto por funcionarios de la administración, representantes judiciales y académicos, conocedores de la realidad regional, con el fin de asegurar una decisión adecuada.

[Al respecto, el art. 45 regula su integración señalando que este Comité se compone de: a) Un representante del Ministerio de Justicia, que no podrá ser el Secretario Regional Ministerial de Justicia –ello porque dicho funcionario es el superior de las Corporaciones de Asistencia Judicial, entidades que, también, pueden postular a la licitación–; b) El Defensor Nacional u otro profesional de la Defensoría Nacional, designado por éste, que no puede ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización; c) El Defensor Regional u otro profesional de la Defensoría Regional, designado por éste, que no puede ser uno de los que desempeñan labores de fiscalización; d) Un académico de la Región, del área de la economía, designado por el Defensor Nacional, y e) Un juez con competencia penal, elegido por la mayoría de los integrantes de los tribunales de juicio oral en lo penal y los jueces de garantía de la Región respectiva (art. 45)].

En la propia ley se detallan los criterios objetivos conforme a los cuales deberán ser adjudicadas las licitaciones, para cautelar la debida transparencia del proceso (art. 46).

En el evento de que las licitaciones sean declaradas desiertas o que los porcentajes del total de causas adjudicadas no alcancen a cubrir el ciento por ciento de las prestaciones que habrán de realizarse en la respectiva región, se contempla que el Consejo lo comunique al Defensor Nacional para que éste disponga que la Defensoría Regional respectiva, a través de los defensores locales correspondientes, asuma la defensa de los casos comprendidos en el porcentaje no asignado en la licitación. Esta labor se deberá realizar por el plazo que el Consejo señale, que no puede exceder de seis meses, al cabo de los cuales se llamará nuevamente a licitación. Asimismo, en caso necesario, el Defensor Nacional puede celebrar convenios directos para la prestación del servicio, por un plazo fijo, con abogados o personas jurídicas públicas o privadas (art. 49).

El pago de los fondos licitados será realizado, según el reglamento (en forma diferida), lo que permite que los adjudicatarios mantengan flujos de ingresos periódicos a través del tiempo. Además, a título de garantía, se retendrá un porcentaje de los diferentes pagos, según lo expresado en las bases, con el fin de asegurar la entrega total y en las condiciones ofrecidas, de las prestaciones convenidas. El Consejo debe exigir al abogado o a la institución respectiva, boleta de garantía o cualquier otra caución que estime suficiente para asegurar la prestación adecuada de los servicios licitados.

El párrafo 4º, artículos 51 a 54, se refiere a la designación de los defensores, con las siguientes normas:

a) La Defensoría Regional elaborará una nómina de los abogados que, en virtud de los procesos de licitación, deberán asumir la defensa penal pública de los imputados o acusados en la región respectiva. Para estos efectos todos los abogados se individualizarán con sus propios nombres y, según proceda, se señalará su pertenencia a una persona jurídica licitada.

Dicha nómina, permanentemente actualizada, será remitida a la o las defensorías locales, juzgados de garantía, tribunales de juicio oral en lo penal y Cortes de Apelaciones de la región;

b) El imputado o acusado elegirá de la nómina antedicha al abogado que, estando disponible, asumirá su defensa. Estarán disponibles los abogados que no alcancen el porcentaje total de casos en que les corresponda asumir la defensa, en virtud de la licitación. El abogado disponible que haya sido elegido, queda designado como defensor del imputado o acusado;

c) El imputado o acusado tendrá derecho a solicitar en cualquier momento, con fundamento plausible, el cambio de su defensor penal público, petición sobre la que se pronunciará el Defensor Regional. El reemplazante será designado de la forma explicada;

d) Se entenderá, por el solo ministerio de la ley, que el abogado designado tiene patrocinio y poder suficiente para actuar en favor del beneficiario, en los términos del inciso primero del artículo 7º del CPC, debiendo comparecer inmediatamente para entrevistarse con él e iniciar su labor de defensa.

[Debe dejarse constancia de que el texto definitivo de la ley produjo un reforzamiento de la relación cliente-abogado, que había sido impugnada por el Colegio de Abogados, en los términos en que se consagraba en el Proyecto de Ley. Así, la Comisión del Senado se hizo cargo de dichas observaciones, aclarándose que el derecho del imputado a elegir su defensor no se refiere a una persona jurídica, sino que siempre se relaciona con una persona natural, el abogado, que será alguno de

los abogados que componga la nómina de los disponibles. En caso de que exista incumplimiento de su parte, será responsable personalmente].

El Título VI, artículos 55 a 74, denominado “Control, reclamaciones y sanciones”, se divide en cinco párrafos.

El párrafo 1º, artículos 55 a 61, se refiere a las “normas generales” y expresa que las personas naturales y jurídicas que prestan servicios de defensa penal pública, están sujetas al control y responsabilidad previstos en la ley.

El desempeño de los prestadores (se refiere a los defensores locales y a los abogados del “subsistema” privado) será controlado por medio de:

- a) Inspecciones;
- b) Auditorías externas;
- c) Informes, que serán semestrales y final, y
- d) Reclamaciones.

El párrafo 2º, artículos 57 a 61, alude en concreto a las inspecciones y auditorías externas. En relación con ellas, se expresa que los abogados no pueden negarse a proporcionar la información requerida, sobre los aspectos materia del control. Sin embargo, no quedan incluidas en las informaciones que deban entregar aquellas que se encuentren amparadas por el secreto profesional. Asimismo, las informaciones y antecedentes referidos a casos donde la defensa penal pública se está prestando, son confidenciales. En el evento de infracciones, se aplican las penas del artículo 247 del Código penal.

El párrafo 3º, artículos 62 a 66, reglamenta los informes; el párrafo 4º, artículos 66 y 67, las reclamaciones, y el párrafo 5º, artículos 68 a 74, se detiene en las responsabilidades de los prestadores de la defensa penal pública. Se establece que los defensores locales quedan sujetos a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles. Asimismo, se expresa que las personas naturales o jurídicas, del “subsistema privado”, que presten servicios de defensa penal pública, sin perjuicio de su responsabilidad civil y penal, incurrir en responsabilidad en ciertos casos, como por ejemplo, cuando su defensa no fuere satisfactoria, de acuerdo con los estándares básicos, definidos por el Defensor Nacional, que deben cumplir quienes presten servicios de defensa penal pública, o cuando falsearen los informes (art. 69).

Las sanciones que pueden recibir los prestadores privados son una multa, según lo establecido en el contrato respectivo, o que se disponga el término del mismo.

El Título VII de la ley Nº 19.718, se compone del artículo 75, que modifica el COT. De estos cambios es llamativo el que deroga el artículo 596, relativo a la defensa de procesados por abogados de turno o procuradores del número.

2.5. La víctima

A. CONCEPTO

Históricamente, en todos los sistemas de enjuiciamiento criminal primitivos, hasta antes de la instalación del sistema inquisitivo (vid. supra Capítulo I, 2.1.), la discusión se centraba entre la víctima y el imputado. Es decir, el proceso penal consistía en un escenario en el cual se resolvía el reclamo de alguien que se decía afectado por la actuación de otro, y este afectado podía ser el que lo fue directamente o sus parientes más cercanos (derecho germánico).

“El proceso penal existía en virtud de esta reclamación; no había autoridades de persecución penal, lo que en muchos sistemas tradicionales todavía no se concibe. En ese sentido la acción penal era privada, enteramente disponible y existía un completo protagonismo del interés de la víctima; no se concebía la persecución penal sin la existencia... [de ella]. La evolución de los sistemas y el surgimiento del Estado moderno generó la concentración de esta facultad de perseguir en el Estado, en agencias públicas. Este es un proceso histórico muy largo que nos lleva al siglo XX, en el cual este concepto cambió completamente. Lo que nosotros tenemos es que la persecución penal es un intento del Estado por dar vigencia a sus reglas. Lo que la persecución penal hace es punir, castigar o buscar castigar a aquel que infringe la regla estatal con prescindencia de que haya o no haya víctima, de que la víctima esté o no interesada en ejercer esa persecución; es más (...) [se] dice que no importa si la víctima quiere o no perseguir, si hay o no víctima; hay delitos hoy en día en que no hay víctima o ésta es muy difícil de identificar. Se dice que el Estado instrumentaliza a la víctima para lograr su fin, o sea, (...) [la] obliga a constituirse en informante por la vía de la denuncia, dando cuenta al Estado que ha ocurrido un hecho delictivo.

Muchas veces esto resulta gravoso para la víctima, quien no quiere informar que ha ocurrido un hecho delictivo ni luego contribuir a probar que (...) ha ocurrido. Sin embargo, el Estado de algún modo la obliga a hacerlo. Entonces lo que tenemos es el Estado que adquiere completa preeminencia en el ejercicio de la persecución penal (...) Como lo señalamos, el Estado instrumentaliza a la víctima; incluso se dice que victimiza a la víctima en este proceso (...). En efecto, esta persona no sólo es víctima porque ha habido un atentado delictivo en su contra, sino que vuelve a ser victimizada en la medida en que el cumplir funciones al interior del sistema...denunciar, producir prueba del delito (...), le significa nuevos problemas, nuevos sufrimientos, nuevas penurias, que van desde tener que enfrentarse con el imputado en un careo, tener que perder tiempo, destinar recursos, etc.

Nadie ha planteado abolir la persecución penal estatal y volver a entregarla a las víctimas. Lo que sí se ha planteado más bien es una solución intermedia: que es dar algún espacio al interés de la víctima, compatibilizando en alguna medida el interés de ésta con el interés estatal”.⁶⁷

Hoy en día y bajo el actual procedimiento penal (CPP 1906), “la situación de la víctima es absolutamente precaria, especialmente en los sectores de menores ingresos. En la práctica su contacto con el sistema, lejos de alivianar o dar satisfacción a su problema, se transforma en un segundo gravamen. Además del dolor y el daño sufrido por el delito, su contacto con el sistema penal la obliga a soportar esperas, trato inadecuado, molestias diversas y hasta exponerse a una intimidación por el hechor, sus amigos y parientes (...) [Existe] la sensación generalizada de que el sistema estatal no brinda auxilio y satisfacción a quienes sufren un atentado en contra de su persona o de su patrimonio”.⁶⁸

Por lo anterior, y buscando terminar con la injusta situación señalada, el nuevo procedimiento contiene sustanciales novedades. En primer lugar, se precisa el concepto de “víctima”. Así, según el art. 108 CPP, se entenderá que lo es el (directamente) ofendido con el delito. Si el delito tuvo como resultado la muerte del ofendido o si éste no pudiere ejercer los derechos que le otorga el nuevo Código, se considera víctima a diversas personas.

El orden en que se enumeran éstas en el Código determina su preferencia para ser considerada como víctima, de manera que si interviene una o más personas de una categoría en el proceso, queda, inmediatamente, excluida la que le sigue en la enumeración. Las personas y el orden de prelación referidos son:

- a) El o la cónyuge y los hijos;
- b) Los ascendientes;
- c) El conviviente (novedad importante en la legislación, atendida la realidad social de gran parte de las personas que se ven arrastradas a un proceso penal);
- d) El o los hermanos, y
- e) El adoptado o adoptante.

B. DERECHOS Y CIERTAS ACTUACIONES

Como se adelantó, en el CPP se reconoce a las víctimas de los delitos una serie de derechos. Sin perjuicio de lo expresado en el artículo 6° del CPP (vid. supra, Capítulo III, Primera Parte, 1.2, F., existen dos normas distintas que consagran estos derechos, aunque se repitan algunos conceptos. Dentro de las normas referidas al Ministerio Público está el artículo 78, que impone obligaciones a los fiscales (ya citado) y, dentro del párrafo dedicado a la Víctima, el artículo 109.

Reiteramos que, una de las novedades más relevantes en esta materia, es que se confiere a la víctima el carácter de sujeto procesal, aún cuando no intervenga como querellante en el proceso, por el solo hecho de serlo, como sucede con el imputado. No obstante, se mantiene la figura del querellante particular, pudiendo intervenir formalmente en el proceso, mediante la respectiva querrela criminal, libelo que se regula, como se expone.

Además, como ya se explicó más arriba, la víctima tiene derecho a ser informada de los resultados del procedimiento y de las principales actividades desarrolladas en su transcurso, y puede solicitar medidas de protección para prevenir hostigamientos, amenazas o atentados en su contra o la de su familia. Tiene la posibilidad de recurrir contra resoluciones del procedimiento que la perjudiquen y obtener reparación de los perjuicios causados por el delito y ser oída por el fiscal antes de que éste solicite o resuelva la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada.

[Según el Proyecto de CPP, el Ministerio Público debía, además, deducir acción civil en favor de la víctima cuando ésta no contara con abogado, norma que fue abolida en la tramitación parlamentaria].

Asimismo, los jueces, la policía y los demás organismos auxiliares de la administración de justicia, deben otorgarle un trato acorde a su condición de víctima en todas las etapas del proceso, facilitando al máximo su intervención en los trámites en que corresponda su intervención.

En concreto, el art. 109 CPP, dispone: “La víctima podrá intervenir en el procedimiento penal conforme a lo establecido en este Código, y tendrá, entre otros, los siguientes derechos:

- a) Solicitar medidas de protección frente a probables hostigamientos, amenazas o atentados en contra suya o de su familia;
- b) Presentar querrela;
- c) Ejercer contra el imputado acciones tendientes a perseguir las responsabilidades civiles provenientes del hecho punible;
- d) Ser oída, si lo solicitare, por el fiscal antes de que éste pidiere o se resolviera la suspensión del procedimiento o su terminación anticipada;
- e) Ser oída, si lo solicitare, por el tribunal antes de pronunciarse acerca del sobreseimiento temporal o definitivo u otra resolución que pusiere término a la causa, y
- f) Impugnar el sobreseimiento temporal o definitivo o la sentencia absolutoria, aun cuando no hubiere intervenido en el procedimiento.

⁶⁷ RIEGO R., CRISTIÁN. “Los Sujetos Procesales. La Víctima. El Querellante. La Policía”. En: “El Nuevo Proceso Penal chileno”. Universidad de Concepción. Op. Cit., págs. 39 y ss.

⁶⁸ BILLARD ACUÑA, JOAQUÍN e IBARRA MENDOZA, VIVIANA: “El individuo pasivo en el proceso penal: la Víctima”. En: “Cuadernos de Análisis Jurídico” N° 39 UDP. 1998, págs. 319 y ss.

Los derechos precedentemente señalados no podrán ser ejercidos por quien fuere imputado del delito respectivo, sin perjuicio de los derechos que le correspondieren en esa calidad”.

Finalmente, en los casos en que se trate de un delito que acarreó la muerte del ofendido o éste no pudo ejercer los derechos que el CPP le otorga, si ninguna de las personas que se señalan en el inciso 2° del art. 108 CPP ha intervenido en el procedimiento, el Ministerio Público debe informar los resultados del proceso al cónyuge del ofendido por el delito o, en defecto de él o ella, a alguno de los hijos u otra de esas personas (según impone el art. 110 CPP).

C. EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA. POSIBILIDAD DE DECLARACIÓN

La circunstancia que la víctima declare en calidad de testigo puede, en algunos casos, mover a confusiones respecto de tal posibilidad. Ello porque, a no dudarlo, el directamente ofendido con el delito tiene un interés evidente en lograr la posible condena del perseguido criminalmente por el ilícito que aquél ha sufrido.

Los eventuales reparos que se plantean a la aceptación del testimonio de la víctima debemos centrarlos, en nuestro concepto y fundamentalmente, en relación con la víctima propiamente tal, esto es, el directamente ofendido con el delito y no respecto de los que, por permiso legal, pueden ocupar el lugar de aquélla.

Con respecto al testimonio de la víctima no es posible olvidar que, objetivamente, existen determinados tipos de crímenes o delitos en los cuales no queda o puede quedar más constancia ni más pruebas que la declaración de la víctima (ej.: delitos contra la libertad sexual los que “...se suelen perpetrar de forma clandestina, secreta y encubierta, por lo que para su descubrimiento resulta fundamental esta declaración...”⁶⁹ y los de robo con violencia o intimidación).

2.6. El querellante y las clases de acción en el nuevo procedimiento

A. ALGUNAS FACULTADES

El nuevo procedimiento penal mantiene la posibilidad de intervención de un querellante, como se adelantó. Sin perjuicio de ello, ante la concesión a la víctima de importantes derechos durante el procedimiento, por el hecho de que se le considera sujeto procesal por la sola circunstancia de ser afectada por el delito, la figura del querellante aparece como bastante disminuida, en relación a lo que ha sido tradicional en el proceso penal chileno.

Sin embargo, el hecho de interponer querrela confiere importantes facultades al querellante en el procedimiento. Entre ellas, por vía ejemplar, podemos mencionar las siguientes (que no tiene la víctima):

a) Adherirse a la acusación del Ministerio Público, o acusar particularmente. En esta última hipótesis, el querellante puede calificar jurídicamente los hechos en forma diversa de aquella en que lo ha hecho el fiscal en su libelo acusatorio, plantear otra forma de participación del acusado, solicitar otra pena, o ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a imputados o hechos distintos, siempre que hubieren sido objeto de la formalización de la investigación (art. 261 CPP);

b) Ejercer los demás derechos del art. 261 CPP, que se analizarán en la Tercera Parte de este capítulo (etapa intermedia);

c) Oponerse al procedimiento abreviado (art. 408 CPP);

d) Posibilidad de formular la acusación correspondiente, si el Ministerio Público ha ratificado la decisión del fiscal del caso de no interponerla, por haber solicitado el sobreseimiento (art. 258, inciso 2°);

e) Ejercer la misma facultad anterior, cuando el fiscal haya comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento (art. 258, inciso 4°, en relación con el art. 248, letra c) del CPP);

f) Ser oído antes de decretar la suspensión condicional del procedimiento, y apelar de la resolución que la establece (art. 237 CPP);

B. LA QUERRELLA

B.1. Titulares, oportunidad y requisitos (arts. 111, 112 y 113 CPP)

a) La querrela puede ser interpuesta por la víctima (incluye, por supuesto, a las personas que, en el caso del art. 108 inciso 2° CPP y en el orden allí establecido, se consideran como víctima), por su representante legal o su heredero testamentario (éste no aparece en el art. 108. Sí figuraba en el art. 135 del Proyecto de CPP durante su tramitación en la Cámara de Diputados). Creemos que, obvia y exclusivamente, se refiere al heredero del ofendido directamente con el delito;

b) Puede interponerla cualquier persona capaz de comparecer en juicio, domiciliada en la provincia respectiva, respecto de hechos punibles cometidos en la misma, que constituyeren delitos terroristas, o delitos cometidos por un funcionario público que afectaren derechos de las personas garantizados por la Constitución o contra la probidad pública;

c) Asimismo, puede deducir querrela cualquiera capaz de parecer en juicio, domiciliado en la región, respecto de delitos cometidos en la misma, que afectaren intereses sociales relevantes o de la colectividad en su conjunto (como se ve, el ámbito regional, para el domicilio, es más extenso que el anterior. En lo que respecta al concepto de “intereses sociales

⁶⁹ RIVES SEVA (A): “La Prueba en el Proceso Penal. Apuntes Jurisprudenciales”. Citado por: URBANO CASTRILLO-TORRES MORATO. Op. Cit., pág. 71.

relevantes o de la colectividad en su conjunto”, seguramente determinará una imprescindible actividad jurisprudencial y doctrinaria para precisarlo. Empero, no nos extenderemos sobre el punto).

Como se aprecia, el eventual titular de la querrella, en el nuevo procedimiento, es más restringido que en el art. 93 del CPP (1906) vigente, que otorga la facultad de deducir querrella a toda persona capaz de comparecer en juicio, para el ejercicio de la acción penal pública. La restricción se justifica, entre otros, en dos órdenes de consideraciones: por un lado la concesión a la víctima del carácter de sujeto procesal per se y, por otro, la existencia del Ministerio Público que, prima facie y en virtud del principio de legalidad procesal penal, debe perseguir penalmente todos los hechos que revistan caracteres de delito y ejercer, en su caso, la acción penal pública.

[Lo anteriormente dicho es sin perjuicio de la existencia de normas especiales, con indiscutida vigencia en las regiones donde rige el nuevo sistema procesal penal, y a la luz de los cambios hechos por la ley N° 19.806. Por ejemplo: i) el nuevo texto de diversas normas del D.F.L. del Ministerio de Hacienda de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado – tales como los arts. 3°, 6° y 41–, que permiten a esa institución interponer querrella en relación con ciertos delitos como cohecho, soborno, negociación incompatible, los que acarrearán perjuicios económicos para el Fisco u otros organismos del Estado, etc.; ii) el nuevo texto del art. 162 del Código Tributario; iii) el art. 211 de la Ordenanza de Aduanas que, considerando al Servicio Nacional de Aduanas como víctima, le permite interponer querrella; iv) el art. 10 de la ley N° 18.314, que permite, respecto de delitos terroristas, iniciar el procedimiento, amén de las reglas generales, por querrella del Ministro del Interior, de los Intendentes Regionales, de los Gobernadores Provinciales y de los Comandantes de Guarnición, etc.].

Oportunidad

La querrella se puede presentar en cualquier momento del procedimiento, mientras el fiscal no declare cerrada la investigación. Creemos que, en el evento de que la investigación se reabriese (art. 257 CPP), se podría también interponer la querrella, mientras no se declarase, nuevamente, cerrada.

La querrella se debe presentar ante el Juez de Garantía quien puede negarse a darle tramitación, como veremos. Si la admite a tramitación, la remitirá al Ministerio Público.

Requisitos

Según el art. 113 CPP, toda querrella debe presentarse por escrito, ante el Juez de Garantía y, además, debe contener:

- a) La designación del tribunal ante el cual se entablare;
- b) El nombre, apellido, profesión u oficio y domicilio del querellante;
- c) El nombre, apellido, profesión u oficio y residencia del querrellado, o una designación clara de su persona, si el querellante ignorare aquellas circunstancias. Si se ignoraren dichas determinaciones, siempre se podrá deducir querrella para que se proceda a la investigación del delito y al castigo del o de los culpables;
- d) La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se hubiere ejecutado, si se supieren;
- e) La expresión de las diligencias cuya práctica se solicitare al Ministerio Público, y
- f) La firma del querellante o la de otra persona a su ruego, si no supiere o no pudiere firmar.

De la lectura del precepto se ve, claramente, que se eliminó la obligación del actual N° 6 del art. 94 del CPP (1906), en orden a ofrecer la fianza de calumnia. Ello resulta lógico, atendida la restricción que se ha impuesto a los eventuales titulares de la querrella los que, para poder deducirla, deben encontrarse dentro de los supuestos a que alude el art. 111 CPP, hipótesis que, en todo caso, debe controlar el Juez de Garantía, acorde con la letra e) del art. 114 CPP, como veremos a continuación.

B.2. Inadmisibilidad. Prohibiciones. Actitud Juez de Garantía

Acorde con lo preceptuado en el art. 114 CPP, la querrella no será admitida a tramitación por el Juez de Garantía:

- a) Cuando fuere presentada extemporáneamente, de acuerdo a lo establecido en el artículo 112;
- b) Cuando, habiéndose otorgado por el juez de garantía un plazo de tres días para subsanar los defectos que presentare por falta de alguno de los requisitos señalados en el artículo 113, el querellante no realizare las modificaciones pertinentes dentro de dicho plazo;
- c) Cuando los hechos expuestos en ella no fueren constitutivos de delito;
- d) Cuando de los antecedentes contenidos en ella apareciere de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida. En este caso, la declaración de inadmisibilidad se realizará previa citación del Ministerio Público, y
- e) Cuando se dedujere por persona no autorizada por la ley.

Si el Juez de Garantía declara inadmisibile la querrella, su resolución es apelable, pero no se puede, durante la tramitación del recurso, disponer la suspensión del procedimiento. Por el contrario, si admite a tramitación el libelo, su resolución en tal sentido es inapelable.

Debe considerarse la letra d) del art. 114 CPP, recién transcrita, porque, si el Juez pretende declarar inadmisibile la querrella por aparecer de manifiesto que la responsabilidad penal del imputado se encuentra extinguida, debe citar previamente al Ministerio Público. Ello es de toda lógica porque la facultad de investigar los hechos punibles recae en los fiscales y no en los tribunales. Por lo demás, si el Ministerio Público comparte la apreciación del Juez, no impugnará la declaración de inadmisibilidad.

Asimismo, se establecen prohibiciones de querrela, en el art. 116 del CPP, que previene que no pueden querellarse entre sí, sea por delitos de acción pública o privada:

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

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

Actitud del Juez de Garantía (rechazo de la querrela)

Si el magistrado señalado rechaza el libelo de querrela, siempre que se trate de un delito de acción penal pública o previa instancia particular (lo que se explicará más adelante), aplicando alguna de las causales previstas en las letras a) y b) del art. 114 CPP, debe poner la querrela en conocimiento del Ministerio Público para ser tenida como denuncia, a menos que le constare que la investigación del hecho respectivo ya se hubiere iniciado de otro modo.

B.3. Desistimiento

Oportunidad y efectos

El querellante puede, en cualquier momento del procedimiento, desistirse de su querrela. Si lo hace será responsable de las costas propias y, sobre las otras, quedará sujeto a la decisión que el Juez adopte en la materia, una vez finalizado el procedimiento (art. 118 CPP).

No obstante la facultad antedicha, los efectos del desistimiento en relación a la continuación del procedimiento serán diversos según la clase de acción penal de que se trate. Así, estando frente a una querrela por un delito de acción privada, salvo que hubiere oposición del querrellado, si hay desistimiento se decretará el sobreseimiento definitivo de la causa (art. 401 CPP). Ello no ocurrirá tratándose de otro tipo de delito, como se verá.

Derechos del querrellado

El desistimiento de la querrela dejará a salvo el derecho del querrellado para ejercer, a su vez, la acción penal o civil a que dieran lugar la querrela o acusación calumniosa, y a demandar los perjuicios que le hubiere causado en su persona o bienes y las costas.

Se exceptúa el caso en que el querrellado hubiere aceptado expresamente el desistimiento del querellante (art. 119 CPP).

B.4. Abandono de la querrela

El tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, declarará el abandono de la querrela, si concurren ciertas hipótesis, establecidas en el art. 120 CPP. Estos casos son los siguientes:

a) Cuando el querellante no adhirió a la acusación fiscal o no acusare particularmente en la oportunidad que corresponde;

b) Cuando no asistiere a la audiencia de preparación del juicio oral sin causa debidamente justificada, y

c) Cuando no concurriera injustificadamente a la audiencia del juicio oral o se ausentare de ella sin autorización del tribunal.

Debemos señalar, además, que la resolución que declara el abandono de la querrela es apelable, sin que en la tramitación del recurso pueda disponerse la suspensión del procedimiento. La resolución que niega lugar al abandono es inapelable.

Del análisis de los supuestos en que se puede declarar el abandono, se desprende que éste puede ser declarado por el Juez de Garantía o por el Tribunal de juicio oral en lo penal, dependiendo de la etapa del procedimiento en que se produzca (debe relacionarse el art. 120 CPP con otras normas, como el art. 288 CPP).

Finalmente, declarado el abandono, el querellante queda impedido de ejercer los derechos que el Código le confiere en tal calidad.

2.6.1. Clases de acciones

El nuevo procedimiento penal clasifica la acción penal en dos tipos, a saber: pública y privada. Asimismo existe la posibilidad de que se ejerciten acciones civiles.

La acción penal pública (art. 53 CPP) para la persecución de todo delito que no esté sometido a regla especial debe ser ejercida de oficio por el Ministerio Público. Además, puede ser ejercida por las personas que determine la ley, con arreglo a las normas del Código. Siempre se concede acción penal pública para la persecución de delitos cometidos contra menores de edad.

Lo recién expresado, respecto de la acción penal pública, concuerda con lo señalado respecto del principio de la legalidad procesal penal, que informa el art. 166 (vid. supra, primera parte, 2.1) letra G).

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

Excepcionalmente, la persecución de algunos delitos de acción penal pública requiere la denuncia previa de la víctima (equivalente, aunque con matices, a la llamada, en el actual procedimiento penal, como “acción penal mixta”, del art. 19 del CPP (1906). Estos delitos son denominados como de “acción pública previa instancia particular”.

La importante diferencia es que en esta clase de delitos, previa instancia particular no puede procederse en la investigación sin que, a lo menos, se hubiere denunciado el hecho con arreglo al art. 54 CPP (salvo para realizar ciertos

actos urgentes de investigación u otros absolutamente necesarios para impedir o interrumpir la comisión del delito, según lo referido en el inciso 3° del art. 166 CPP).

Empero, una vez iniciado el procedimiento, éste se tramita de acuerdo con las normas generales.

2.6.1.1. Delitos de acción pública previa instancia particular en el CPP

Como se dijo, en estos casos no puede procederse de oficio sin que, a lo menos, el ofendido por el delito hubiere denunciado el hecho. En defecto del ofendido por el delito, pueden denunciar las personas que son consideradas víctimas, de acuerdo al art. 108, inciso 2°, CPP (art. 54 CPP).

Excepción: cuando el ofendido se encontrare imposibilitado de realizar libremente la denuncia o los que pueden hacerlo por él también se encontraren imposibilitados, o aparecieren implicados en el hecho, el Ministerio Público podrá proceder de oficio.

Los delitos que conceden este tipo de acción son:

- a) Las lesiones previstas en los artículos 399 y 494, número 5, del Código Penal;
- b) La violación de domicilio;
- c) La violación de secretos prevista en los artículos 231 y 247, inciso segundo, del Código Penal;
- d) Las amenazas previstas en los artículos 296 y 297 del Código Penal;
- e) Los previstos en la ley N° 19.039, que establece normas aplicables a los privilegios industriales y protección de los derechos de propiedad industrial;
- f) La comunicación fraudulenta de secretos de la fábrica en que el imputado hubiere estado o estuviere empleado, y
- g) Los que otras leyes señalaren en forma expresa (verbigracia: delitos de índole sexual, de los arts. 361 a 366 quater del Código Penal, con la excepción antes dicha del caso en que la víctima sea menor de edad).

2.6.1.2. Delitos de acción privada

Se contemplan en el art. 55 del CPP. La acción penal, en estos casos, no puede ser ejercida por otra persona que la víctima (creemos que se aplica, también, el inciso 2° del art. 108, ampliando el concepto de víctima, cuando el directamente ofendido por el delito no pueda ejercer los derechos que el CPP le otorga). Estos delitos son:

- a) La calumnia y la injuria;
- b) La falta descrita en el número 11 del artículo 496 del Código Penal (injuria liviana de palabra o de obra, sin publicidad);
- 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.

2.6.1.3. A. RENUNCIA DE LAS ACCIONES PENALES

Efectos

La acción penal pública no se extingue por la renuncia de la persona ofendida. Empero, se extinguen por esa renuncia la acción penal privada y la civil derivada de cualquier clase de delitos.

Si el delito es de aquellos que no pueden ser perseguidos sin previa instancia particular, la renuncia de la víctima a denunciarlo extingue la acción penal, salvo que se tratare de delito perpetrado contra menores de edad. Esta renuncia no la puede realizar el Ministerio Público.

La renuncia de la acción penal sólo afectará al renunciante y a sus sucesores, y no a otras personas a quienes también correspondiere la acción.

B. SUJETO PASIVO

Al igual que el art. 39 del actual Código (1906), el nuevo CPP establece que la acción penal sólo puede entablarse contra las personas responsables del delito.

Asimismo, se expresa que la responsabilidad penal sólo puede hacerse efectiva en las personas naturales. Por las jurídicas, responden los que hubieren intervenido en el acto punible, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiere afectarles.

2.6.1.4. La Acción civil y la demanda civil en el nuevo CPP⁷⁰

1) Distinción

En relación con esta materia, habrá que diferenciar entre las distintas clases de acciones civiles que pueden plantearse. Distinguiremos:

a) Restitutoria

Esta es aquella acción civil que tiene por objeto la restitución de la o las “cosas” objeto material de los delitos respectivos, o los instrumentos destinados a cometerlos.

El art. 59 del CPP señala que la acción civil que tuviere por objeto únicamente la restitución de la cosa, deberá interponerse siempre durante el respectivo procedimiento penal, de conformidad a lo previsto en el artículo 189. Ahora bien, esta última norma se refiere a las “reclamaciones o tercerías” que se relacionan con los objetos recogidos o incautados,

⁷⁰ Al respecto adoptamos el esquema de RUIZ PULIDO, GUILLERMO. “La Acción Civil en el Nuevo Proceso Penal”. En: “Revista de Derecho”. Consejo de Defensa del Estado. N° 2, diciembre de 2000.

acción que debe intentarse siempre ante el Juez de Garantía, dándosele tramitación incidental. La resolución que falla el mentado incidente “se limitará a declarar el derecho del reclamante sobre dichos objetos, pero no se efectuará la devolución de éstos sino hasta después de concluido el procedimiento, a menos que el tribunal considerare innecesaria su conservación”.

El inciso 2° del art. 189 tiene casi idéntico tenor que el inciso 2° del art. 115 del CPP actual (1906) y dispone: “Lo dispuesto en el inciso precedente no se extenderá a las cosas hurtadas, robadas o estafadas, las cuales se entregarán al dueño en cualquier estado del procedimiento, una vez comprobado su dominio por cualquier medio y establecido su valor”. A continuación se agrega que: “En todo caso, se dejará constancia mediante fotografías u otros medios que resultaren convenientes de las especies restituidas o devueltas en virtud de este artículo”.

Consecuencia de lo dicho es que titulares de esta clase de acción civil serán los intervinientes o ciertos terceros.

b) Indemnizatorias

En el actual CPP (1906), pueden ser titulares de la acción que busca indemnizar los perjuicios originados en el hecho punible todas las personas que hayan sufrido tales perjuicios.

El nuevo CPP, por el contrario, ha dado una evidente preferencia a la víctima (recordemos que tal concepto puede ser ampliado, según el inciso 2° del art. 108 CPP), al establecer, en el inciso 2° del art. 59 que, asimismo, “durante la tramitación del procedimiento penal la víctima podrá deducir respecto del imputado, con arreglo a las prescripciones de este Código, todas las restantes acciones que tuvieren por objeto perseguir las responsabilidades civiles derivadas del hecho punible. La víctima podrá también ejercer esas acciones civiles ante el tribunal civil correspondiente. Con todo, admitida a tramitación la demanda civil en el procedimiento penal, no se podrá deducir nuevamente ante un tribunal civil”.

Por ende, la víctima del delito puede deducir la acción propiamente indemnizatoria, amén de otras (como las llamadas “reparatorias”)⁷¹. En cambio, aunque sean titulares de estas acciones, los terceros deben regirse por lo preceptuado en el inciso final del art. 59 CPP. Es decir, no pueden interponer estas acciones en sede penal y deberán plantearse ante el tribunal civil.

[Acorde con lo expuesto, en las letras a) y b) precedentes, está el actual texto del art. 171 COT, sustituido por la ley N° 19.708 publicada el 5 de enero de 2001, que responde a similar idea y redacción].

c) Sujeto pasivo de la acción civil

En el nuevo procedimiento penal el sujeto pasivo de la o las acciones civiles (sin incluir la restitutoria obviamente), es exclusivamente el imputado. La víctima no puede demandar civilmente a terceros, distintos del imputado, para ser indemnizada. Sólo lo podrá hacer ante el Juez Civil.

2) Oportunidad para interponer la demanda civil

La demanda civil en el procedimiento penal deberá interponerse en la oportunidad prevista en el artículo 261 (vale decir hasta 15 días antes de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral), por escrito y cumpliendo con los requisitos exigidos por el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

La demanda civil del querellante deberá deducirse conjuntamente con su escrito de adhesión o acusación (art. 60 CPP). De lo expuesto se desprende que pueden presentar demanda civil la víctima y/o el querellante habilitado para ello.

Asimismo, deberá contener la indicación de los medios de prueba, en los mismos términos expresados en el artículo 259 (que regula los requisitos del libelo de acusación).

3) Preparación de la demanda civil

Con posterioridad a la formalización de la investigación la víctima puede preparar la demanda civil solicitando la práctica de diligencias que considerare necesarias para esclarecer los hechos que serán objeto de su demanda, aplicándose, en tal caso, lo establecido en los artículos 183 y 184 (estos artículos regulan la proposición de diligencias al Ministerio Público y la asistencia a las mismas, como se verá en la segunda parte de este capítulo).

Asimismo, se puede asegurar el resultado de la demanda civil, solicitando alguna de las medidas previstas en el artículo 157 (medidas cautelares reales) (art. 61 CPP).

La preparación de la demanda civil interrumpe la prescripción. No obstante, si no se deduce demanda en la oportunidad antes referida, la prescripción se considerará como no interrumpida.

4) Actuación del demandado

El imputado (que, como sabemos, es el único que puede ser demandado en sede penal) debe oponer las excepciones que corresponda y contestar la demanda civil en la oportunidad señalada en el artículo 263 (vale decir hasta la víspera de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, por escrito o verbalmente al inicio de la misma). En la misma oportunidad podrá señalar los vicios formales de que adoleciere la demanda civil, requiriendo su corrección.

En su contestación, deberá indicar cuáles serán los medios probatorios de que pensare valerse, del modo previsto en el artículo 259 (art. 62 CPP).

5) Incidentes relacionados con la demanda y su contestación

Todos los incidentes y excepciones deducidos con ocasión de la interposición o contestación de la demanda deben resolverse durante la audiencia de preparación del juicio oral, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 270 (que regula la corrección de vicios formales en dicha audiencia).

⁷¹ Ídem.

6) Desistimiento y abandono

La víctima puede desistirse de su acción civil en cualquier estado del procedimiento (art. 64 CPP).

Se considera abandonada la acción civil interpuesta en el procedimiento penal, cuando la víctima no compareciere, sin justificación, a la audiencia de preparación del juicio oral o a la audiencia del juicio oral (similar a la situación de abandono de la querrela, que analizáramos antes).

7) Efectos de la extinción de la acción civil

Si se extingue la acción civil no se entiende extinguida la acción penal para la persecución del hecho punible (art. 65 CPP).

8) Efectos del ejercicio exclusivo de la acción civil

Cuando sólo se ejerza la acción civil respecto de un hecho punible de acción privada se considera extinguida, por esa circunstancia, la acción penal. En relación con ello, el art. 66 CPP señala que, para estos efectos, no constituye 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. Vale decir, la solicitud de tales diligencias no hace perder la posibilidad de utilizar la acción penal.

9) Independencia de la acción civil, respecto de la acción penal

El hecho de dictarse sentencia absoluta en materia penal no impide que se haga lugar a la acción civil, si fuere legalmente procedente (art. 67 CPP).

10) Acción civil ante la suspensión o terminación del procedimiento penal

Expresamente se señala que, si antes de comenzar el juicio oral, el procedimiento penal continuare de conformidad a las normas que regulan el procedimiento abreviado (arts. 406 a 415 CPP), o por cualquier causa terminare o se suspendiere, sin decisión acerca de la acción civil que se hubiere deducido oportunamente, la prescripción continuará interrumpida siempre que la víctima presentare su demanda ante el tribunal civil competente en el término de sesenta días siguientes a aquel en que, por resolución ejecutoriada, se dispusiere la suspensión o terminación del procedimiento penal (art. 68 CPP).

En este caso, la demanda y la resolución que recayere en ella se notificarán por cédula y el juicio se sujetará a las reglas del procedimiento sumario.

Si la demanda no fuere deducida ante el tribunal civil competente dentro del referido plazo, la prescripción continuará corriendo como si no se hubiere interrumpido.

Si en el procedimiento penal se hubieren decretado medidas destinadas a cautelar la demanda civil, éstas se mantendrán vigentes por el plazo antes indicado, tras el cual quedarán sin efecto si, solicitadas oportunamente, el tribunal civil no las mantuviere.

Finalmente se expresa que si, comenzado el juicio oral, se dicta sobreseimiento de acuerdo al Código, el tribunal de juicio oral en lo penal debe continuar con el juicio para el solo conocimiento y fallo de la cuestión civil.

11) Prueba de la acción civil. Cuestiones prejudiciales civiles

En esta materia rige el art. 324 del CPP, que dispone que para probar las acciones civiles se atenderá a las normas civiles en cuanto a la determinación de la parte que deba probar (ej.: art. 1699 CC) y a las disposiciones del CPP, en cuanto a su procedencia, oportunidad, forma de rendirla y apreciación de su fuerza probatoria.

Lo antes señalado se aplica también a las cuestiones civiles a que se refiere el inciso 1º del art. 173 del COT (las llamadas “cuestiones prejudiciales civiles”), de las que deba conocer el tribunal con competencia criminal. Sin embargo, debe tenerse presente que, respecto de las otras situaciones a que alude el art. 173 COT (cuestiones sobre validez de matrimonio, sobre estado civil en relación con los delitos de usurpación, ocultación o supresión de estado civil), se aplican, respecto a la prueba, las normas del derecho sustantivo y adjetivo civiles.

Finalmente, en relación con estas cuestiones prejudiciales civiles, siempre que deba conocer de ellas un tribunal que no tenga competencia criminal, el procedimiento penal se suspende, hasta que dicha cuestión se resuelva por sentencia firme.

La suspensión recién referida no impide la realización, en sede criminal, de las actuaciones urgentes y estrictamente necesarias para dar protección a la víctima o testigos, o establecer circunstancias que comprueben los hechos delictivos o la participación del imputado y que pudieren desaparecer.

El Ministerio Público, si se trata de un delito de acción penal pública, debe promover la iniciación de la causa civil previa e intervenir en ella hasta su término, instando por su pronta conclusión (art. 171 CPP).

2.7. Los tribunales

A. JUEZ DE GARANTÍA. ROL Y JUSTIFICACIÓN

Como quiera que la labor de dirección de la investigación recae, en el nuevo procedimiento penal, en un organismo autónomo y poderoso –el Ministerio Público–, con grandes facultades persecutorias, la posibilidad de que su actuar afecte derechos y garantías constitucionales de las personas es patente. Por ello, se entrega a un tribunal unipersonal –denominado originalmente en el Proyecto Juez de Control de la Instrucción, hoy Juez de Garantía– la labor de decidir sobre la procedencia de todas aquellas intervenciones del sistema penal en los derechos básicos de todo ciudadano, tanto respecto de aquellas derivadas de la investigación misma –allanamiento, interceptación de correspondencia, etc.– como de aquellas

medidas cautelares que se recaben respecto del imputado (detención, prisión preventiva y otras menos gravosas que se analizarán).

En definitiva, el Juez de Garantía es un tercero que no investiga y, por ende, está en una posición que le permite evaluar en forma imparcial la labor del Ministerio Público y también, según se explicó, la de los funcionarios policiales. Así la fase de investigación se “judicializa” en cuanto a su control, se evitan abusos y se presta pronto auxilio a los imputados ante los eventuales excesos o desequilibrios que se pudieren producir.

Además este tribunal tiene otras competencias, tales como dictar sentencia en el llamado “procedimiento abreviado”, que se explica más adelante; tiene a su cargo la tarea de preparar el juicio oral y la de dictar una serie de otras resoluciones que se le encomiendan.

A.1. Competencia y ciertos actos fundamentales del procedimiento

Concretamente, y de acuerdo a las normas del COT (art. 14, según leyes N°s. 19.665 y 19.708), las funciones básicas del Juez de Garantía son:

- A) Asegurar los derechos del imputado y demás intervinientes en el proceso penal, de acuerdo a la Ley Procesal Penal;
- B) Dirigir personalmente las audiencias que procedan, de conformidad a la Ley Procesal Penal;
- C) Dictar sentencia, cuando corresponda en el procedimiento abreviado, que contemple la Ley Procesal Penal;
- D) Conocer y fallar las faltas penales de conformidad con el procedimiento contenido en la Ley Procesal Penal;
- E) Conocer y fallar, conforme a los procedimientos regulados en el Título XI del Libro IV del CPP (procedimiento simplificado y monitorio), las faltas e infracciones contempladas en la Ley de Alcoholes, cualquiera sea la pena que ella les asigne;
- F) Hacer ejecutar las condenas criminales y las medidas de seguridad, y resolver las solicitudes y reclamos relativos a dicha ejecución, de conformidad a la Ley Procesal Penal; y
- G) Conocer y resolver todas las cuestiones y asuntos que el COT y la Ley Procesal Penal le encomienden (por ejemplo: resolver las excepciones de previo y especial pronunciamiento, sin perjuicio de dejar su resolución para el tribunal colegiado del juicio oral, corregir vicios formales, resolver sobre la solicitud del Fiscal, que se hace en la audiencia de formalización de la investigación, de que la causa pase directamente al juicio oral (el llamado juicio inmediato), lo que implica saltar la audiencia de preparación del juicio oral; decidir sobre la revocación de la suspensión condicional del procedimiento, etc.

Debemos recordar, además, la labor fundamental que le encomienda el art. 9° del CPP, al señalar que: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa. En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al juez de garantía”.

En cuanto a la forma como cumple sus funciones, es decir, como adopta sus resoluciones, la regla general es que el Juez de Garantía resuelva en audiencias en las que se debaten las cuestiones pertinentes, con participación de todos los intervinientes (arts. 36 y 38 CPP).

Las audiencias comienzan con la exposición del objeto de la misma, dirigiéndola el Juez, le concede la palabra a los intervinientes, solicita información y resuelve, fundamentadamente, todo lo cual se registra por cualquier medio apto para producir fe (arts. 39, 40 CPP).

Las principales audiencias, en las que debe intervenir un Juez de Garantía, pueden ser, entre otras:⁷²

- i) Audiencia para declaración judicial del imputado;
- ii) Audiencia para examinar la legalidad de la privación de libertad de una persona (Amparo ante el juez de garantía, art. 95, ya analizado);
- iii) Audiencia de formalización de la investigación;
- iv) Audiencia para decidir sobre medidas cautelares personales;
- v) Audiencia para disponer medidas de protección a los testigos (art. 308 CPP);
- vi) Audiencia para resolver sobre límites al secreto de piezas o diligencias de la investigación (art. 182 CPP);
- vii) Audiencia para resolver la suspensión condicional del procedimiento (art. 237 CPP);
- viii) Audiencia para aprobación de acuerdos reparatorios (art. 241 CPP);
- ix) Audiencia para resolver sobre el sobreseimiento (arts. 248, 249, 250, 252);
- x) Audiencia de Preparación del Juicio Oral (art. 260 y sgtes. CPP).

No obstante la regla general antes expuesta, en ciertos casos excepcionales el Juez de Garantía cumplirá su función sin la realización de una audiencia o en una audiencia sin presencia de todos los intervinientes. Ejemplo del primer caso será cuando se pronuncie acerca de la admisibilidad de la querrela, como hemos analizado (ver. supra 2.6, letra B.2); del segundo, cuando es requerido por el fiscal para que autorice ciertas diligencias de investigación sin conocimiento del afectado (art. 236 CPP).

De las funciones someramente expuestas aparece claro que el rol del Juez de Garantía es piedra angular del nuevo procedimiento y permite resituar a los jueces, durante la investigación, en las labores que les son propias y exclusivas.

⁷² POBLETE ITURRATE, ORLANDO. “Nuevos Tribunales en lo Penal y Ministerio Público”. Charla en Seminario “Las Reformas del Proceso Penal”. Colegio de Abogados de Chile. 11 de octubre de 2000.

B. TRIBUNALES DE JUICIO ORAL EN LO PENAL

Éste es el tribunal colegiado del juicio oral, que se compone por tres jueces profesionales, cuyas funciones son:

A) Conocer y juzgar las causas por crimen o simple delito, salvo aquellas relativas a simples delitos cuyo conocimiento y fallo corresponda a un juez de garantía;

B) Resolver, en su caso, sobre la libertad o prisión preventiva de los acusados puestos a su disposición;

C) Resolver todos los incidentes que se promuevan durante el juicio oral (ej.: sobre prueba no solicitada oportunamente), y

D) Conocer y resolver los demás asuntos que la Ley Procesal Penal les encomiende.

El presidente de este tribunal es el que decreta la fecha para la celebración de la audiencia del juicio oral. Además debe indicar el nombre de los jueces que integrarán el tribunal, y ordenar la citación a la audiencia de todos quienes deban concurrir a ella, como se verá.

Los tribunales orales en lo penal funcionan en una o más salas integradas por tres de sus miembros. Sin perjuicio de ello, pueden integrar también cada sala otros jueces en calidad de alternos, con el solo propósito de subrogar, si fuere necesario, a los miembros que se vieren impedidos de continuar participando en el desarrollo del juicio oral, en los términos del art. 76, inciso final, y 281, inciso quinto del CPP (la primera norma señala que el tribunal deberá continuar funcionando con exclusión del juez que hubiere sido inhabilitado y la segunda señala la facultad del juez presidente de la sala para convocar a más de tres jueces para integrar el tribunal, antes que comience el juicio oral).

Cada sala es dirigida por un juez presidente de sala, quien tiene las atribuciones a que alude el artículo 92 del COT y las demás de orden que la Ley Procesal Penal indique, las que veremos más adelante.

C. PRINCIPALES REFORMAS AL CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES EN LA MATERIA. ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES. NUEVOS ÓRGANOS ADMINISTRATIVOS⁷³

La incorporación de los dos tipos de tribunales, reseñados en los puntos anteriores, ha acarreado la necesidad de introducir, también, sustanciales reformas al Código Orgánico de Tribunales (plasmadas en las leyes N°s. 19.665 y 19.708).

En apretada síntesis, las modificaciones e innovaciones más importantes son:

1) Los diferentes juzgados de letras que existen en el país tienen un juez cada uno. En cambio, los juzgados de garantía que se crean pueden tener uno, dos, tres, cuatro, cinco, seis, siete, ocho, nueve, diez, once, doce, catorce o diecisiete jueces de garantía.

Esta distribución es organizacional y no implica, en lo absoluto, que el conocimiento de las materias que le corresponde al Juez de Garantía deje de hacerse en forma unipersonal. Es decir, en palabras sencillas, cada proceso penal tendrá la intervención de un Juez de Garantía.

2) Los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal funcionarán integrados por una o más salas de tres jueces cada una (o sea cada juicio oral, como se ha dicho, será conocido y resuelto por tres jueces) y podrán tener tres (es el mínimo), seis, nueve, doce, quince, dieciocho, veintiún, veinticuatro o veintisiete jueces en lo penal.

3) Por lo expuesto, se establecen reglas para la distribución de las causas entre los jueces que integran un mismo tribunal.

En el caso de los Juzgados de Garantía, la distribución se hará de acuerdo con un procedimiento objetivo y general, aprobado anualmente por el “Comité de Jueces”, a propuesta del Juez Presidente, o sólo por este último, según corresponda (art. 15 COT).

Tratándose de los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, el procedimiento referido es aprobado por el “Comité de Jueces”, a propuesta del Juez Presidente. En lo que respecta a la integración de las salas (si hubiese más de una), ella se determina por sorteo anual, que se debe realizar cada mes de enero (art. 17 COT).

4) Diseño organizacional de los nuevos tribunales: primeramente debe destacarse que en estos nuevos órganos jurisdiccionales desaparece el cargo de secretario.

La organización interna de ambos tipos de tribunales es casi idéntica y sólo difiere en cuanto a la existencia de la “unidad de testigos y peritos”, que es exclusiva en los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

Se contemplan los siguientes órganos y cargos:

a) Comité de Jueces (art. 22 COT)

Este comité existirá en cada juzgado de garantía de composición plural y en cada Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Está formado por todos los jueces del juzgado, si su número no excede de cinco, o por cinco de éstos, si el número es superior.

Sus acuerdos se adoptan por mayoría de votos y, en caso de empate, decide el voto del Juez Presidente. Según el art. 23 COT, sus funciones primordiales son aprobar el procedimiento objetivo y general de distribución de causas; designar al administrador del tribunal (de una terna que presenta el Juez Presidente), evaluar la gestión de aquél, calificarlo, resolver las

⁷³ Ver: VARGAS VIANCOS, JUAN ENRIQUE. “Organización y funcionamiento de los tribunales en el nuevo sistema procesal penal”. En: “El Nuevo Proceso Penal” Cuadernos de Trabajo UDP, marzo de 2000; o en: “El Nuevo Proceso Penal”. Editorial Jurídica ConoSur. 2000.

cuestiones que afecten al personal del Juzgado, decidir sobre el proyecto de plan presupuestario anual que le presente el Juez Presidente (para ser propuesto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial), etc.

En el caso de juzgados de garantía integrados por uno o dos jueces, las atribuciones anteriores corresponderán al Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva, salvo algunas que recaen en el Juez que cumpla la función de Juez Presidente.

b) Juez Presidente (art. 24 COT)

Este funcionario existirá en todos los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal y en aquellos Juzgados de Garantía que formen dos o más jueces.

Será elegido por la mayoría de los jueces del tribunal y durará dos años en el cargo, pudiendo ser reelegido. Preside el Comité de Jueces y, en general, vela por el correcto funcionamiento administrativo del tribunal, califica al personal, propone el procedimiento de distribución de causas, etc.

[Este Juez Presidente del Comité de Jueces no debe confundirse con el Juez Presidente de Sala del Tribunal del Juicio Oral en lo Penal. En efecto, el primero existe en ambos tipos de tribunales (Juzgados de Garantía y Orales), en cambio el segundo sólo en los colegiados del Juicio Oral; además, el Juez Presidente del Comité de Jueces no tiene atribuciones jurisdiccionales que incidan en los procesos pendientes, por el contrario, el Presidente de la Sala sí tiene tales atribuciones en los juicios que conozca su Sala (ej.: modera el debate, controla el comportamiento de los presentes en el Juicio Oral, etc.).

Finalmente, el Juez Presidente del Comité de Jueces dura dos años en el cargo, puede ser reelegido por un nuevo período y no obliga la antigüedad en su elección, salvo el caso de un Juzgado de Garantía de sólo dos jueces, en que las funciones de Juez Presidente se radican anualmente en uno de ellos, comenzando por el más antiguo (art. 22 COT).

Por el contrario, el Juez Presidente de Sala es elegido anualmente, rigiendo la antigüedad].

c) Administrador general

Funcionario auxiliar de la administración de justicia, que organiza y controla la gestión administrativa propia del funcionamiento del tribunal. Aplica el procedimiento de distribución de causas, evalúa al personal a su cargo, lleva la contabilidad y administra la cuenta corriente del tribunal, adquiere insumos, etc. (art. 389 B COT).

Requiere, para ser nombrado, un título profesional relacionado con las áreas de gestión y administración, otorgado por una universidad o instituto profesional, de una carrera de ocho semestres de duración a lo menos. Son designados desde una terna, elaborada por concurso público de oposición y antecedentes por el Juez Presidente, por el Comité de Jueces (arts. 389C y 389 D COT).

d) Subadministrador

Existirá sólo en los casos en que se justifique su existencia, como apoyo a la gestión del funcionario nombrado en el punto anterior.

e) Unidades administrativas

Según el art. 25 COT, los Juzgados de Garantía y los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal, deben organizarse en estas unidades, para el cumplimiento eficaz y eficiente de sus labores. Tales unidades son:

i) Unidad de Sala: para la organización y asistencia a la realización de audiencias;

ii) Unidad de Atención de Público: le corresponderá otorgar una adecuada atención, orientación e información al público que concurra al juzgado, en especial a la víctima, al defensor y al imputado, recibir la información que éstos entreguen y manejar la correspondencia del juzgado o tribunal;

iii) Unidad de Servicios: reunirá labores de soporte técnico de la red computacional, de contabilidad y de apoyo a la actividad administrativa del tribunal, abastecimiento de las necesidades físicas y materiales (como bodegaje, mensajería, aseo, etc.);

iv) Unidad de Administración de Causas: tiene a su cargo la labor relativa al manejo de causas y registros del proceso penal en el juzgado, incluyendo el manejo de fechas y salas para audiencias, ingreso y número de rol, primera audiencia judicial de los detenidos, etc.

Según el texto actual del art. 389 G del COT (sustituido por la ley

Nº 19.762), una función muy importante en la práctica corresponde al jefe de esta unidad administrativa. Dicha labor es la de efectuar las certificaciones que la ley señale expresamente (por ejemplo, si se han deducido recursos contra la sentencia definitiva, según el art. 44 CPP), así como la autorización, en su caso, del mandato judicial.

v) Unidad de Testigos y Peritos: a esta unidad le corresponde asumir la adecuada y rápida atención, información y orientación a los testigos y peritos citados a declarar en el transcurso de un juicio oral. Deberá verificar, en la práctica, la concurrencia de los testigos y peritos a la o las audiencias programadas, y coordinar su participación en éstas. Sólo existe en los Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

5) Supresión de juzgados

Con la Reforma desaparecerán todos los actuales Juzgados del Crimen y algunos Juzgados de Letras con competencia común. Los que se mantienen, en principio, pierden su competencia en asuntos penales.

[Sin embargo, en función de racionalizar los recursos y hacer más eficiente la inversión de los mismos, y por excepción, se opta por atribuir a 46 Juzgados de Letras, de comunas o agrupación de comunas, la competencia para conocer

como juzgados de garantía durante la investigación de un crimen o simple delito, en aquellos casos en que la proyección de causas criminales en esos lugares y el porcentaje de utilización del juzgado de letras con competencia común, que actualmente existe, es baja].

6) Al margen de otras muchas modificaciones (por ejemplo sobre escalafón primario y secundario), se alteran las normas sobre competencia de los Juzgados de Letras, de los Presidentes y Ministros de Corte como tribunales unipersonales, de las propias Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, las reglas sobre competencia civil de los tribunales en lo criminal, etc.

Detallaremos algunos de estos cambios, atendida su importancia práctica:

i) Competencia en materia criminal (art. 157 COT)

Se establece que: “Será competente para conocer de un delito el tribunal en cuyo territorio se hubiere cometido el hecho que da motivo al juicio.

El juzgado de garantía del lugar de comisión del hecho investigado conocerá de las gestiones a que diere lugar el procedimiento previo al juicio oral.

El delito se considerará cometido en el lugar donde se hubiere dado comienzo a su ejecución.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo, cuando las gestiones debieren efectuarse fuera del territorio jurisdiccional del juzgado de garantía y se tratare de diligencias urgentes, la autorización judicial previa podrá ser concedida por el juez de garantía del lugar donde deban realizarse. Asimismo, si se suscitare conflicto de competencia entre jueces de varios juzgados de garantía, cada uno de ellos estará facultado para otorgar las autorizaciones o realizar las actuaciones urgentes, mientras no se dirimiere la competencia.

La competencia a que se refiere este artículo, así como la de las Cortes de Apelaciones, no se alterará por razón de haber sido comprometidos por el hecho intereses fiscales”.

La norma de este artículo debe relacionarse con los arts. 70 y 72 del CPP (Juez de Garantía Competente y Facultades durante conflictos de Competencia).

ii) Como veremos más adelante, es facultad del Ministerio Público agrupar o desagrupar investigaciones, en ciertos casos. Por ello, para la primera hipótesis, se adecua el art. 159 del COT, en los siguientes términos:

“Si en ejercicio de las facultades que la Ley Procesal Penal confiere al Ministerio Público, éste decidiere investigar en forma conjunta hechos constitutivos de delito en los cuales, de acuerdo al artículo 157 de este Código, correspondiere intervenir a más de un juez de garantía, continuará conociendo de las gestiones relativas a dichos procedimientos el juez de garantía del lugar de comisión del primero de los hechos investigados.

En el evento previsto en el inciso anterior, el Ministerio Público comunicará su decisión en cada uno de los procedimientos que se seguirán en forma conjunta, para lo cual solicitará la citación a una audiencia judicial de todos los intervinientes en ellos.

El o los jueces de garantía inhibidos harán llegar copias de los registros que obraren en su poder al juez de garantía al que correspondiere continuar conociendo de las gestiones a que diere lugar el procedimiento.

Sin perjuicio de lo previsto en los incisos precedentes, si el Ministerio Público decidiere posteriormente separar las investigaciones que llevare conjuntamente, continuarán conociendo de las gestiones correspondientes los jueces de garantía competentes de conformidad al artículo 157. En dicho evento se procederá del modo señalado en los incisos segundo y tercero de este artículo”.

iii) Se agregan causales de implicancia

Para estos efectos se adicionó un inciso final al art. 195 COT, que preceptúa: “Respecto de los jueces con competencia criminal, son causas de implicancia, además, las siguientes:

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

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

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

La norma recién transcrita debe, necesariamente, relacionarse con los arts. 75 y 76 del CPP, que regulan adjetivamente la inhabilitación de los jueces.

iv) Se modifica una prohibición para ser jueces (art. 256 N° 5 COT), señalando que no pueden serlo los que “de conformidad a la ley procesal se hallaren acusados por crimen o simple delito o estuvieren acogidos a la suspensión condicional del procedimiento”. En similar sentido se adecuan los arts. 295, letra f), 332, 523 N° 3 (requisitos para ser abogado), etc.

SEGUNDA PARTE

LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN E INSTITUCIONES VINCULADAS

1. INTRODUCCIÓN

De todo lo que se ha expresado en acápites anteriores se deduce que la transformación que se ha iniciado en el sistema procesal chileno es de una inédita drasticidad. Quizás en la parte del procedimiento donde mayormente se desechan antiguas ritualidades, rípios y burocracias es en la etapa de investigación, cuyo análisis ahora comenzamos.

Acertadamente se ha sostenido que “buena parte de la promesa de mejora de eficiencia que supone el nuevo sistema se construye y define en el establecimiento de una nueva etapa de investigación que obedezca a una lógica diversa a la actual. Es en la etapa de investigación en donde el mayor flujo de casos que conoce el sistema se concentran y es donde la mayoría de los mismos deberán encontrar alguna respuesta o salida. Es también en esta etapa donde se definirá buena parte del éxito de los casos que vayan al juicio oral por medio de las investigaciones realizadas por la policía y el Ministerio Público. En fin, es en esta etapa en donde los tribunales deberán ejercer un control intenso para evitar que la actividad policial y del Ministerio Público exceda los marcos admitidos por nuestro sistema legal”.⁷⁴

Según lo sostiene Alberto Binder⁷⁵, “las fases preparatorias [del juicio oral], más allá de la organización concreta que adopte cada sistema procesal, pueden ser divididas en dos etapas: una es la de instrucción y otra la fase intermedia. La primera es la netamente preparatoria; la segunda es la fase de control, crítica instructoria, análisis de los fundamentos de la acusación (...)”. “(...) la fase propiamente preparatoria, a la que comúnmente llamamos instrucción... es compleja. ¿Qué significa preparar el juicio? Significa diversas actividades:

1. Preparar la acusación del fiscal;
2. Preparar la acusación del querellante;
3. Decidir cuestiones incidentales;
4. Preparar la defensa;
5. Decidir sobre las medidas cautelares, [y]
6. Preparar anticipos de prueba o prueba jurisdiccional”.

De lo recién transcrito deducimos, inmediatamente, los fines fundamentales de la etapa de investigación (instrucción) en el nuevo CPP. En efecto, todos los antecedentes que la investigación, bajo la dirección del fiscal, allegue al procedimiento penal servirán para fundamentar la eventual acusación contra el posible acusado y, asimismo, le servirán a éste para sustentar su defensa. Empero, reiteramos, no constituyen pruebas, salvo los casos de “prueba anticipada” (los llamados “anticipos de prueba”); ello por una lógica razón: sólo se acreditan hechos con las probanzas que se rinden en el juicio oral, ante el tribunal colegiado, cuya composición ya hemos analizado.

Amén de lo expuesto, durante la etapa de investigación se cumplen otros fines en la preparación del juicio, mediante otras instituciones como las medidas cautelares. Existe finalmente la posibilidad de que, derivado de la actividad durante esta etapa, no haya juicio oral, se acelere éste o exista un procedimiento abreviado, como se verá.

1.1. Referencia a algunos principios formativos del procedimiento en esta etapa

En el nuevo procedimiento penal, aparecen claramente ciertos “principios formativos del procedimiento”.

Tales principios, que responden básicamente, como se ha expresado, a la lógica de un sistema acusatorio, son, entre otros: la inmediación, la contradicción, la concentración, la continuidad, la publicidad, el derecho a defensa real y la oralidad. Ellos rigen y son aplicados, sin duda y plenamente, en el juicio oral, a la luz de las normas del nuevo CPP y de los tratados internacionales de derechos humanos hoy día vigentes en Chile (vid. supra, primera parte, 1.1 y 1.2).

Sin embargo, surge la pregunta acerca de los principios que deben regir la etapa preparatoria del juicio oral y, por lo tanto, las directrices en las actuaciones del procedimiento de investigación por parte del Fiscal.

En esta etapa de investigación, de búsqueda de información, de acopio de antecedentes, de preparación de la acusación, de resolución de incidentes, de anticipaciones de prueba y de decisión sobre medidas cautelares, los principios formativos del procedimiento se “aquilatan” de manera tal que permitan la convivencia armónica de la evidente tensión entre la pretensión punitiva estatal y las garantías constitucionales.

En el nuevo proceso penal, como se verá, la etapa de investigación propiamente tal está dividida a su vez en dos “subetapas”: la investigación preliminar y la investigación una vez formalizada.

En el marco de la investigación preliminar, que se inicia por denuncia, querrela o de oficio por el Ministerio Público, los principios que rigen plenamente son:

a) La oficialidad o impulso procesal Fiscal, en el sentido de que es el Ministerio Público el que tiene la carga de realizar todas las diligencias tendientes al establecimiento de los hechos, siendo los demás intervinientes simples coadyuvantes en la preparación de la acusación fiscal.

⁷⁴ RIEGO, CRISTIÁN. DUCE, MAURICIO. “El nuevo sistema de instrucción”. En: “El Nuevo Proceso Penal”. Cuadernos de Trabajo. Universidad Diego Portales. Marzo de 2000. O en: “El Nuevo Proceso Penal”. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago. 2000.

⁷⁵ BINDER, ALBERTO. “Funciones y Disfunciones del Ministerio Público Penal”. En: “El Ministerio Público. Para una nueva Justicia Criminal”. Fundación Paz Ciudadana. CPU. 1994.

b) El orden consecutivo discrecional, ya que es el Fiscal el que determina la secuencia de actos de investigación que propenden a su desarrollo y finalidad, sin perjuicio de las instrucciones generales y específicas que las autoridades del Ministerio Público predeterminen.

c) El principio de publicidad. Éste se ve relativizado respecto de los terceros ajenos al proceso penal e incluso, como expodré, puede verse limitado con respecto del propio imputado y otros intervinientes, si el Fiscal es autorizado por el Juez de Garantía para realizar actuaciones secretas. Por ello, en la investigación no se trata de que todos los actos sean públicos sino que existe un secreto relativo, lo que se justifica en el éxito de las diligencias de investigación, como veremos.

Sin perjuicio de ello, en relación a este principio, la Excm. Corte Suprema, por acuerdo del Tribunal Pleno, de fecha 10 de enero de 2001, ha expresado lo siguiente: “Las actuaciones que se realicen ante el Juzgado de Garantía, por la naturaleza del nuevo sistema procesal penal, son públicas (artículo 1º, del Código Procesal Penal, artículo 8º N° 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), sin perjuicio de que el tribunal pueda disponer, a petición del fiscal o de otro interviniente, su reserva, lo que sólo corresponderá acoger cuando la gravedad de los antecedentes o sus circunstancias lo hagan aconsejable”.

d) Como consecuencia de lo expuesto se concluye que, en materia de investigación criminal no se puede aplicar el principio de la preclusión de los actos jurídicos procesales porque, por un lado, los actos son independientes entre sí, y por otro, porque no existe un orden consecutivo legal.

e) Tal vez uno de los principios más importantes de la investigación criminal sea el de la oralidad, lo que implica que sea la palabra (verbalidad) el medio de comunicación idóneo y preferente entre los intervinientes y el tribunal de garantía.

Debemos dejar constancia de que el principio que debe regir el procedimiento penal nuevo es el de la oralidad y no el de la protocolización como se podría pretender. Esto significa que todas las actuaciones, en principio, se realizan verbalmente, con o sin la presencia de los interlocutores, y no existe entonces, respecto de tales actos del procedimiento, un registro que deje constancia fehaciente de ellos por escrito en un expediente, mediante actas autorizadas por un ministro de fe, sino que existe la necesidad de que exista un registro que permita analizar sólo la legalidad de la actuación del procedimiento de investigación, pero en ningún caso una copia fiel de la misma.

f) En la investigación preliminar rige también plenamente el principio de la inmediación, esto es, que tanto el juez de garantía como los intervinientes conocen el material mismo de la causa y pueden aprehender las circunstancias de hecho por sí mismos sin necesidad de un objeto –expediente– o persona que mediatice el conocimiento de las declaraciones y demás diligencias de investigación.

g) Como parece obvio, debe regir también el principio de probidad o de buena fe procesal, ya que no se desea que el Fiscal utilice la investigación criminal para cumplir deslealmente fines ilícitos.

h) Si consideramos que el proceso no puede significar un costo mayor que los bienes jurídicos protegidos penalmente, y que en la investigación se debe obtener el mayor resultado posible en la aplicación de la ley penal y procesal penal, con el menor desgaste posible de la actividad estatal, colegimos entonces que las actuaciones de investigación se deben realizar considerando el principio de la “economía procesal”.

i) Por último, pero no por ello menos importante, debe considerarse el principio de la bilateralidad de la audiencia. Según este principio “nadie puede ser condenado sin ser oído”, lo que se traduce en que los intervinientes en el proceso tienen derecho a saber que existe un proceso en su contra y a ser oídos en ese proceso, lo que constituye una clara manifestación del debido proceso legal (vid. supra primera parte, 1.1.2, letra A).

Sin embargo, en relación con los actos de investigación criminal dirigidos por el Fiscal, debemos afirmar que éste no siempre debe comunicar al afectado por un acto de investigación que tal diligencia se va a llevar a cabo. De la forma como se aprobó el Código Procesal Penal, concluiremos que no hay necesidad. Y no la hay porque mientras no se afecten derechos constitucionales asegurados, no se requiere autorización judicial previa por parte del juez de garantía y por lo tanto, la regla general será la unilateralidad de la audiencia. Incluso, si se afectan derechos constitucionales la medida o diligencia se puede llevar a cabo sin conocimiento del afectado, como veremos, si el juez lo autoriza, por lo que se mantiene la regla de la unilateralidad.

2. FORMAS DE INICIO DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación de un hecho que revista caracteres de delito, podrá iniciarse de oficio por el Ministerio Público, por denuncia o por querrela (recordemos que ésta es presentada ante el Juez de Garantía, el cual, luego del examen previo de admisibilidad, y si la admite a tramitación, debe remitirla al Ministerio Público. Vid. supra, primera parte, 2.6. Analizaremos sólo la denuncia.

2.1. Denuncia

Respecto a ésta, se establece que cualquier persona podrá efectuar la denuncia directamente ante el Ministerio Público. Además se podrá formular ante los funcionarios de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones o de Gendarmería de Chile, en este último caso en lo referido a los delitos cometidos dentro de los recintos penitenciarios. También se podrá denunciar ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal. Todos estos receptores de las denuncias deberán hacerla llegar de inmediato al Ministerio Público (art. 173 CPP).

2.1.1. Obligación, plazo y sanción

Se considera la obligación de denunciar para ciertas personas, en forma similar al actual procedimiento penal (CPP 1906). Al respecto, rige el art. 175 CPP el cual, amén de establecer las personas obligadas a denunciar, considera que si una de ellas la formula, el resto queda eximido de tal obligación. La norma referida prescribe: “Estarán obligados a denunciar:

a) Los miembros de Carabineros de Chile, de la Policía de Investigaciones de Chile y de Gendarmería, todos los delitos que presenciaren o llegaren a su noticia. Los miembros de las Fuerzas Armadas estarán también obligados a denunciar todos los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones;

b) Los fiscales y los demás empleados públicos, los delitos de que tomaren conocimiento en el ejercicio de sus funciones y, especialmente, en su caso, los que notaren en la conducta ministerial de sus subalternos;

c) Los jefes de puertos, aeropuertos, estaciones de trenes o buses o de otros medios de locomoción o de carga, los capitanes de naves o de aeronaves comerciales que naveguen en el mar territorial o en el espacio territorial, respectivamente, y los conductores de los trenes, buses u otros medios de transporte o carga, los delitos que se cometieren durante el viaje, en el recinto de una estación, puerto o aeropuerto o a bordo del buque o aeronave;

d) Los jefes de establecimientos hospitalarios o de clínicas particulares y, en general, los profesionales en medicina, odontología, química, farmacia y de otras ramas relacionadas con la conservación o el restablecimiento de la salud, y los que ejercieren prestaciones auxiliares de ellas, que notaren en una persona o en un cadáver señales de envenenamiento o de otro delito, y

e) Los directores, inspectores y profesores de establecimientos educacionales de todo nivel, los delitos que afectaren a los alumnos o que hubieren tenido lugar en el establecimiento”.

Todas las personas antes mencionadas tienen 24 horas de plazo para denunciar, desde el momento que tomaron conocimiento del hecho delictivo salvo, obviamente, los capitanes de naves o aeronaves, respecto de los cuales el término se cuenta desde que arriben al territorio.

Los que estando obligados, según vimos, omiten hacer la denuncia serán sancionados con la pena del art. 494 CP (una a cuatro UTM) o con la que prescriban leyes especiales, según corresponda. Sin embargo, no se aplicará sanción penal cuando el que omitió denunciar haya arriesgado la persecución penal propia, del cónyuge, de su conviviente o de ascendientes, descendientes o hermanos (art. 177 CPP).

2.1.2. Forma y contenido. Responsabilidad y derechos del denunciante

La denuncia, lógicamente, puede hacerse por cualquier medio (verbal o escrito). Deberá contener la identificación del denunciante, el señalamiento de su domicilio, la narración circunstanciada del hecho, la designación de quienes lo hubieren cometido y de las personas que lo hubieren presenciado o que tuvieren noticia de él, todo según le pueda constar al denunciante.

En el caso de la denuncia verbal se levanta un registro en presencia del denunciante, quien lo firmará junto con el funcionario que la recibiere. La denuncia escrita será firmada por el denunciante. En ambos casos, si el denunciante no puede firmar, lo hará un tercero a su ruego.

El denunciante no contraerá otra responsabilidad que la correspondiente a los delitos que hubiere cometido por medio de la denuncia o con ocasión de ella. Tampoco adquiere el derecho a intervenir posteriormente en el procedimiento, sin perjuicio de las facultades que pudieren corresponderle en el caso de ser víctima del delito.

Empero, en el caso de autodenuncia, sí adquiere un derecho, que se expone a continuación.

2.1.3. Autodenuncia

Se permite la posibilidad de la autodenuncia, para el caso de quien ha sido imputado por otra persona de haber participado en un hecho ilícito. En tal evento, tiene el derecho de concurrir ante el Ministerio Público (sólo ante dicho organismo) y solicitar se investigue la imputación que se le ha hecho.

Si el Fiscal respectivo se niega a proceder, la persona imputada puede recurrir ante las autoridades superiores del organismo, a fin de que revisen tal decisión.

2.1.4. Actuación del Ministerio Público, en relación con la denuncia recibida

Una vez que este organismo recibe una denuncia, sea directamente o a través de los funcionarios de otras instituciones, el encargado correspondiente debe registrarla en un formulario del que dispondrá al efecto, numerarla y ponerla a disposición del o de los fiscales encargados de evaluarla (lo mismo se hará una vez recibida una querrela remitida por el Juez de Garantía).

La evaluación inicial de la denuncia y de su alcance (lo que también se hará cuando un fiscal tome conocimiento directamente de un hecho delictivo, aunque, en tal hipótesis aquél podrá realizar por sí mismo u ordenar a la policía diligencias urgentes de investigación) es una fase clave en el nuevo sistema. En efecto, en dicha fase se pueden adoptar decisiones trascendentales para el futuro de los casos en que se iniciará o continuará la persecución penal o, por el contrario, respecto de aquellos que no serán investigados, o cuya investigación será abandonada (piénsese en instituciones tales como

el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, etc., las que hemos analizado en supra, primera parte, 2.1 letra G).

Como elementos a considerar para esta evaluación el Ministerio Público debería, al menos:

- Analizar si los hechos denunciados son constitutivos de delito;
- Determinar si, siendo constitutivos de delito, los antecedentes disponibles dan cuenta de que la eventual responsabilidad penal se encuentra extinguida o no;
- Examinar si, en la especie, existen instrucciones generales o particulares de las autoridades del Ministerio Público;
- Analizar si la denuncia (o querrela, según el caso) individualiza o no algún imputado. En tal evento, revisar si aquél está detenido y si ha prestado declaración;
- Examinar la flagrancia, o falta de ella, del hecho;
- Atender a la gravedad y/o tipo de delito, el daño o impacto social del mismo, y su inserción en un contexto de mayor criminalidad. Asimismo, analizar la mayor o menor complejidad del hecho punible, las eventuales líneas de investigación, la existencia o no de antecedentes que puedan servir de prueba, etc.
- Tener presente si existe víctima concreta e identificada y la disposición a colaborar con la investigación, etc.

Después de la evaluación antedicha el Ministerio Público podrá hacer una de tres cosas, a saber:

- i) Poner término, suspender o no continuar la tramitación del caso (utilizando alguna de las facultades que ya hemos analizado);
- ii) Requerir información adicional (sea a través de la policía o directamente), o
- iii) Formalizar la investigación.

3 ACTUACIONES DE LA INVESTIGACIÓN

Una vez que el Ministerio Público decide llevar adelante la persecución penal, realizada o no la “formalización de la investigación”, trámite que analizaremos más adelante, deberá desplegar actividades conducentes a recopilar información útil, relevante y pertinente.

Vale reiterar, sin temor a redundancias, que la investigación puede subdividirse en dos fases, a saber: investigación propiamente preliminar en la cual no se ha formalizado la investigación (que no tiene plazo predeterminado para concluir) e investigación “formalizada” (que debe cerrarse por regla general a los dos años, según el art. 247 CPP).

Normalmente la investigación preliminar no requerirá la intervención judicial y será (como dijéramos en supra 1.1 “unilateral” y reservada. Esta situación se compensa con el hecho de que, mientras no exista formalización de la investigación, los organismos de persecución penal no podrán disponer autónomamente la práctica de diligencias que afecten los derechos constitucionales y/o legales de las personas, como tampoco adoptar medidas que vulneren dichos derechos. Así, por ejemplo, no se podrá disponer medidas cautelares o allanamientos (“entrada y registro”).

La regla general es que para realizar este tipo de diligencias o solicitar dichas medidas se deba formalizar la investigación (lo que implica, como se ha dicho, “judicializar” el procedimiento), sin perjuicio de existir excepciones que detallaremos.

A propósito de la investigación de los fiscales, formalizada o no, rigen los arts. 180 y 181 CPP, que disponen, en lo pertinente: “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”.

“...dentro de las veinticuatro horas siguientes a que tomare conocimiento de la existencia de un hecho que revistiere caracteres de delito de acción penal pública por alguno de los medios previstos en la ley, el fiscal deberá proceder a la práctica de todas aquellas diligencias pertinentes y útiles al esclarecimiento y averiguación del mismo, de las circunstancias relevantes para la aplicación de la ley penal, de los partícipes del hecho y de las circunstancias que sirvieran para verificar su responsabilidad. Asimismo, deberá impedir que el hecho denunciado produzca consecuencias ulteriores.

Los fiscales podrán exigir información de toda persona o funcionario público, los que no podrán excusarse de proporcionarla, salvo en los casos expresamente exceptuados por la ley (art. 180 CPP)”.

“Para los fines previstos en el artículo anterior, la investigación se llevará a cabo de modo de consignar y asegurar todo cuanto condujere a la comprobación del hecho y a la identificación de los partícipes en el mismo. Así, se hará constar el estado de las personas, cosas o lugares, se identificará a los testigos del hecho investigado y se consignarán sus declaraciones. Del mismo modo, si el hecho hubiere dejado huellas, rastros o señales, se tomará nota de ellos y se los especificará detalladamente, se dejará constancia de la descripción del lugar en que aquél se hubiere cometido, del estado de los objetos que en él se encontraren y de todo otro dato pertinente.

Para el cumplimiento de los fines de la investigación se podrá disponer la práctica de operaciones científicas, la toma de fotografías, filmación o grabación y, en general, la reproducción de imágenes, voces o sonidos por los medios técnicos que resultaren más adecuados, requiriendo la intervención de los organismos especializados. En estos casos, una vez verificada la operación se certificará el día, hora y lugar en que ella se hubiere realizado, el nombre, la dirección y la profesión u oficio de quienes hubieren intervenido en ella, así como la individualización de la persona sometida a examen y la descripción de la cosa, suceso o fenómeno que se reprodujere o explicare. En todo caso se adoptarán las medidas necesarias para evitar la alteración de los originales objeto de la operación” (art. 181).

3.1. Secreto relativo. Límites

Como expresáramos, a diferencia de lo que ocurre en la actual etapa de sumario, la etapa de investigación, en el nuevo procedimiento penal no es secreta para los intervinientes, salvo calificadas excepciones.

El imputado y los demás intervinientes pueden examinar los registros y documentos de la investigación fiscal y policial.

Sin embargo, las actuaciones de la investigación sí son secretas para los terceros ajenos al procedimiento. Por ello se habla del “secreto relativo” de esta etapa.

[En relación con ello (inciso final art. 182 CPP), se establece que los funcionarios que hayan participado en la investigación y las otras personas que, por cualquier motivo, tuvieren conocimiento de las actuaciones de ésta, están obligados a guardar secreto al respecto].

Sin perjuicio de lo anterior, el fiscal puede disponer que determinadas actuaciones, registros o documentos sean mantenidas en secreto respecto del imputado o de los demás intervinientes, cuando lo considerare necesario para la eficacia de la investigación. En tal caso deberá identificar las piezas o actuaciones respectivas, de modo que no se vulnere la reserva y fijar un plazo no superior a cuarenta días para la mantención del secreto.

Ante la declaración de secreto que puede hacer el fiscal, el imputado o cualquier otro interviniente está habilitado para solicitar del juez de garantía que ponga término al secreto o que lo limite, en cuanto a su duración, a las piezas o actuaciones abarcadas por él, o a las personas a quienes afectare.

Como límite absoluto al secreto se señala que éste no se puede decretar nunca, respecto del propio imputado o su defensor, sobre:

- a) La o las declaraciones del imputado;
- b) Las actuaciones en que éste hubiere intervenido o tenido derecho a intervenir;
- c) Las actuaciones en que participe el tribunal; y
- d) Los informes evacuados por peritos.

[En lo referente al secreto relativo sobre la investigación y especialmente a la extensión del plazo de cuarenta días estipulado en el inciso tercero del art. 182 CPP, debe considerarse que, tal norma del CPP es regla general y, por ende, la situación puede cambiar en disposiciones especiales de otros cuerpos legales. En tal sentido, de acuerdo a las modificaciones hechas por la ley N° 19.806 y a modo de ejemplo, se impone recordar que: i) Según el nuevo texto del art. 17 de la ley N° 19.366, que sanciona el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la investigación del delito previsto en el artículo 12 de tal ley –el denominado “lavado de dinero”– es secreta en los términos previstos en el art. 182 CPP referido. Sin embargo, el plazo de 40 días se puede extender hasta seis meses; ii) Acorde con el nuevo inciso primero del art. 34 de la ley antes citada y, para proteger la seguridad de “agentes encubiertos”, testigos, peritos, informantes o “cooperadores eficaces”, puede, también, ampliarse el plazo en comento hasta seis meses, etc.].

3.2. Proposición de diligencias. Asistencia a ellas

Hemos dicho antes (vid. 1.1) que el impulso procesal, en la investigación, es de cargo del Fiscal respectivo. Sin embargo, ello no es óbice para que los intervinientes puedan, evidentemente, solicitarle la práctica de todas aquellas diligencias que consideren pertinentes y útiles para el esclarecimiento de los hechos.

El fiscal ordenará aquellas que estime conducentes. Vale decir, no está obligado por las peticiones de las partes.

Sin perjuicio de lo expuesto, si el fiscal rechaza una diligencia solicitada, los intervinientes pueden reclamar ante los superiores de aquél, con el propósito de obtener un pronunciamiento definitivo acerca de la procedencia de la actuación solicitada (art. 183 CPP). Resulta evidente que las autoridades del Ministerio Público pueden disponer que el fiscal realice la diligencia deseada. La norma analizada debe relacionarse con las hipótesis previstas en el art. 257 CPP, porque eventualmente se puede decretar la reapertura de la investigación para la práctica de diligencias precisas, solicitadas oportunamente, y que el fiscal hubiese rechazado.

Con respecto a la asistencia a la práctica misma de la diligencia, se señala en el art. 184 CPP que el fiscal puede permitir la asistencia del imputado o de los demás intervinientes a las actuaciones o diligencias que deba practicar, cuando lo estimare útil. En todo caso, está facultado para impartirles instrucciones obligatorias conducentes al adecuado desarrollo de la actuación o diligencia y puede excluirlos de la misma en cualquier momento.

3.3. Agrupación y separación de investigaciones

La regla general es que el fiscal puede investigar separadamente cada delito de que conociere. Empero, si considera que resulta conveniente, puede desarrollar conjuntamente la investigación de dos o más delitos. Asimismo, en cualquier momento está facultado para separar las investigaciones que llevare en forma conjunta.

En el caso de que dos o más fiscales se encuentren investigando los mismos hechos y, derivado de esa situación, se afecten los derechos de la defensa del imputado, éste (o su defensor) puede pedir al superior jerárquico correspondiente que resuelva cuál tendrá a su cargo el caso (art. 185 CPP). Esta norma debe relacionarse con el nuevo art. 159 del COT (analizado en supra; 2.7, C., 6. ii).

3.4. Tipos de diligencias

Las diligencias o actuaciones de la investigación admiten diversas clasificaciones. [Así, por ejemplo, podemos distinguir:

a) Actos intrusivos y no intrusivos

Según si afectan o no los derechos garantizados por la Constitución en el art. 19 números 4 y 5 –que aseguran a todas las personas el respeto y protección a la vida privada y pública, a la honra de la persona y de su familia, la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada–;

b) Actos de investigación que afectan derechos fundamentales y los que no lo hacen

Desde este punto de vista son del primer tipo aquellas actuaciones previstas en el art. 9º CPP;

c) Actos urgentes y no urgentes

Serán de los primeros aquellos que requieren la intervención rápida y eficaz del Ministerio Público y la Policía, con el fin que no se extraigan, pierdan o desaparezcan elementos o antecedentes que puedan servir al esclarecimiento de los hechos; y

d) Actos reservados y no reservados

Según lo antes explicado, todos los actos de la investigación son reservados para terceros ajenos al procedimiento. Sin embargo, desde otro punto de vista se califican como reservadas aquellas actuaciones que se practican sin el conocimiento del afectado y sin que éste pueda tener acceso al registro respectivo, en el evento de no haber asistido a la diligencia. Por el contrario no serán reservados los actos que se practicaron con conocimiento del afectado o aquéllos respecto de los cuales éste pudo examinar el registro respectivo].

Sin embargo, analizaremos sólo: las diligencias que no requieren autorización judicial, las que requieren tal autorización y las hipótesis que permiten que se puedan realizar diligencias sin conocimiento del afectado.

3.4.1. Diligencias que no requieren autorización judicial previa

En conformidad a las normas del CPP, de la LOCMP y de la CPR, el Ministerio Público posee amplias facultades para realizar en forma autónoma todas las diligencias de investigación que sean necesarias, siempre y cuando éstas no afecten derechos garantizados en la Constitución (arts. 80 A CPR, 4º LOCMP y 9º CPP). A este respecto se deben tener presente, también, las disposiciones de los arts. 180 y 181 CPP, ya analizados.

Como es obvio a la luz de todo lo antes expresado, el Ministerio Público puede encargar la práctica de estas diligencias a los cuerpos policiales, sea mediante instrucciones generales o particulares. [Si la diligencia la realiza la Policía deberá registrarla, cumpliendo los requisitos del art. 228 del CPP (es importante el hecho que, consecuente con los principios del nuevo procedimiento penal, estos registros no pueden reemplazar las declaraciones de la policía en el juicio oral).

Por su parte, si el Ministerio Público asume directamente la práctica de la actuación deberá también registrarla, en los términos del art. 227 del CPP, tan pronto tuviere lugar.

Las obligaciones de registro antedichas se aplican a todo tipo de diligencias].

Como ejemplos de este tipo de actuaciones podríamos señalar:

- La solicitud de documentos o información no reservada a funcionarios públicos o a particulares;
- La citación a prestar declaración, ante el Ministerio Público, de testigos, sin apercibimiento de arresto;
- Solicitar información a tribunales o fiscalías en el extranjero;
- Solicitar una autopsia (art. 199 CPP);
- Entrada y registro en lugares de libre acceso público (art. 204 CPP), etc.

3.4.2. Diligencias para las que se requiere autorización judicial previa

Referirnos a este tipo de actuaciones implica, ineludiblemente, analizar el tenor del art. 9º del CPP, que expresa: “Toda actuación del procedimiento que privare al imputado o a un tercero del ejercicio de los derechos que la Constitución asegura, o lo restringiere o perturbare, requerirá de autorización judicial previa.

En consecuencia, cuando una diligencia de investigación pudiere producir alguno de tales efectos, el fiscal deberá solicitar previamente autorización al Juez de Garantía”. Como se dijo, esta norma es concordante con el inciso 2º del art. 80 A de la CPR y con el inciso 2º del art. 4º de la LOCMP.⁷⁶

La ley N° 19.789, agregó un inciso final al artículo 9º del CPP, en los siguientes términos: “Tratándose de casos urgentes, en que la inmediata autorización fuere indispensable para el éxito de la diligencia, podrá ser solicitada y otorgada por cualquier medio idóneo al efecto, tales como teléfono, fax, correo electrónico u otro sin perjuicio de la constancia posterior”. Asimismo, como ya se advirtió (vid. supra, Cap. III, Primera Parte, 2.2, A), se modificó el art. 80 del CPP, para

⁷⁶ Sobre los conceptos de “privación”, “restricción” o “perturbación”, en relación con los derechos que la Constitución asegura, véase:

a) Antecedentes de la discusión legislativa del art. 80 A de la CPR, en: “Constitución Política de la República de Chile. Leyes Anotadas y Concordadas. Diario Oficial. Edición Especial 1999, págs. 74 y ss.;

b) Art. 19 N° 26 de la CPR y su interpretación en la sentencia del Tribunal Constitucional, al fallar sobre el art. 12 de la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (de 7 de junio de 1985);

hacerlo coherente con el nuevo texto del artículo 9º citado. La modificación de estas normas resulta concordante con la clara intención, que informa numerosas normas del CPP, de propender a una investigación desformalizada y desburocratizada.

Dentro de esta clase de diligencias podemos distinguir aquellas reguladas expresamente en el CPP, que analizaremos más adelante (ej.: interceptación de comunicaciones telefónicas, art. 222), de aquellas que no tienen una regulación especial. Como se verá, estas diligencias pueden solicitarse con o sin conocimiento del afectado y antes o después de la formalización de la investigación (art. 236 CPP).

La realización de estas actuaciones supone necesariamente la intervención del Ministerio Público, al menos, en la obtención de la autorización o aprobación judicial previa, aunque la realización concreta de la diligencia recaiga en funcionarios policiales.

[Con respecto a la manera en que se puede otorgar la autorización, es evidente que, siendo uno de los principios formativos del nuevo procedimiento penal la oralidad, como ya se dijo, la aprobación o autorización judicial puede otorgarse en forma verbal. Por lo demás obrar de tal manera contribuye, a no dudarlo, a posibilitar una mayor eficacia en la investigación. Ello sin perjuicio que, ya desde la propia Constitución (art. 80 A, como se expresara en su oportunidad), las policías pueden requerir la exhibición de la orden judicial previa, exhibición que, también, puede eventualmente requerir el imputado o afectado con la práctica de la diligencia (ej.: orden de detención del imputado, art. 94 letra a).

Con todo, “el análisis de las diversas normas del Código Procesal Penal que se refieren al tema, permite sostener que la escrituración de las autorizaciones no constituye una exigencia general. La regla insoslayable es la autorización judicial previa, en sí misma. Si se exige escrituración expresamente o lo demanda la operatividad de la actuación será necesario cumplir con ello, en cuyo caso estaremos frente a diligencias precisas y determinadas que, por su carácter intensamente intrusivo en la esfera de derechos asegurados constitucionalmente son sometidas a un rígido marco de protección procesal de los mismos. Fuera de éstas, sin embargo, al analizar el resto de actuaciones de investigación de carácter menos intrusivo advertimos que nada en su regulación, esencia ni mecanismos permite afirmar que se necesita autorización escrita para su concreción, ni menos existe una norma de carácter general que imponga dicha obligación”.⁷⁷

Empero, en relación con lo anterior, no debe olvidarse que todas las actuaciones de la etapa de investigación, sean policiales, ante fiscales o judiciales, deben registrarse (arts. 40 y siguientes del CPP, en lo referido a las actuaciones judiciales; y arts. 227 y 228 CPP, en relación con las actuaciones del Ministerio Público o policiales, como ya se detallara antes). Sin embargo, tales obligaciones de registro tienen una finalidad muy clara, cual es permitir revisar la legalidad de la actuación, control que puede, perfectamente y salvo expresa norma en contrario, ser ex post facto y no ex ante. Por ende, la obligación de registro no impide la autorización verbal y puede ser cumplida en forma coetánea o inmediatamente posterior a la realización de la diligencia].

3.4.2.1. Análisis de algunas diligencias que requieren autorización judicial previa, reguladas expresamente en el CPP

a) Citación compulsiva

En el caso de que una persona citada (por cualquier medio idóneo) por el Ministerio Público no comparezca en forma voluntaria, el fiscal puede ocurrir ante el Juez de Garantía, con el fin que lo autorice a conducirla compulsivamente a su presencia (art. 33 CPP). En el caso de testigos se debe tener presente el art. 190 CPP.

b) Exámenes corporales

En doctrina se suelen distinguir diversas formas de exámenes corporales que, en estricto sentido, se refieren a situaciones distintas. Resulta útil seguir el concepto más amplio de “intervenciones corporales” que son “aquellas medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, que implican un reconocimiento externo del mismo (registros o inspecciones) o la extracción desde su interior de elementos incorporados a él (investigaciones corporales), con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el establecimiento del cuerpo del delito y de la participación culpables”.⁷⁸

El antedicho concepto amplio permite incluir los registros que son permitidos por el art. 89 CPP y el nuevo texto del art. 85 CPP y, también, la situación prevista en el artículo 197 CPP.

[Con respecto a la legitimidad jurídica de los exámenes corporales, es un principio asentado en el derecho comparado el de que el imputado “ninguna obligación tiene de colaborar activamente en su condena, de manera que en modo alguno puede ser compelido a realizar actividad positiva tendiente a su incriminación”. Empero, el perseguido criminalmente “sí puede ser obligado a soportar pasivamente, esto es, sin exigirle colaboración activa, actos que recaigan en su persona o bienes”.⁷⁹ Lo anterior, puede tener importantes consecuencias prácticas porque, por ejemplo, nadie debería ser forzado por la policía a soplar para someterlo a un test de alcohol, pero cabe estimar que podría ser inducido a vomitar, para encontrar estupefacientes que han sido tragados].⁸⁰

Con respecto a la regulación normativa, los exámenes corporales propiamente tales, se reglamentan en el art. 197 CPP (modificado en su inciso segundo por la ley N° 19.789), el cual dispone: “Si fuere necesario para constatar circunstancias relevantes para la investigación, podrán efectuarse exámenes corporales del imputado o del ofendido por el hecho punible,

⁷⁷ ZAPATA GARCÍA, MARÍA FRANCISCA. “Autorizaciones previas expedidas verbalmente: entre la eficacia y las garantías”. En: “*La Semana Jurídica*”. Editorial Jurídica ConoSur. 29 de enero-4 de febrero 2001, págs. 14 y 15.

⁷⁸ HORVITZ LENNON (MI)-LÓPEZ MASLE (J): “*Derecho Procesal Penal*”. Op. Cit., pág. 507.

⁷⁹ ASENCIO MELLADO (JM): “*Derecho Procesal Penal*”. Op. Cit., pág. 167.

⁸⁰ ROXIN C. “*Derecho Procesal Penal*”. Op. Cit., pág. 167.

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”.

Antes de la modificación hecha al art. 197 CPP la situación era diversa, según se trate de examinar al imputado o al ofendido por el delito. En ambos casos debía tratarse de constatar circunstancias relevantes para la investigación (ej.: examen de semen en delitos sexuales), y no temerse menoscabo para la salud o dignidad del interesado; empero, si el que debía ser examinado era el ofendido, el fiscal podía solicitar su consentimiento. Sólo en defecto de éste, era menester recabar la autorización judicial. En cambio, si era el imputado el examinado, aunque éste consintiese, era necesaria la autorización judicial.

Con la nueva regulación, y ante el carácter incriminatorio que un examen de este tipo puede tener, debe (y tal vez sería necesaria una precisión por la vía legislativa o administrativa) resguardarse cabalmente el derecho del imputado a negar su consentimiento, para lo cual debe controlarse que actúe, en el evento que lo prestare, plenamente informado de las posibles consecuencias.

Finalmente, pensamos que los resguardos prescritos en el art. 197 CPP, respecto a la necesidad de consentimiento y eventual autorización judicial, se aplican a las hipótesis de los “exámenes médicos” a los que se alude en los arts. 198 (delitos de índole sexual) y 199 CPP, en los eventos que se trate de un examen corporal que realice un facultativo. En el evento que el ofendido sea un menor de edad el consentimiento debería prestarlo quien corresponda, de acuerdo a la ley civil.⁸¹

c) Exhumación de cadáveres

Regulada en el art. 202 CPP. El Juez resuelve previa citación del cónyuge o de los parientes más cercanos del difunto (nótese que, a diferencia de otras normas del CPP, no se hace referencia al conviviente). El cuerpo exhumado puede ser de la víctima del delito investigado o de cualquier otra persona, en la medida que pueda aportar antecedentes para la investigación.

d) Pruebas caligráficas

El Fiscal puede solicitar al imputado que escriba palabras o frases, con el objeto de practicar pericias caligráficas. No requerirá autorización judicial si éste accede voluntariamente. Si el imputado se niega, debe solicitarse tal autorización. Debemos destacar que, para que sea válido el consentimiento antes aludido, el fiscal debe advertir al imputado el objeto de la toma de muestra de su escritura, si así no lo hiciera equivaldrá a la ausencia de consentimiento y, de realizarse la actuación, ésta será nula.

e) Entrada y registro en lugares cerrados

El legislador procesal penal ha regulado detalladamente este tema. Para efectos de su análisis es menester distinguir entre los distintos lugares cerrados donde se puede practicar la diligencia. [Debemos recordar que, respecto de lugares y recintos de libre acceso público, las policías pueden efectuar su registro, en búsqueda del imputado, si hubiere en su contra orden de detención, o de rastros o huellas del hecho investigado o de medios que pudieren servir a la comprobación del delito, según el art. 204 CPP].

Los lugares o recintos referidos son:

e.1) Lugares Cerrados Ordinarios

Estos lugares son todos aquellos lugares cerrados, distintos de los regulados en el CPP de manera especial.

La diligencia se norma en el art. 205 CPP, en los siguientes términos: “Cuando se presumiere que el imputado, 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.

En este caso, el funcionario que practicare el registro deberá individualizarse y cuidará que la diligencia se realizare causando el menor daño y las menores molestias posibles a los ocupantes. Asimismo, entregará al propietario o encargado un certificado que acredite el hecho del registro, la individualización de los funcionarios que lo hubieren practicado y de aquél que lo hubiere ordenado.

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”.

Es decir, presupuesto de procedencia de esta entrada y registro (allanamiento) es que se presuma que el imputado o bien medios de comprobación del hecho investigado se encuentran dentro del lugar.

⁸¹ En el mismo sentido. HORVITZ LENNON (MI)-LÓPEZ MASLE (J). Op. Cit., pág. 511.

Para saber cómo debe actuar el Ministerio Público (o la Policía, de acuerdo a las instrucciones de éste), hay que distinguir dos situaciones: a) El propietario o encargado del lugar autoriza expresamente la diligencia. En este caso no se requiere autorización judicial; o b) El propietario o encargado no consiente en la entrada y registro. En tal hipótesis, la Policía adopta medidas de resguardo tendientes a evitar la fuga del imputado, y el fiscal solicita la autorización al Juez de Garantías, haciéndole saber las razones de la negativa. Debe tenerse presente, también, la norma del art. 213 CPP que permite, aun antes que se expida la orden judicial de entrada y registro, ordenar las medidas de vigilancia que el fiscal estime convenientes para evitar la fuga del imputado o la substracción de los documentos o cosas objeto de la actuación.

En la diligencia se pueden incautar los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que puedan ser objeto de la pena de comiso y aquellos que puedan servir como medio de prueba, previa orden judicial (art. 217 inciso final, en relación con art. 205 CPP). En lo demás se procede en conformidad al art. 205 transcrito y las normas comunes que analizaremos.

[Como ya se advirtió en supra, Cap. III, Primera Parte, 2.2, B, 8; una situación excepcional es la prescrita en el art. 206 CPP, que permite la entrada y registro sin el consentimiento expreso del propietario o encargado ni autorización judicial previa. Ello será posible cuando existan llamadas de auxilio de personas que se encuentren en el interior u otros signos evidentes, que indiquen que se está cometiendo un delito].

e.2) Lugares cerrados especiales

Éstos son:

- a) Lugares religiosos;
- b) Edificios donde funcione alguna autoridad pública; o
- c) Recintos militares.

Para realizar la entrada y registro en estos lugares, el fiscal no requiere de autorización del Juez de Garantías, pero debe cumplir con requisitos tanto o más exigentes. Por ello, strictu sensu, la diligencia no podría clasificarse entre las que requieren autorización judicial. Sin embargo, puede haber intervención del Poder Judicial, como veremos.

El fiscal en primer lugar, deberá oficiar previamente a la autoridad o persona a cuyo cargo estuviere el recinto o lugar, informando de la práctica de la actuación. Tal comunicación debe remitirse con, al menos, 48 horas de anticipación y debe contener las señas de lo que será objeto del registro, salvo que el fiscal tema que, por dicho aviso, pueda frustrarse la diligencia.

El fiscal, además, debe identificar a las personas que lo acompañarán en la práctica de la actuación e invitar a la autoridad o persona a cargo del lugar a presenciar la diligencia o a nombrar a alguna persona que asista.

Este procedimiento se complejiza si la diligencia implica examinar documentos reservados o lugares en que se encontrare información o elementos de tal carácter y cuyo conocimiento pudiere afectar la seguridad nacional.

En tal evento, ocurre lo siguiente:

i) La autoridad a cuyo cargo se encuentra el recinto informa, de inmediato y fundadamente, al Ministro de Estado correspondiente (ej.: Ministro de Defensa). Si esta autoridad ministerial lo considera pertinente, oficiará al fiscal a cargo su oposición a la diligencia. (En la hipótesis que se trate de entidades con autonomía constitucional –Banco Central por ejemplo–, la comunicación debe remitirse a la autoridad superior correspondiente);

ii) Si el fiscal considera que la práctica de la actuación es indispensable, remite los antecedentes al Fiscal Regional correspondiente. Si éste comparte la apreciación de su subalterno, solicitará a la Corte Suprema que resuelva la controversia, lo que se hará en cuenta;

iii) Mientras esté pendiente la resolución de la Corte el fiscal ordenará el sello y debido resguardo del lugar.

Amén de lo anterior debemos señalar que, según el art. 209 CPP en análisis, rige, en lo pertinente, el art. 19 CPP (detallado en primera parte, 1.3). Esto quiere decir que, el procedimiento arriba señalado, no obsta a que el Ministerio Público trate de conseguir los documentos necesarios por la vía de solicitarlos a la autoridad que corresponda. En tal evento, se puede presentar una situación similar, pero con la diferencia que si la Corte Suprema estima que, en verdad, la publicidad de los documentos puede poner en riesgo la seguridad nacional, tiene la facultad de disponer que se entreguen al Ministerio Público los datos que se consideren necesarios para la adopción de decisiones relativas a la investigación.

En todo caso, acorde con el inciso final del art. 209 CPP y por aplicación del art. 182, si la diligencia se lleva a cabo, la información y elementos que el fiscal resolviere incorporar a los antecedentes de la investigación, no puede ser conocida por terceros y, además, el fiscal puede disponer que sea mantenida en secreto hasta por 40 días.

e.3) Lugares con inviolabilidad diplomática

Si el Ministerio Público estima necesario realizar la entrada y registro en alguno de estos lugares, deberá:

– Informar al Juez, para efectos que éste solicite el consentimiento del respectivo jefe de la misión diplomática, por oficio. El oficio se remite por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores y, en él, se solicitará que se conteste en 24 horas;

– Si el jefe de misión no contesta en el plazo antedicho o se niega a la diligencia, el juez lo comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores, quien practicará las gestiones diplomáticas pertinentes para solucionar el conflicto. Mientras el Ministerio no conteste informando el resultado, el juez no puede ordenar la entrada en el lugar. Por supuesto se pueden adoptar medidas de vigilancia;

– Si se trata de casos urgentes y graves, el juez puede solicitar la autorización directamente al jefe de misión o por intermedio del fiscal, quien certificará el hecho de haberse otorgado.

e.4) Locales consulares (art. 211 CPP)

Este caso es similar al anterior, salvo que las personas que pueden prestar su consentimiento para realizar la diligencia son distintas: el jefe de la oficina consular, una persona que éste designe o el jefe de la misión diplomática del mismo estado.

e.5) Normas comunes

A las distintas clases de lugares cerrados les son aplicables las reglas generales sobre la diligencia de entrada y registro. Éstas son:

Horario para el registro

Por regla general la diligencia debe realizarse entre las 6:00 y las 22:00 horas, a menos que se trate de lugares de libre acceso público y que se encuentren abiertos durante la noche. Además, procede fuera de tal horario, en casos urgentes, cuando su ejecución no admita demora. En tal evento, la resolución que autorice, deberá señalar expresamente el motivo de la urgencia.

Contenido de la orden de registro

La orden de registro debe contener los enunciados requeridos en el art. 208 CPP. Esto es:

- a) El o los edificios o lugares que hubieren de ser registrados;
- b) El fiscal que lo hubiere solicitado;
- c) La autoridad encargada de practicar el registro, y
- d) El motivo del registro y, en su caso, del ingreso nocturno.

La orden tiene una vigencia máxima de diez días, después de los cuales caducará la autorización. Con todo, el juez que emitiera la orden puede establecer un plazo de vigencia inferior. En el caso de que la diligencia se realizare fuera del plazo fijado, podría ser declarada nula o incidir en la eventual ilicitud de medios de prueba obtenidos en ella.

Procedimiento previo, realización del registro y constancia

Según el texto actual del art. 212 CPP (de acuerdo a la modificación hecha por la ley N° 19.789), la diligencia debería comenzar con la notificación, de la resolución que autoriza la entrada y el registro, al dueño o encargado de lugar, invitándosele a presenciar el acto. Ello a menos que el juez de garantía autorizare la omisión de estos trámites sobre la base de antecedentes que hicieren temer que ello pudiese frustrar el éxito de la diligencia.

Si no fuere habida alguna de las personas expresadas, la notificación se hace a cualquier persona mayor de edad que se hallare en el lugar o edificio, quien podrá, asimismo, presenciar la diligencia.

Si no se encuentra a nadie, se hace constar esta circunstancia en el acta de la diligencia (art. 212 CPP).

Una vez hecha la notificación antes referida, se procede a la entrada y registro. Si se opone resistencia al ingreso, o nadie responde a los llamados, se puede emplear la fuerza pública. En dichos casos, al terminar el registro se cuidará que los lugares queden cerrados, a objeto de evitar el ingreso de otras personas en los mismos. Todo ello se hará constar por escrito.

En los registros se debe procurar no perjudicar ni molestar al interesado más de lo estrictamente necesario. Asimismo, el registro se debe practicar en un solo acto, pero puede suspenderse cuando no fuere posible continuarlo, debiendo reanudarse apenas cesare el impedimento (art. 214 CPP).

Finalmente, debe dejarse constancia escrita y circunstanciada de la diligencia, acorde con los términos del art. 216 del CPP. Si se incautan objetos o documentos, son puestos en custodia y sellados, debiendo entregarse un recibo detallado al propietario o encargado del lugar. Debe destacarse que, si en el lugar no se descubre nada sospechoso, se dará testimonio de ello al interesado, si lo solicita.

Objetos y documentos no relacionados con el hecho investigado

Si, en el desarrollo de la diligencia, se descubren objetos o documentos que permiten sospechar la existencia de un hecho punible distinto del que constituye la materia del procedimiento en que la orden respectiva se ha dado, se podrá proceder a su incautación previa orden judicial. Dichos objetos o documentos deben ser conservados por el fiscal.

Medidas de vigilancia

Como ya antes se expresara, el fiscal puede disponer la adopción de estas medidas, aun antes de que el Juez de Garantía dicte la orden de entrada y registro (art. 213 CPP).

f) Incautación de objetos y documentos

Esta actuación del procedimiento se regula en el art. 217 del CPP, que dispone: “Los objetos y documentos relacionados con el hecho investigado, los que pudieren ser objeto de la pena de comiso y aquellos que pudieren servir como medios de prueba, serán incautados, previa orden judicial librada a petición del fiscal, cuando la persona en cuyo poder se encontraren no los entregare voluntariamente, o si el requerimiento de entrega voluntaria pudiese poner en peligro el éxito de la investigación.

Si los objetos y documentos se encontraren en poder de una persona distinta del imputado, en lugar de ordenar la incautación, o bien con anterioridad a ello, el juez podrá apercibirla para que los entregue. Regirán, en tal caso, los medios de coerción previstos para los testigos. Con todo, dicho apercibimiento no podrá ordenarse respecto de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.

Cuando existieren antecedentes que permitieren presumir suficientemente que los objetos y documentos se encuentran en un lugar de aquéllos a que alude el artículo 205 se procederá de conformidad a lo allí prescrito”.

En consecuencia, para la comprensión de esta diligencia, es necesario hacer algunos distingos:

1) Casos en que no es necesaria autorización judicial

Los objetos o documentos, de alguna de las tres categorías que se señalan en el art. 217 CPP citado, pueden ser incautados sin orden previa del Juez, siempre y cuando la persona que los tuviese en su poder los entregue en forma voluntaria. En tal caso, el Ministerio Público, debe:

- Solicitar la entrega. Realizada ésta, levantar inventario del o de los objetos o documentos incautados;
- Asegurar y registrar los objetos o documentos incautados;
- Realizar (ordenar) las pericias necesarias, si procede;
- Adjuntar a la carpeta del caso el registro de la realización de la medida y el resultado de las pericias, si las hubiere.

2) Casos en que es necesario pedir autorización judicial

Se plantea esta hipótesis ante la negativa de entrega voluntaria o en el caso de que requerir dicha entrega pueda poner en peligro el éxito de la investigación. En tal evento, el Ministerio Público debe:

- Solicitar la orden judicial. La forma de hacerlo dependerá de la urgencia de la medida.
- Concedida la orden, proceder a la incautación. Luego, obrar como en el caso anterior.

3) Casos en que la persona que tiene en su poder los objetos o documentos es distinta al imputado

En este caso, el fiscal deberá:

– Solicitar al Juez de Garantía que cite a la persona que tiene los objetos o documentos, bajo apercibimiento de: 1) pagar las costas provocadas por su eventual incumplimiento; 2) ser arrestado por un máximo de 24 horas; y 3) ser sancionado con las penas del inciso 2° del artículo 240 del CPC, si se niega sin justa causa (esta posibilidad resulta de relacionar los arts. 217, 299 y 33 del CPP). El apercibimiento no puede imponerse a las personas exentas de prestar declaración (arts. 302 y 303 CPP).

– Si la persona concurre a la citación y entrega los objetos o documentos, o si no concurre y se ordena la incautación, o si concurriendo no los entrega, el Ministerio Público procederá a la práctica de la actuación y, luego, seguirá los pasos expuestos en los números anteriores.

– Si se presume que los bienes a incautar están en un lugar cerrado, se procede de acuerdo a las normas de esa diligencia.

[Deben tenerse especialmente presente las normas de los arts. 220 y 221 CPP, que establecen los objetos y documentos no sometidos a incautación y la obligación de que, respecto de toda diligencia de incautación, se levante inventario, respectivamente. En tal sentido no puede disponerse la incautación, ni la entrega bajo apercibimiento señalada en el inciso 2° del artículo 217 CPP de:

- a) Las comunicaciones entre el imputado y las personas que pudieren abstenerse de declarar como testigos por razón de parentesco o en virtud de lo prescrito en el artículo 303 CPP (secreto);
- b) Las notas que hubieren tomado las personas mencionadas en la letra a) precedente, sobre comunicaciones confiadas por el imputado, o sobre cualquier circunstancia a la que se extendiere la facultad de abstenerse de prestar declaración, y
- c) Otros objetos o documentos, incluso los resultados de exámenes o diagnósticos relativos a la salud del imputado, a los cuales se extendiere naturalmente la facultad de abstenerse de prestar declaración.

Debemos señalar que, las limitaciones señaladas, sólo rigen cuando las comunicaciones, notas, objetos o documentos se encontraren en poder de las personas a quienes la ley reconoce la facultad de no prestar declaración.

Si se trata de las personas mencionadas en el artículo 303 CPP, la limitación se extiende a las oficinas o establecimientos en los cuales ellas ejercen su profesión o actividad, no a otros lugares.

Asimismo, estas limitaciones no rigen cuando las personas facultadas para no prestar testimonio fueren imputadas por el hecho investigado o cuando se tratare de objetos y documentos que pudieren caer en comiso, por provenir de un hecho punible o haber servido, en general, a la comisión de un hecho punible.

Muy importante es tener presente que en caso de duda acerca de la procedencia de la incautación, el juez puede ordenarla por resolución fundada. En tal caso, los objetos y documentos incautados deben ser puestos a disposición del juez, sin previo examen del fiscal o de la policía. El magistrado decidirá, a la vista de ellos, acerca de la legalidad de la medida. Si estima que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquéllos mencionados, ordenará su inmediata devolución a la persona respectiva. En caso contrario, hará entrega de los mismos al fiscal, para los fines que éste estimare convenientes.

Si, en cualquier momento del procedimiento se constata que los objetos y documentos incautados se encuentran entre aquéllos comprendidos en la norma en análisis, no podrán ser valorados como medios de prueba en la etapa procesal correspondiente (juicio oral)].

g) Retención e incautación de correspondencia

Para que sea procedente la autorización de esta actuación es necesario que existan motivos fundados que hagan previsible su utilidad para la investigación. Se extiende no sólo a la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase (ej.: servicio de courier), sino también a la correspondencia electrónica, emanada o dirigida al imputado. La prescribe el art. 218

CPP, que expresa: “A petición del fiscal, el juez podrá autorizar, por resolución fundada, la retención de la correspondencia postal, telegráfica o de otra clase y los envíos dirigidos al imputado o remitidos por él, aun bajo nombre supuesto, o de aquéllos de los cuales, por razón de especiales circunstancias, se presume que emanan de él o de los que él pudiere ser el destinatario, cuando por motivos fundados fuere previsible su utilidad para la investigación. Del mismo modo, se podrá disponer la obtención de copias o respaldos de la correspondencia electrónica dirigida al imputado o emanada de éste.

El fiscal deberá examinar la correspondencia o los envíos retenidos y conservará aquéllos que tuvieren relación con el hecho objeto de la investigación. Para los efectos de su conservación se aplicará lo dispuesto en el artículo 188. La correspondencia o los envíos que no tuvieren relación con el hecho investigado serán devueltos o, en su caso, entregados a su destinatario, a algún miembro de su familia o a su mandatario o representante legal. La correspondencia que hubiere sido obtenida de servicios de comunicaciones será devuelta a ellos después de sellada, otorgando, en caso necesario, el certificado correspondiente”.

Para la realización de esta diligencia el fiscal debe, obviamente obtener la autorización judicial, fundándola especialmente, atendido que su procedencia es extraordinaria. Una vez autorizada la medida debe proceder a la incautación y a la revisión de la correspondencia. Debe tenerse presente que sólo podrá incautarse la información retenida que diga relación con el hecho investigado. A continuación, levantará inventario, elaborará el registro pertinente y devolverá al destinatario, o a las personas o servicios citados en el art. 218, la correspondencia no relacionada o ya revisada.

h) Copias de comunicaciones o transmisiones (art. 219 CPP)

El juez de garantía puede autorizar, a petición del fiscal, que cualquier empresa de comunicaciones facilite copias de las comunicaciones transmitidas o recibidas por ellas. Del mismo modo, puede ordenar la entrega de las versiones que existan de las transmisiones de radio, televisión u otros medios.

i) Interceptación de comunicaciones telefónicas

La posibilidad de utilizar esta diligencia se contemplaba en el Proyecto de CPP, enviado por el Ejecutivo al Parlamento, pero había sido suprimida por la Cámara de Diputados. Sin embargo, el Senado repuso tal posibilidad, criterio que, en definitiva, prevaleció. Al respecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Cámara Alta, informó: “La Comisión estimó necesario reponer las normas sobre interceptación telefónica que consultaba el Mensaje y que fueron suprimidas por la H. Cámara de Diputados.

Compartió la inquietud respecto de que determinados delitos, por su complejidad o gravedad, pueden ver seriamente dificultada su investigación al no contar con la posibilidad de adoptar esta medida. Fue de opinión de que la lógica de la interceptación telefónica no difiere en lo sustancial de la retención e incautación de correspondencia que regula el artículo 290 y que, por lo demás, el artículo 19, N°5, de la Constitución Política, que consagra la inviolabilidad de las comunicaciones privadas, permite que la ley determine la forma en que pueden interceptarse, abrirse o registrarse.

Estimó, sin embargo, excesivo permitir la interceptación en cualquier delito que mereciere pena aflictiva, según lo disponía el Mensaje, por lo que elevó la exigencia a que el delito investigado mereciere pena de crimen, con lo cual se asegura su procedencia sólo respecto de los delitos de mayor gravedad”.

Consecuencia de lo expresado, esta diligencia se regula en los arts. 222 del CPP –que norma la diligencia en sí y sus requisitos–; el art. 223 CPP –que se refiere al registro–; el art. 224 CPP –notificación al afectado por la interceptación, y art. 225 –que detalla la prohibición de utilización de los resultados de la medida–.

En relación a estas normas se pueden hacer numerosos comentarios o precisiones. Sintetizando, diremos:

1) La medida se extiende a comunicaciones telefónicas u otras formas de comunicación a distancia;

2) Presupuestos de procedencia son:

i) La existencia de fundadas sospechas, basadas en hechos determinados, de:

– Que una persona hubiere cometido o participado en la preparación o comisión de un hecho punible que merezca pena de crimen; o

– Que esa persona prepare actualmente la comisión o participación en tal hecho punible;

ii) Que la investigación hiciera imprescindible la medida.

Si concurren estos requisitos el Juez de Garantía, a petición del Ministerio Público, puede ordenar la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas o de otras formas de telecomunicación;

3) La medida sólo puede afectar al imputado, a alguna persona que sirva de intermediaria de esas comunicaciones y, asimismo, a aquéllas que faciliten sus medios de comunicación al imputado o sus intermediarios;

4) No se pueden interceptar las comunicaciones entre el imputado y su abogado, salvo que el Juez de Garantía lo ordenare, por estimar fundadamente que el profesional puede tener responsabilidad penal en los hechos investigados;

5) Si la solicitud del fiscal cumple todos los requisitos, el juez la concede por un lapso máximo de 60 días. Este plazo puede prorrogarse por períodos iguales, pero el juez debe examinar, cada vez, la concurrencia de los requisitos de procedencia. Con respecto a la actividad del fiscal la medida se solicitará en audiencia unilateral con el Juez de Garantía y como se detalló, los estándares de procedencia son exigentes. Ello resulta de toda lógica, si se tiene presente que, en la práctica de la actuación, los agentes del Estado actúan de forma encubierta, sin control por parte del público o los intervinientes y, por lo mismo, imposibilitando cualquier defensa del imputado. A ello debe agregarse el hecho que esta es la única medida que puede ser utilizada aun antes de la comisión de un hecho delictivo;

6) Las empresas de telefónica o telecomunicaciones deben otorgar a los funcionarios encargados de la diligencia todas las facilidades. La negativa o entorpecimiento, constituye el delito de desacato. Asimismo, los funcionarios encargados y los empleados de las empresas deben guardar secreto acerca de la diligencia, salvo que se les citare como testigos al juicio oral;

7) Si las sospechas que fundamentaron la medida se disipan o transcurre el plazo fijado para su duración, debe cesar inmediatamente;

8) La interceptación será registrada mediante su grabación u otro medio análogo fiel. Debe ser entregada directamente al Ministerio Público, organismo que la guardará bajo sello y cuidará que no sea conocida por terceros. Asimismo, el Ministerio Público puede disponer la transcripción de la grabación;

9) Las comunicaciones irrelevantes para el procedimiento serán entregadas, en su oportunidad, a los afectados con la medida y se destruirá toda copia o transcripción de ellas por el Ministerio Público. Sin embargo, lo anterior no rige respecto de las grabaciones que contuvieren informaciones relevantes para otros procedimientos seguidos por hechos que puedan constituir un delito que merezca pena de crimen. Estas grabaciones se pueden utilizar según las reglas antes expuestas;

10) La incorporación al juicio oral de los resultados de la medida se hará de la forma que determine el tribunal en la oportunidad procesal respectiva (Audiencia de Preparación del Juicio Oral, como se verá). En todo caso, puede citarse como testigos a los encargados de practicar la diligencia;

11) El afectado con la interceptación será notificado de la realización de ella, sólo después de su término, en cuanto lo permita el objeto de la investigación y en la medida que ello no ponga en peligro la vida o la integridad corporal de terceras personas. Además se hace aplicable el art. 182 CPP, lo que implica que se mantiene el secreto respecto de terceros ajenos al procedimiento y el fiscal podría solicitar que se disponga tal secreto respecto de los intervinientes.

12) Prohibición de utilización

Los resultados de la medida de interceptación telefónica o de otras formas de telecomunicaciones no pueden ser utilizados como medios de prueba en el procedimiento, cuando ella hubiere tenido lugar fuera de los supuestos previstos por la ley o cuando no se hayan cumplido los requisitos previstos en el artículo 222 para la procedencia de la misma. Esta prohibición podría reclamarse por la vía de solicitar la nulidad procesal de la actuación –arts. 159 a 165 CPP– o en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, invocando el art. 276 CPP, para excluirla como prueba. Amén de ello, no se puede olvidar el recurso de nulidad aunque su procedencia, en esta hipótesis, resulta asaz discutible.

j) Grabación de comunicaciones entre presentes, fotografía, filmación u otros medios de reproducción de imágenes (art. 226 CPP)

Para autorizar alguna de estas diligencias se requiere que el procedimiento tenga por objeto la investigación de un hecho punible que merezca pena de crimen. Además, rigen las normas de los arts. 222 al 225 del CPP (plazo, requisitos de procedencia, prohibición de afectar al abogado en ciertos casos, secreto, etc.).

3.4.3. Diligencias sin conocimiento del afectado

El último tipo de actuaciones de la investigación que analizaremos son las diligencias que se pueden ordenar sin conocimiento del afectado. Se contempla esta posibilidad en el art. 236 del CPP, que expresa: “Las diligencias de investigación que de conformidad al artículo 9º requirieren de autorización judicial previa podrán ser solicitadas por el fiscal aún antes de la formalización de la investigación. Si el fiscal requiriere que ellas se lleven a cabo sin previa comunicación al afectado, el juez autorizará que se proceda en la forma solicitada cuando la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia de que se tratare permitiere presumir que dicha circunstancia resulta indispensable para su éxito.

Si con posterioridad a la formalización de la investigación el fiscal solicitare proceder de la forma señalada en el inciso precedente, el juez lo autorizará cuando la reserva resultare estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia”.

De lo expuesto se desprende que el artículo transcrito regula, en primer lugar, las diligencias que requirieren autorización judicial previa. Ellas se pueden solicitar, de acuerdo a lo que se ha expuesto en los acápitales anteriores, antes o después de la formalización de la investigación.

La situación normal es que las diligencias que requieren autorización judicial previa sean comunicadas, antes de ser llevadas a cabo, al afectado.

Para hacer excepción a esa regla general, antes de ser formalizada la investigación, la norma del art. 236 CPP exige que, en concepto del juez, “la gravedad de los hechos o la naturaleza de la diligencia” permitan presumir que el desconocimiento por parte del afectado es indispensable para el éxito de la actuación.

Si la excepción, a la regla general de conocimiento antedicha, se pretende por el fiscal después de formalizada la investigación, el juez autorizará la reserva si ésta resulta estrictamente indispensable para la eficacia de la diligencia.

(Resulta obvio, atendidos los principios que informan la etapa de investigación, que, si se trata de una diligencia que no requiere autorización judicial previa, ésta se puede llevar a efecto sin conocimiento previo del afectado).

3.5. Conservación de las especies recogidas durante la investigación. (Manejo de la evidencia. Cadena de custodia)

En esta materia el principio rector es que las especies recogidas durante la investigación serán conservadas bajo la custodia del Ministerio Público, quien debe tomar las medidas necesarias para impedir que se alteren de cualquier forma. El Juez de Garantía conocerá de las reclamaciones que los intervinientes formulen alegando la inobservancia de lo señalado y podrá adoptar las medidas necesarias para la debida preservación e integridad de las especies recogidas.

Asimismo, los intervinientes deben tener acceso a esas especies, para reconocerlas o practicar alguna pericia, pero requieren autorización del Ministerio Público o, en su defecto, del Juez de Garantía. El Ministerio Público debe confeccionar un registro especial, donde quede constancia de la identificación de cualquier persona que hubiere sido autorizada para reconocer o manipular la especie. Se dejará copia, en su caso, de la autorización que se hubiere otorgado (ver art. 188 del CPP).

Las precauciones anteriores son imprescindibles para garantizar el adecuado manejo de la evidencia, e impedir cualquier solución de continuidad en la debida cadena de custodia de la misma, desde que la especie fue recogida hasta que, eventualmente, se utilizó como prueba en el juicio oral.

Al respecto, el Ministerio Público ha impartido instrucciones generales (véase la letra C) “Destino de las especies luego de su recogida. Cadena de Custodia”, contenida en los oficios números 169 y 170, de diciembre de 2000, transcrita a propósito de las diligencias que las policías pueden realizar sin orden previa, entre las cuales está el resguardo y manejo del “sitio del suceso” o “escena del crimen”).

4. LA PRUEBA ANTICIPADA

La rendición de prueba en etapas anteriores al juicio oral puede ser, también, una diligencia que, para ser realizada válidamente, requiere autorización judicial previa otorgada por el Juez de Garantía. Si la solicitud es formulada para tener efecto durante la etapa de investigación estaríamos frente a una actuación de las que hemos analizado más arriba; vale decir, una diligencia de aquellas que, necesitando la venia previa del juez, se encuentra regulada expresamente por el CPP.

Con todo, teniendo presente que la llamada “prueba anticipada” no es, exclusivamente, una diligencia de la etapa de investigación, sino que una excepción al principio que la prueba sólo tiene lugar en el juicio oral y que, además, puede solicitarse y ser rendida durante la denominada etapa “intermedia” del nuevo procedimiento penal, resulta conveniente su tratamiento en un acápite separado de los anteriores, como lo hacemos ahora.

En primer lugar, debe evidenciarse que, la estricta aplicación de los principios de oralidad, inmediación y contradicción que informan el nuevo procedimiento penal y, en especial y sin duda, la etapa del juicio oral, deberían significar que la prueba se rindiera en forma íntegra durante la o las audiencias en las que se desarrolle aquél.

Así ocurre, por ejemplo, en el proceso penal norteamericano, cuya única excepción está constituida por los medios de prueba cuya pérdida o imposibilidad de rendición en el juicio oral puede ser imputada al acusado. De tal modo se resguardan estrictamente los fundamentos de aquel sistema acusatorio puro. Sin embargo, en otros sistemas, como el modelo español y el alemán –también en el nuevo procedimiento penal chileno–, se admite la introducción al juicio oral de pruebas previamente producidas y que integran formalmente el material probatorio que puede ser valorado por el tribunal.

“Las razones que (...) se invocan son (...) dignas de ser tomadas en cuenta. Existen casos en que ya con anticipación al inicio del juicio oral se cuenta con la certeza, o al menos con una firme posibilidad, de que ciertas pruebas no puedan producirse en la audiencia, admitiéndose su práctica anticipada, resguardándose en todo caso la vigencia de los antedichos principios. Hay también otros casos en que la prueba resulta imposible o muy difícil de reproducir en el juicio oral, lo cual conduce a aceptar su introducción al mismo de manera indirecta. Por lo general se exige que en tales situaciones ese material se reproduzca durante la audiencia, garantizándose el contradictorio. De esta manera se busca conciliar la plena vigencia de las garantías de que debe estar rodeado el juicio penal, con la necesidad de esclarecer debidamente los hechos punibles”.⁸²

En segundo lugar, debe dejarse sentado que estas diligencias de anticipación de prueba, aunque tienen lugar antes que se lleve a cabo el juicio oral, “en su desarrollo deben cumplir con lo que son las exigencias de un verdadero juicio, es decir, deben tener lugar permitiendo la más plena intervención de las partes interesadas –especialmente Fiscalía y defensa del imputado– y del juez, que en este caso es el Juez de Garantía. De allí que la norma respectiva del Código Procesal Penal, establece que el juez deberá citar a todos los intervinientes, sus defensores o mandatarios, quienes tienen derecho a participar en la audiencia...”⁸³

Esta “prueba anticipada” respecto de la prueba testimonial se regula durante la investigación y, también, durante la etapa intermedia (Audiencia de Preparación del Juicio Oral). En lo referido a la prueba pericial, se permite anticipar la declaración del perito que no podrá acudir al juicio oral, para ser interrogado al tenor de su informe (petición que se puede hacer en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral).

[En este punto es imprescindible recordar que, en la doctrina y legislación comparadas, se suele distinguir entre la prueba anticipada o irrepetible que, en general, se puede asimilar al concepto del CPP, y la llamada prueba “preconstituida” (también llamada “actos irrepetibles no previsibles” o “irrepetibilidad sobrevenida”). Al respecto, Asencio Mellado (JM)⁸⁴ define el concepto, aludiendo a la situación española, expresando que se entiende por esta clase de prueba en el proceso penal “a aquellos supuestos de actos de investigación que devienen irrepetibles y no pueden ser ratificados o reproducidos en el juicio oral, siendo así que, por su esencia eran típicamente actos que había que ejecutar en la vista oral”. En todo caso, debemos acotar que, en la península, se encuadran dentro del concepto de prueba “anticipada” situaciones que en Chile, a la

⁸² BOFILL G., JORGE. “La prueba en el proceso penal”. Inédito. Materiales de lectura del CDJ-CPU;

⁸³ CAROCCA PÉREZ, ÁLEX. “La prueba en el nuevo proceso penal”. En: “El nuevo Proceso Penal”. Editorial Jurídica ConoSur, 2000.

⁸⁴ ASENSIO MELLADO (JM). Op. Cit., pág. 257.

luz de las normas del CPP, no podrían, en principio, darse (ej.: la lectura del registro de una intervención telefónica, o del acta de recogida de efectos del delito, sin que nos encontrásemos en hipótesis similares a las de los arts. 331 o 332 de nuestro CPP).

En concreto, estimamos que no resultaría incorrecto sostener que, en Chile, pueden existir casos que respondan al concepto de prueba “preconstituida” como los del art. 331 del CPP, letras c) y d)].

Finalmente, es menester detallar las normas del CPP involucradas en la regulación de este tipo de actuaciones y hacer algunas precisiones. Los artículos pertinentes son:

4.1. Respeto de la prueba testimonial

El art. 190 CPP establece la obligación de toda persona de comparecer y la obligación de declarar ante el Ministerio Público, en calidad de testigos, si fueren citados al efecto, salvo algunas excepciones a una u otra obligación que detallaremos en su oportunidad.

En relación con la anticipación de esta prueba en la investigación, rigen los arts. 191 y 192 del CPP, que expresan: “Al concluir la declaración del testigo, el fiscal le hará saber la obligación que tiene de comparecer y declarar durante la audiencia del juicio oral, así como de comunicar cualquier cambio de domicilio o de morada hasta esa oportunidad.

Si, al hacérsele la prevención prevista en el inciso anterior, el testigo manifestare la imposibilidad de concurrir a la audiencia del juicio oral, por tener que ausentarse a larga distancia o por existir motivo que hiciera temer la sobreviniencia de su muerte, su incapacidad física o mental, o algún otro obstáculo semejante, el fiscal podrá solicitar del juez de garantía que se reciba su declaración anticipadamente.

En los casos previstos en el inciso precedente, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral, quienes tendrán todas las facultades previstas para su participación en la audiencia del juicio oral”.

“Si el testigo se encontrare en el extranjero y no pudiere aplicarse lo previsto en el inciso final del artículo 190, el fiscal podrá solicitar al juez de garantía que también se reciba su declaración anticipadamente.

Para ese efecto, se recibirá la declaración del testigo, según resultare más conveniente y expedito, ante un cónsul chileno o ante el tribunal del lugar en que se hallare.

La petición respectiva se hará llegar, por conducto de la Corte de Apelaciones correspondiente, al Ministerio de Relaciones Exteriores para su diligenciamiento, y en ella se individualizarán los intervinientes a quienes deberá citarse para que concurran a la audiencia en que se recibirá la declaración, en la cual podrán ejercer todas las facultades que les corresponderían si se tratase de una declaración prestada durante la audiencia del juicio oral.

Si se autorizare la práctica de esta diligencia en el extranjero y ella no tuviere lugar, el Ministerio Público deberá pagar a los demás intervinientes que hubieren comparecido a la audiencia los gastos en que hubieren incurrido, sin perjuicio de lo que se resolviere en cuanto a costas”.

En relación con esta materia debe quedar constancia que, en la audiencia respectiva, los intervinientes pueden interrogar o contrainterrogar a los testigos y, sobre todo en el caso del Ministerio Público, implica que deberá ir preparado para examinar al deponente sobre la base de su “teoría del caso” (a lo que nos referiremos al examinar el interrogatorio en el juicio oral).

La prueba testimonial anticipada se introduce al juicio oral por la vía de la lectura del registro respectivo. Si, en el procedimiento en que se recibió esta prueba anticipada, se llega al juicio oral, nada obsta a que el testigo, si está en condiciones, pueda igualmente concurrir a la audiencia respectiva y prestar declaración. En tal evento, su declaración anterior podrá ser leída con posterioridad a la deposición que prestare en el juicio oral, para los fines del art. 332 CPP.

Respecto de la anticipación de prueba testimonial en el extranjero, debe observarse que, en los casos que el testigo que se encuentra en el extranjero fuera un funcionario público o un empleado de una empresa del Estado, puede no aplicarse el art. 192 CPP, porque el organismo público o la empresa en su caso, se harán cargo de asegurar su comparecencia y de los gastos que ella irrogue (según inciso final del art. 190 CPP), salvo que ello no fuere posible.

Por último, como anticipamos, la prueba testimonial anticipada puede solicitarse durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, en los términos del art. 280 CPP.

4.2. Respeto de la anticipación de la prueba pericial

Rige el art. 280 CPP, que preceptúa que se puede pedir este adelantamiento cuando fuera previsible que, la persona de cuya declaración se tratare, se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones señaladas en el art. 191 CPP.

5. LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

A. GENERALIDADES⁸⁵

⁸⁵ Véase:

a) GARRIDO MONTT, MARIO. “La instrucción penal. Investigación y Formalización de la Instrucción”. En: “El nuevo Proceso Penal Chileno”. U. de Concepción. 2000, págs. 127-136, y

b) RIEGO, CRISTIÁN-DUCE, MAURICIO. “El nuevo sistema de instrucción”. Op. Cit.

Como hemos reiterado, la etapa de investigación es “desformalizada”, la actividad del fiscal y de la policía se desarrolla sin sujeción a formalidades preestablecidas, sin orden consecutivo legal y, por ende, sin preclusión de la posibilidad de realizar determinados actos o diligencias. Sin embargo, esta situación cambia cuando se procede a realizar la “Formalización de la Investigación”.

A partir de ese momento la defensa adquiere la posibilidad de intervenir más activamente en la investigación (sin perjuicio que, como sabemos, ha podido actuar desde la primera actuación del procedimiento dirigida en contra del imputado); y el Juez de Garantía, por su parte, asume más intensamente su rol de fiscalizador o controlador de la actividad de los órganos de persecución penal. Desde otra perspectiva, el Ministerio Público, luego de la formalización, dispone de mayores y más intensas herramientas de actuación, que pueden implicar una mayor restricción a los derechos del imputado. En tal sentido, la decisión de formalizar, exclusiva del fiscal, irá normalmente acompañada de otras solicitudes de éste, que justificarán el hecho de producir la intervención más activa de la defensa y del Juez de Garantía, a partir de ese momento. Por tal razón, entre otras, la audiencia de formalización de la investigación deviene en una instancia fundamental del nuevo procedimiento penal y, durante ella, puede quedar resuelto el curso procesal de una gran cantidad de casos que ingresen al sistema de persecución penal.

En relación con el actual procedimiento criminal (CPP 1906), el trámite que, someramente, analizaremos es distinto, tanto en su justificación y presupuestos, como en sus efectos, al actual “auto de procesamiento”.

Al margen de la crítica ya señalada al comienzo de este manual, respecto a que el auto de procesamiento es una decisión jurisdiccional anticipada y que altera el peso de la prueba, debe señalarse que acarrea otras gravosas consecuencias que el nuevo procedimiento busca evitar, asignándole a la formalización funciones de garantía.

Así por ejemplo la formalización de la investigación, que podría estimarse una actuación similar al auto referido, atendido el hecho que manifiesta que se investiga un hecho ilícito y que el procedimiento se dirigirá contra determinada persona, no acarrea, necesariamente, la prisión preventiva, ni tampoco lleva consigo el arraigo, ni la necesidad de que el imputado (antes reo o procesado) deba “prontuarse”, o sea, registrarse en un catálogo público de personas presuntamente delincuentes.

El nuevo CPP entrega al Ministerio Público esta facultad de formalizar la investigación. De este modo se formaliza el procedimiento, se determina contra quien éste se dirige. Esta formalización se realiza en presencia del Juez de Garantía (quien no la califica en cuanto a su procedencia), del imputado y de su defensor, quienes toman conocimiento de los hechos que se le atribuyen y pueden así preparar su defensa. Pero, además, el carácter de garantía que reviste esta actuación, se expresa en que el Ministerio Público queda constreñido por los hechos incluidos en los cargos formalizados, impidiéndose la posibilidad de una sorpresiva ampliación de los mismos cuando, posteriormente, deduzca acusación.

B. CONCEPTO. OPORTUNIDAD. EFECTOS

Según los términos del art. 229 del CPP la formalización de la investigación es la comunicación que el fiscal efectúa al imputado, en presencia del Juez de Garantía, de que desarrolla actualmente una investigación en su contra respecto de uno o más delitos determinados.

Requiere que se individualice al imputado, que se indique el delito que se le atribuye, la fecha y lugar de su comisión y el grado de participación que se le asigna (art. 231 CPP).

Oportunidad

La formalización de la investigación es una atribución exclusiva del Ministerio Público (salvo las facultades de control judicial anterior conferidas al Juez de Garantía, por el art. 186 CPP, como se dirá). Vale decir, el Fiscal no está obligado a formalizar si no lo desea.

Sin perjuicio de ello, si no lo ha realizado previamente, el Fiscal estará obligado a formalizar la investigación, salvo las excepciones legales (ej.: art. 236 ya analizado) cuando:

- i) Debiera requerir la intervención judicial para la práctica de determinadas diligencias de investigación;
- ii) Debiera solicitar la intervención judicial para la recepción anticipada de prueba; o
- iii) Solicitare medidas cautelares.

Efectos de la formalización

Según el art. 233 del CPP, son:

- a) Suspende el curso de la prescripción de la acción penal, según el artículo 96 del Código Penal;
- b) Comienza a correr el plazo para cerrar la investigación (dos años, según el art. 247 del CPP), y
- c) El Ministerio Público pierde la facultad de archivar provisionalmente el procedimiento.

C. LA AUDIENCIA

C.1. Desarrollo. Algunas peticiones posibles

Si el fiscal desea formalizar la investigación, respecto de un imputado que no se encuentre detenido (porque en tal hipótesis se aplica el art. 132 CPP, y la investigación se formalizará en la audiencia de “control de la detención”, que se explicará en el acápite referido a las medidas cautelares), solicita al Juez de Garantía la realización de una audiencia en fecha próxima.

A la audiencia señalada se cita al imputado, a su defensor y a los demás intervinientes (art. 231 CPP). El fiscal podría solicitar, ante la ausencia del imputado en la audiencia, su detención.

En la audiencia, el juez ofrecerá la palabra al fiscal para que exponga verbalmente los cargos que presenta en contra del imputado y las otras solicitudes que quiera efectuar al tribunal. Enseguida, el imputado (y su defensor) puede manifestar lo que estime conveniente.

A continuación el juez abrirá debate sobre las demás peticiones que los intervinientes planteen.

En relación con un eventual abuso del fiscal se concede al imputado la facultad de reclamar ante las autoridades del Ministerio Público, según lo dispone la ley orgánica constitucional respectiva (LOCMP), de la formalización de la investigación realizada en su contra, cuando considere que ésta ha sido arbitraria.

El Ministerio Público puede, en la misma audiencia, formular una serie de otras solicitudes. Entre éstas:

– Una medida cautelar personal o real;

– Autorización para realizar una diligencia de investigación que puede afectar derechos garantizados en la Constitución;

– Anticipación de prueba;

– Resolución del caso mediante el “juicio inmediato” (art. 235 CPP);

– Procedimiento Simplificado;

– La suspensión condicional del procedimiento o un acuerdo reparatorio, etc.

C.2. Plazo Judicial para el cierre de la investigación

Cuando el Juez de Garantía, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes y oyendo al Ministerio Público, lo considere necesario con el fin de cautelar las garantías de los intervinientes y siempre que las características de la investigación lo permitan, puede fijar en la misma audiencia un plazo para el cierre de la investigación (art. 234, que se debe relacionar con el art. 247 del CPP).

D. CONTROL JUDICIAL ANTERIOR A LA FORMALIZACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Se permite, en el art. 186 del CPP, que cualquier persona que se considere afectada por una investigación que no se hubiere formalizado judicialmente, pueda pedir al Juez de Garantía que le ordene al fiscal informar acerca de los hechos que son objeto de ella. También puede el juez fijarle un plazo para que formalice la investigación.

E. PRECISIONES DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA

Por acuerdo del Tribunal Pleno, de fecha 10 de enero de 2001, al que ya habíamos aludido antes, la Excma. Corte Suprema emitió algunas instrucciones acerca de la audiencia de formalización de la investigación. Así, señaló: “Es útil precisar algunos aspectos de esa audiencia. Es judicial porque requiere la presencia del juez de garantía, pero (...) ese magistrado no tiene ni debe emitir pronunciamiento sobre ella. [Sobre la comunicación del fiscal de que desarrolla una investigación].

De consiguiente:

a) El juez debe dar estricto cumplimiento a lo ordenado por los incisos 1º y 2º del artículo 232 del Código Procesal Penal y no le corresponde pedir al fiscal que aclare el contenido de la formalización. Si el imputado considera arbitraria la formalización, puede reclamar de ella ante las autoridades del Ministerio Público, pero no ante el juez de garantía.

b) En la referida audiencia no procede que el juez interroge al imputado, a la víctima ni a otras personas.

c) No responde la recepción de pruebas del fiscal, de la víctima ni del imputado en esa audiencia, cuyo objetivo preciso es el señalado por el artículo 229, y que debe desarrollarse en la forma prescrita por el artículo 232, ambos del Código Procesal Penal.

d) Durante la audiencia de formalización el juez no puede resolver sobre la posibilidad de aplicar el procedimiento abreviado (art. 406), por ser extemporánea, ya que sólo puede plantearlo el fiscal y únicamente en las oportunidades a que se refiere el artículo 407 (por escrito al cerrarse la investigación, o verbalmente en la audiencia de preparación del juicio oral).

e) La audiencia de formalización es la única oportunidad señalada por el Código Procesal Penal para que el fiscal –no el imputado ni el juez– pueda solicitar “que la causa pase directamente a juicio oral” (art. 235); si el juez de garantía acoge esa petición en la misma audiencia de formalización el fiscal “deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba”. El juez, en esa ocasión se limitará a acoger o denegar la petición y, en el primer caso, cumplirá con los demás trámites señalados en los artículos 235 y 281, inciso 1º.

f) Conforme los artículos 390 y 235, el juez de garantía puede disponer el procedimiento simplificado, siempre que lo solicite el fiscal del Ministerio Público, quien tiene dos oportunidades para hacerlo: 1) inmediatamente de recibida la denuncia del hecho que se califica como delito (art. 390) y 2) al formalizar la investigación (art. 235). Si el fiscal no hace uso de ese derecho en las oportunidades indicadas, se extingue la posibilidad de aplicar el procedimiento simplificado, sin perjuicio de que puede requerir la aplicación del procedimiento abreviado –en las ocasiones antes indicadas y cuando sea procedente– o someter el caso al juicio oral general”.

6. EL JUICIO INMEDIATO

El solicitar esta posibilidad es resorte exclusivo del fiscal. Constituye un mecanismo de aceleración del procedimiento, pues implica que la causa, desde la audiencia de formalización pase directamente a juicio oral. No es una salida alternativa, cuyo concepto explicaremos (vid. infra número 7), atendido que habrá enjuiciamiento del imputado, en el juicio oral.

La solicitud se debe plantear en la audiencia de formalización de la investigación la que, de acogerse la petición por el Juez de Garantía, cambia de naturaleza y en los hechos se transforma en Audiencia de Preparación del Juicio Oral.

Es importante señalar que el Juez de Garantía no está obligado por la petición del Fiscal y las resoluciones que dicte en la materia no son susceptibles de recurso alguno, sea que acoja la posibilidad del juicio inmediato o la rechace. Por supuesto, el imputado y su defensor podrían oponerse a la pretensión del fiscal. En el evento que el juez, después de acoger la petición, estime que se puede producir la indefensión del acusado, está facultado para suspender la audiencia (plazo mínimo 15 y máximo 30 días), para que éste plantee sus solicitudes de prueba.

[El juicio inmediato es, en el fondo, una demostración que, desde el punto de vista del fiscal, la investigación se encuentra agotada. Se utilizará, normalmente, cuando estemos ante un delito flagrante, (supóngase el caso de una sustracción de una radio desde un automóvil: el imputado fue sorprendido –in fraganti–, está detenido, se presenta al tribunal, el dueño del vehículo que lo sorprendió está allí presente, hay testigos, está la radio. Lo razonable parece ser aquí que el sistema se descomprima, por la vía de pasar inmediatamente a la resolución definitiva del conflicto penal)].⁸⁶

Al efecto, señala el art. 235 del CPP: “En la audiencia de formalización de la investigación, el fiscal podrá solicitar al juez que la causa pase directamente a juicio oral. Si el juez acogiere dicha solicitud, en la misma audiencia el fiscal deberá formular verbalmente su acusación y ofrecer prueba. También en la audiencia el querellante podrá adherirse a la acusación del fiscal o acusar particularmente y deberá indicar las pruebas de que pensare valerse en el juicio. El imputado podrá realizar las alegaciones que correspondieren y ofrecer, a su turno, prueba.

Al término de la audiencia, el juez dictará auto de apertura del juicio oral. No obstante, podrá suspender la audiencia y postergar esta resolución, otorgando al imputado un plazo no menor de quince ni mayor de treinta días, dependiendo de la naturaleza del delito, para plantear sus solicitudes de prueba.

Las resoluciones que el juez dictare en conformidad a lo dispuesto en este artículo no serán susceptibles de recurso alguno”.

Finalmente, y con respecto a la interrogante si, derivado del hecho que el juez acoja la posibilidad del Juicio inmediato y, por ende, la audiencia de formalización se transforme de facto en una audiencia de preparación del juicio oral, se puede o no se puede solicitar, además, la aplicación del procedimiento abreviado, nos inclinamos por la negativa. Para ello, entre otras razones, nos afincamos en el tenor del art. 235 CPP, que razona sobre la posibilidad que el fiscal solicite que la causa pase directamente a juicio oral y el procedimiento abreviado no es un juicio oral (con todo lo que ello implica).⁸⁷

7. LAS MEDIDAS CAUTELARES

A. INTRODUCCIÓN

Como ya se advirtió, en el sistema del nuevo CPP, las medidas cautelares dejan de ser un efecto casi automático de la dictación del auto de procesamiento, el que se elimina, pasando a constituirse en medidas excepcionales cuya procedencia y necesidad es menester demostrar en cada caso por el fiscal.

La solicitud de medidas cautelares debe ser siempre posterior a la formalización de la investigación de manera tal que el sujeto imputado sabe el contenido de los hechos punibles que se le atribuyen. Por ende, las medidas cautelares son discutidas, en una audiencia ante el Juez de Garantía, sobre la base de una imputación cuyos límites y alcances son preconocidos.

Otra innovación del nuevo sistema es que se crean medidas cautelares personales alternativas a la prisión preventiva, que deben ser utilizadas con preferencia sobre ésta, cuando el objetivo perseguido pueda lograrse con restricciones a la libertad de una menor entidad.

“De este modo, cuando por ejemplo la razón para solicitar una medida cautelar sobre la persona del imputado consista en amenazas que éste haya proferido contra la víctima y el temor de que éstas puedan concretarse, el juez podrá decretar medidas como la prohibición al imputado de acercarse al domicilio de la víctima o a lugares que ésta frecuente, reservándose la prisión preventiva para casos extremos o para cuando el imputado no respete las restricciones impuestas. Otras medidas cautelares alternativas(...) son: el arresto domiciliario; la sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada; la obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante otra autoridad que se determine; la prohibición de salir del país, de la localidad en la cual resida o del ámbito territorial que fije el juez (...) etc. [art. 155 CPP]”.

“La duración de las medidas, por su parte, es siempre muy relevante. El juez debe a este respecto ponderar la mantención de su necesidad en el tiempo, así como la responsabilidad por la demora, sea en cumplir con la actividad que

⁸⁶ LÓPEZ MASLE, JULIÁN. “*Formas Alternativas de solución del Conflicto Penal*”. Charla en Colegio de Abogados de Chile. 12 de octubre de 2000.

⁸⁷ En contra de esta tesis que califica de “formalista” HORVITZ (MI) en: “*Derecho Procesal Penal Chileno*”. Op. Cit., pág. 547. Véase Instructivo N° 27 del Ministerio Público, en: “*Reforma Procesal Penal. Fiscalía Nacional del Ministerio Público. Instrucciones generales N°s. 26 a 50*. Editorial Jurídica de Chile. 2001.

justifica la medida (cuando se trata de proteger la realización de ciertas diligencias, por ejemplo) como la demora en el proceso de preparación del juicio”⁸⁸

Amén de las medidas cautelares personales, se pueden decretar medidas cautelares reales sobre bienes del imputado.

B. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES. FINALIDAD. ENUMERACIÓN. PRINCIPIO GENERAL

En el nuevo CPP, estas medidas sólo pueden ser impuestas cuando fueren absolutamente indispensables para asegurar la realización de los fines del procedimiento y sólo pueden durar mientras subsista la necesidad de su aplicación. Asimismo, sólo pueden decretarse por medio de resolución judicial fundada.

Vale decir, se impone un nuevo sistema de medidas cautelares, sustentado sobre un régimen de excepcionalidad y subordinadas a los objetivos del procedimiento.

El nuevo CPP contempla, como estas medidas: la citación, la detención, la prisión preventiva y otras medidas cautelares personales (previstas en el art. 155 CPP, entre las cuales está el arraigo).

Como analizáramos en su momento, estas medidas están sujetas a un principio general, contenido dentro de los principios básicos del nuevo procedimiento penal, en el art. 5º CPP, que dispone: “No se podrá citar, arrestar, detener, someter a prisión preventiva ni aplicar cualquier otra forma de privación o restricción de libertad a ninguna persona, sino en los casos y en la forma señalados por la Constitución y las leyes.

Las disposiciones de este Código que autorizan la restricción de la libertad o de otros derechos del imputado o del ejercicio de alguna de sus facultades serán interpretadas restrictivamente y no se podrán aplicar por analogía”.

B.1. La citación

Esta herramienta procesal será medida cautelar propiamente tal si se refiere al imputado porque, como sabemos, también podría una citación compulsiva utilizarse contra otros (testigos o peritos, por ejemplo) aunque en tal evento constituirá lo que, en doctrina, se denomina como una medida de coerción procesal y no una cautelar (vid. supra, segunda parte, 3.4.2.1, a).

La cautelar, se utilizará cuando fuere necesaria la presencia del imputado ante el tribunal, y se aplica el procedimiento del art. 33 del CPP (art. 123 CPP). Es decir, si es desobedecida, se puede aplicar una medida más gravosa. Exclusivamente en el caso del imputado se podría decretar, amén del arresto, la detención o, incluso, la prisión preventiva.

Improcedencia. Exclusión de otras medidas

Antes de la publicación de la ley N° 19.789, cuando la imputación hecha se refería a faltas, o delitos que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad, o bien cuando éstas no excedían las de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, no se podían ordenar medidas cautelares que recayesen sobre la libertad del imputado, salvo la citación y, en su caso, el arresto por falta de comparecencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 (art. 124 CPP).

Sin embargo, la ley citada modificó el artículo 124 CPP, el cual quedó en los siguientes términos:

“Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiere a faltas, o delitos que la ley no sancione con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33”.

La modificación anterior ha ampliado la posibilidad de que medidas privativas de libertad se apliquen a delitos de menor gravedad resultando que, paradójicamente, el CPP (1906) era, en esta materia, más cauteloso de las garantías individuales que el actual texto del CPP (recordemos que, el N° 3 del artículo 247 del CPP 1906, en principio sólo permitía la citación en casos análogos).

Citación, registro y detención en caso de flagrancia

Empero, amén del cambio anterior, la ley N° 19.789 también modificó, en forma radical y desde el epígrafe, el art. 134 del CPP el cual tiene hoy la siguiente redacción: “Artículo 134. Citación, registro y detención en caso de flagrancia. Quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.

La policía podrá registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada.

Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación.

No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26.

En todos los casos señalados en el inciso anterior, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el inciso final del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte.

⁸⁸ RIEGO, CRISTIÁN. DUCE, MAURICIO. “El nuevo sistema de instrucción”. Op. Cit.

El procedimiento indicado en el inciso primero podrá ser utilizado asimismo cuando, tratándose de un simple delito y no siendo posible conducir al imputado inmediatamente ante el juez, el funcionario a cargo del recinto policial considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia”.

[A la modificación introducida en esta materia se han formulado diversas críticas. Al respecto y sintéticamente, compartimos los siguientes comentarios, hechos por Horvitz (MI) y López (J): “...la reducción del ámbito de la citación no se agota en la eliminación de una de sus tres hipótesis, sino que incide, además, en el debilitamiento de las dos hipótesis que subsisten, esto es, los casos de faltas o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad. Para estas situaciones, el nuevo inciso final de la disposición declara admisibles otras medidas privativas o restrictivas de libertad 'en los casos a que se refiere el inciso 4° del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33'.

Lo anterior conlleva que, aun en las hipótesis que subsisten, queda autorizada la detención en caso de flagrancia, e incluso la detención y prisión preventiva por falta de comparecencia. Lo anterior implica resolver el conflicto interpretativo que generaba el inciso 4° del artículo 141 CPP a favor de este último, con lo cual la prisión preventiva pasa a ser plenamente aplicable a todo tipo de crímenes, simples delitos y faltas. No debiera olvidarse, sin embargo, que el único objetivo que habilita la prisión preventiva en los casos de faltas y delitos menores del art. 141 CPP es el de asegurar la comparecencia del imputado y que rige sólo cuando éste ha incumplido con dicha obligación en forma previa.

Las hipótesis de citación subsistentes se encuentran, por otra parte, restringidas ahora en el caso de flagrancia. Por lo pronto, el nuevo inciso 3° del artículo 134 CPP faculta a la policía para conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación. Como sabemos, la conducción al recinto policial no es sino una forma de detención, por lo cual la exclusión de esta medida privativa de libertad que es propia de la citación se ve severamente afectada.

Adicionalmente, el nuevo inciso cuarto del art. 134 CPP permite que en estos casos se proceda a practicar la detención, si la falta en cuestión es alguna de las contempladas 'en los artículos 494 N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233, 495 N° 21, y 496, N°s. 5 y 26'. Sobre este punto, cabe señalar que la elección de faltas determinadas dentro del catálogo de faltas del artículo 494 del Código Penal reitera el frecuente vicio legislativo de diferenciar caprichosamente entre hechos que están sancionados con una misma pena y debieran, por tanto, ser considerados de igual gravedad. Por otra parte, el hecho de que se amplíe el ámbito de aplicación de medidas cautelares privativas de libertad a casos en que la ley penal no ha contemplado una sanción penal de esas características o la Ley Procesal Penal reserva modalidades alternativas de cumplimiento de la pena, afecta gravemente el principio de proporcionalidad sobre el cual se encontraba construido todo el sistema de las medidas cautelares en el CPP”].⁸⁹

B.2. La detención⁹⁰

El nuevo CPP, a diferencia de lo que ocurre con el art. 252 del CPP (1906) vigente, no define la detención, sino que consagra tres tipos de ella, atendida la autoridad o persona que la decreta o realiza. Estas son: la detención judicial (art. 127 CPP); la detención decretada por cualquier tribunal (art. 128 CPP) y la detención en caso de flagrancia, por la policía o por cualquier persona (art. 129 CPP).

El principio fundamental de procedencia se establece en el art. 125 que expresa: “Ninguna persona podrá ser detenida sino por orden de funcionario público expresamente facultado por la ley y después que dicha orden le fuere intimada en forma legal, a menos que fuere sorprendida en delito flagrante y, en este caso, para el único objeto de ser conducida ante la autoridad que correspondiere”.

Este principio concuerda con el establecido, en similares términos, en el art. 19, N° 7, letra c) de la CPR.

a) Detención Judicial

El primer tipo de detención que regula el Código es la ordenada por el tribunal, es decir, aquella que emana del Juez de Garantía por lo general, atendido que, excepcionalmente, podría decretarla el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, que conocerá del juicio oral.

Se regula en el art. 127 CPP, que dispone que, a menos que se trate de uno de los casos señalados en el art. 124 (citación), el tribunal puede ordenar la detención del imputado para ser conducido a su presencia, sin previa citación, cuando de otra manera la comparecencia pudiera verse demorada o dificultada.

También se puede decretar la detención del imputado cuya presencia en una audiencia judicial fuere condición de ésta y que, legalmente citado, no comparezca sin causa justificada.

Desde ya esta detención, como se deduce del texto legal, no puede ser solicitada por la policía ni por otros como el querellante o la víctima.

Es importante la posibilidad que se le confiere al imputado, contra quien se haya emitido una orden de detención, de concurrir siempre ante el juez que corresponda a solicitar un pronunciamiento sobre la procedencia de ésta, o la de cualquier otra medida cautelar.

b) Detención decretada por otros tribunales

⁸⁹ HORVITZ LENNON (MI)-LÓPEZ MASLe (J). Op. Cit., págs. 606-607.

⁹⁰ Sobre esta medida puede consultarse: “Carabineros y la Detención en el actual y nuevo CPP”. VERGARAY CID, SERGIO. Memoria de Prueba. U. Santo Tomás. Santiago. 2000.

El nuevo CPP mantiene la facultad concedida por el art. 256 del CPP (1906) vigente, en el sentido que todo tribunal, aunque no ejerza jurisdicción en lo criminal, puede dictar órdenes de detención contra las personas que, dentro de la sala de su despacho, cometan algún crimen o simple delito.

c) Detención en caso de flagrancia.

[Según la doctrina procesal clásica “puede decirse que se sorprende en un delito in fraganti, cuando se coge al autor en el mismo instante de cometer el delito o inmediatamente después de cometido”].⁹¹

Esta detención puede revestir las siguientes formas:

c.1) Por un civil

Se mantiene, en el nuevo sistema, la posibilidad contemplada en el art. 262 del CPP (1906) vigente, en el sentido que cualquier persona puede detener a quien sorprenda en delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al aprehendido a la policía, al Ministerio Público o a la autoridad judicial más próxima. Al respecto, el Ministerio Público ha instruido (por oficios N°s. 169 y 170, de diciembre de 2000):

Cuando la detención por delito flagrante haya sido efectuada por un particular y éste solicite la presencia policial o conduzca directamente al detenido a la unidad policial, los funcionarios que asistan a su llamado o el Jefe de la unidad a la que se ha dirigido, según corresponda, se harán cargo del detenido y procederán de conformidad con las normas precedentes. En este caso, los plazos para informar al fiscal y para conducir al detenido a presencia judicial se contarán desde que el personal policial se hizo cargo de él.

Lo mismo rige cuando el detenido ha sido conducido al Ministerio Público o a una autoridad judicial incompetente, y el funcionario responsable solicita la presencia policial.

c.2) Por la policía

En cuanto a la detención realizada por los agentes policiales, el nuevo CPP, en el art. 129, incisos 2° y 4°, señala que ellos están obligados a detener a todo individuo a quien sorprendan in fraganti en la comisión de un delito, al sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva. La norma referida es igual al actual art. 260 del CPP (1906) vigente.

c.2.1) Delitos sexuales

En relación con la detención, en caso de flagrancia, no obsta a que la policía practique la detención la circunstancia de que la persecución penal requiera instancia particular previa, si el delito flagrante fuere de aquellos previstos y sancionados en los arts. 361 a 366 quáter del Código Penal (también se aplica esta norma a la detención en caso de flagrancia realizada por un particular).

c.2.2) Detención en flagrancia de personas sujetas a fuero

El nuevo CPP, en los arts. 416 y siguientes regula el procedimiento relativo a personas que gozan de fuero constitucional, materia que excede el ámbito de este manual. Sin embargo, debemos, en relación con la detención, considerar el tenor del art. 417 CPP, que expresa: “Si el aforado fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”.

c.2.3) Detención en flagrancia de autoridades judiciales y del Ministerio Público

Para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces, fiscales judiciales y fiscales del Ministerio Público, se debe realizar el procedimiento previo de la “querrela de capítulos”, que no abordaremos. Sin perjuicio de ello, en relación con la detención in fraganti de estas personas, se aplica el art. 426 del nuevo CPP, que reza: “Si un juez, un fiscal judicial o un fiscal del Ministerio Público fuere detenido por haberse sorprendido en delito flagrante, el fiscal lo pondrá inmediatamente a disposición de la Corte de Apelaciones respectiva. Asimismo, remitirá la copia del registro de las diligencias que se hubieren practicado y que fueren conducentes para resolver el asunto”.

c.3) Situación de flagrancia

Según el artículo 130 del CPP, se entiende que se encuentra en situación de flagrancia:

a) El que actualmente se encontrare cometiendo el delito;

b) El que acabare de cometerlo;

c) El que huyere del lugar de comisión del delito y fuere designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, fuere encontrado con objetos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitieren sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que hubieren sido empleados para cometerlo, y

e) El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclamaren auxilio, señalaren como autor o cómplice de un delito que acabare de cometerse.

d) Plazos de la detención

Para determinar el plazo de duración de la detención bajo la vigencia del nuevo procedimiento, deberemos distinguir si ella fue practicada por el agente de policía con o sin una orden judicial.

d.1) Detención policial con orden judicial

⁹¹ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, FERNANDO. “Apuntes de Derecho Procesal Penal”. Biblioteca del Congreso, pág. 68.

De acuerdo al inciso 1° del art. 131 CPP, cuando la detención se practica en cumplimiento de una orden judicial, los agentes policiales que la realizan o el encargado del recinto de detención conducirán inmediatamente al detenido a presencia del juez que hubiere expedido la orden.

Si ello no es posible por no ser hora de despacho, el detenido podrá permanecer en el recinto policial o de detención hasta el momento de la primera audiencia judicial, por un período que en caso alguno excederá las veinticuatro horas.

[Esta nueva disposición ha requerido, junto a otras normas del nuevo sistema, que en los juzgados de garantía existan turnos los días feriados, para los efectos que se pueda cumplir con el mandato legal. (En tal sentido, la norma del art. 312 bis COT, agregada por la ley N° 19.665). Además debe tenerse especialmente presente el art. 133 del CPP, que impide a los encargados de los establecimientos penitenciarios aceptar el ingreso de personas, si no es en virtud de una orden judicial].

Requisitos de la orden de detención

Toda orden de detención o prisión preventiva debe expedirse por escrito por el tribunal y contener las menciones a que alude el art. 154 CPP.

d.2) Detención sin orden judicial

Está regulada por el inciso 2° del art. 131 que dispone que cuando la detención se practique en virtud de los artículos 129 (detención en caso de flagrancia) y 130 (situación de flagrancia), el agente policial que la realice o el encargado del recinto de detención deben informar de ella al Ministerio Público dentro de un plazo máximo de doce horas.

El fiscal puede dejar sin efecto la detención u ordenar que el detenido sea conducido ante el juez dentro de un plazo máximo de veinticuatro horas, contado desde que la detención se hubiere practicado. Si el fiscal nada dice, la policía debe presentar el detenido ante la autoridad judicial en el plazo indicado.

d.3) Audiencia de Control de la Detención. Ampliación de la misma

El CPP establece que, a la primera audiencia judicial del detenido debe asistir el fiscal. Si éste falta el detenido debe ser liberado.

En esta audiencia el Juez de Garantía controla la legalidad de la detención del individuo (por ello se la conoce como audiencia de Control de la Detención), y el fiscal debe proceder a formalizar la investigación y solicitar las medidas cautelares que fueren procedentes.

Esta obligación para el fiscal supone dos cosas: i) que cuente con los antecedentes necesarios; y ii) que esté presente el defensor del imputado.

Si no es posible proceder de la manera anterior (por falta de antecedentes o, eventualmente por falta del defensor), el fiscal puede solicitar una ampliación del plazo de detención hasta por tres días para preparar su presentación.

La petición del fiscal no obliga al juez, puesto que éste accederá si estima que los antecedentes justifican la medida.

Esta facultad para el Ministerio Público se contempla en el artículo 132 del CPP y, eventualmente, podría combinarse con la del art. 235 CPP (Juicio Inmediato), ya analizada. Si se aceptara la procedencia de la aceleración del juicio (del art. 235 CPP) podría darse la situación que una audiencia que comenzó como de control de la detención termine como audiencia de preparación del juicio oral.

Finalmente, dos comentarios: primero, nótese la diferencia con el actual procedimiento penal (CPP 1906) en el cual la ampliación de la detención puede ser pedida por los organismos policiales al Juez del Crimen; y segundo, es menester tener presente que el plazo de 3 días, del art. 132 CPP, es menor que el del art. 19 N° 7, letra c) de la CPR, norma esta última que no ha sido modificada.

e) Detención en la residencia del imputado

Se refiere esta posibilidad al caso del detenido que se encuentre en los casos del N° 6 del art. 10 del Código Penal (esto es legítima defensa). Si la persona tuviere residencia fuera de la ciudad donde funciona el tribunal competente, la detención se hace efectiva en la residencia que aquélla señale, dentro de la ciudad en que se encuentra el tribunal (art. 138 CPP).

f) Derechos del detenido. Fiscalización y Difusión

Se contemplan estas normas en los arts. 135, 136 y 137 del CPP, que señalan que el funcionario público a cargo del procedimiento de detención debe informar al afectado acerca del motivo de la detención, al momento de practicarla.

Asimismo, debe darle información acerca de los derechos establecidos en los artículos 93, letras a), b) y g), y 94, letras f) y g), del Código. Con todo, si, por las circunstancias que rodean la detención, no fuese posible proporcionar inmediatamente al detenido la información referida, ella debe serle entregada por el encargado de la unidad policial a la cual sea conducido.

Se debe dejar constancia en el libro de guardia del recinto policial del hecho de haberse proporcionado la información, de la forma en que ello se realizó, del funcionario que la entregó y de las personas que lo presenciaron.

La información de derechos citada puede efectuarse verbalmente, o bien por escrito, si el detenido manifiesta saber leer y encontrarse en condiciones de hacerlo. En este último caso, se le entrega al detenido un documento que contenga una descripción clara de esos derechos, cuyo texto y formato determinará el Ministerio Público.

En los casos comprendidos en el artículo 138 (detención en la residencia), la información será entregada al afectado en el lugar en que la detención se hace efectiva, sin perjuicio de la constancia respectiva en el libro de guardia.

El fiscal y, en su caso, el juez deben cerciorarse del cumplimiento de lo antes señalado. Si comprueban que ello no hubiere ocurrido, deben informar ellos de sus derechos al detenido y remitir oficio, con los antecedentes respectivos, a la

autoridad competente, con el objeto de que ésta aplique las sanciones disciplinarias correspondientes o inicie las investigaciones penales que procedan (art. 136 CPP).

Finalmente, en cuanto a la difusión de estos derechos, debe tenerse presente el nuevo texto del artículo 137 del CPP, según la modificación realizada por la ley N° 19.789. Esta norma prescribe: “Difusión de derechos. En todo recinto policial, de los juzgados de garantía, de los tribunales de juicio oral en lo penal, del Ministerio Público y de la Defensoría Penal Pública, deberá exhibirse en lugar destacado y claramente visible al público, un cartel en el cual se consignen los derechos de las víctimas y aquellos que les asisten a las personas que son detenidas. Asimismo, en todo recinto de detención policial y casa de detención deberá exhibirse un cartel en el cual se consignen los derechos de los detenidos. El texto y formato de estos carteles serán determinados por el Ministerio de Justicia”.

g) Instrucciones Generales en la materia

En relación con la medida cautelar de la detención, y el actuar policial, complementando y desarrollando las normas legales antes examinadas, el Ministerio Público ha instruido (oficios N°s. 169 y 170, contenidos en el Instructivo N° 19, todos ya citados):

“1. Sin orden previa corresponde a todo funcionario policial detener a las personas sorprendidas cometiendo delito flagrante.

2. Se entiende que se encuentra en situación de flagrancia:

a) El que actualmente se encuentra cometiendo un delito;

b) El que acaba de cometerlo;

En estos dos primeros casos, el funcionario generalmente habrá presenciado por sí mismo, al menos parcialmente, la comisión del delito.

c) El que huye del lugar de comisión del delito y es designado por el ofendido u otra persona como autor o cómplice;

d) El que las personas asaltadas, heridas o víctimas de un robo o hurto que reclaman auxilio, señalan como autor o cómplice de un delito que acaba de cometerse.

En estos otros dos casos, el funcionario no ha presenciado la comisión del delito, sino que actúa sobre la base del testimonio de la víctima. En el primer caso es requisito que al imputado se le sorprenda huyendo del sitio del suceso. En el segundo caso no se necesita sorprenderlo huyendo, pero sólo procede la detención tratándose de delitos contra la vida, contra salud y la integridad corporal y tratándose de robos o hurtos. En todo caso, debe tratarse de delitos que acaban de cometerse. Para los efectos de este caso, se entiende que el delito acaba de cometerse durante los instantes siguientes a su perpetración.

e) El que, en un tiempo inmediato a la perpetración de un delito, es encontrado con efectos procedentes de aquél o con señales, en sí mismo o en sus vestidos, que permitan sospechar su participación en él, o con las armas o instrumentos que han sido empleados para cometerlo.

En este caso es el porte de objetos relacionados con el delito o rastros de él en el cuerpo o en la vestimenta lo que autoriza la detención, siempre y cuando ésta se produzca en un tiempo inmediato a la perpetración del delito.

3. La definición de los casos constitutivos de flagrancia debe ser interpretada restrictivamente. Por lo anterior, en caso de duda los funcionarios deben abstenerse de detener, poniendo los antecedentes a disposición del fiscal, para que éste resuelva lo que estime pertinente (art. 5° inciso 2° CPP).

4. También se procederá a la detención sin orden previa tratándose de un sentenciado a penas privativas de libertad que hubiere quebrantado su condena y al que se fugare estando detenido o en prisión preventiva (art. 129 inciso 4° CPP).

5. Detenida una persona en situación de flagrancia o en el caso señalado en el N° anterior, el funcionario correspondiente debe presentar al detenido ante el Juez de Garantía dentro de las 24 horas siguientes a la detención. Previamente, sin embargo, dentro de las doce horas siguientes a la misma, debe ponerla en conocimiento del fiscal. El fiscal puede resolver dejar sin efecto la detención, en cuyo caso la policía liberará inmediatamente al detenido, u ordenar que el detenido sea llevado a presencia judicial dentro del plazo máximo ya señalado de 24 horas. Si el fiscal nada dice, se procederá de esta última forma (art. 131 inciso 2° CPP). Las decisiones del fiscal a que alude este N° se comunicarán verbalmente, debiendo dejarse constancia tanto en el registro del fiscal como en el de las policías.

El deber policial de conducir al detenido a presencia judicial se cumple presentando efectivamente al detenido ante el Juez de Garantía y no simplemente poniéndolo a disposición de éste en otro recinto. En particular, no se podrá ingresar a ningún detenido por delito flagrante en recintos penitenciarios sin previa orden del Juez de Garantía dictada luego de haber sido llevado el detenido a su presencia (art. 133 CPP).

Los funcionarios que conduzcan al detenido al Tribunal serán responsables de la custodia del detenido, aun en el recinto judicial, hasta que sean liberados de dicha responsabilidad por el Juez de Garantía, sea porque decreta la liberación del detenido, sea porque traspassa la responsabilidad de la custodia a otro organismo.

No se pondrán prisiones al detenido ni se adoptará contra él ninguna otra medida extraordinaria de seguridad, sino en los casos de violencia o rebelión, o cuando esta medida parezca estrictamente necesaria para la seguridad de los funcionarios policiales o de otros detenidos o para evitar el suicidio o la evasión, intentados de alguna manera.

6. Cuando una persona sea sorprendida in fraganti cometiendo una falta, un delito que la ley no sanciona con penas privativas o restrictivas de libertad o un delito cuya pena no exceda de quinientos cuarenta días de privación de libertad, en

lugar de detenerlo el funcionario procederá a citarlo a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio (art. 134 CPP).

7. Excepcionalmente, tratándose de cualquier simple delito, no siendo posible conducir al imputado a presencia judicial y cuando se considere que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia, el oficial a cargo de la unidad policial podrá dejarlo en libertad, citándolo a la presencia del fiscal previa comprobación de su domicilio (art. 134 inciso 3° CPP).

Para los efectos de ponderar si existen o no suficientes garantías de la oportuna comparecencia del imputado se considerará, entre otros aspectos, especialmente la relación entre la gravedad de los hechos imputados y la existencia fácilmente comprobable de vínculos familiares, laborales o comunitarios estables que faciliten la ubicación del imputado y descarten razonablemente el peligro de no comparecencia.

8. No procede ni la detención ni la citación por delito flagrante tratándose de delitos de acción pública previa instancia particular (art. 54 CPP), es decir, los de los arts. 399 y 494 N° 5° (lesiones menos graves y leves), 144 (violación de domicilio), 231 y 247 inciso 2° (violación de secretos), 296 y 297 (amenazas), 284 (comunicación fraudulenta de secretos de fábrica) CP y los delitos contra la propiedad industrial contenidos en la ley N° 19.039. Con todo, procederá la detención o, en su caso, la citación, cuando en el mismo acto la víctima o quienes puedan denunciar por ella formulen verbalmente su denuncia, sin perjuicio de su posterior registro.

Siempre procede la detención o citación por delito flagrante, en cambio, respecto de los delitos sexuales de los arts. 361 (violación), 362 (violación de menor de 12 años), 363 (estupro), 365 (sodomía a menor de edad), 366 y 366 bis (abuso sexual) y 366 quáter (otros abusos a menores) CP, y respecto de cualquier delito cuando la víctima sea menor de edad (art. 53 inciso 2°).

9. Cuando según estas instrucciones se deba comprobar el domicilio de una persona se realizarán todas las diligencias necesarias para ese efecto, y sólo si al cabo de dichas diligencias no hubiese sido posible hacerlo satisfactoriamente, se procederá de acuerdo a lo establecido para la detención.

10. El funcionario a cargo de la detención debe, al momento de practicarla, informar verbalmente al afectado del motivo de la detención, esto es, del hecho punible que se le imputa. Se le informará de la misma forma que será conducido prontamente a presencia de un Juez de Garantía. Por último, se le informará que tiene derecho a guardar silencio o, en caso de consentir a prestar declaración, a no hacerlo bajo juramento, así como que tiene derecho a ser asistido por un abogado.

De sus demás derechos el detenido será informado, también al momento de la detención, mediante la entrega de un documento con el texto que al efecto preparará el Ministerio Público, a menos que el imputado, al ser consultado, manifieste no saber leer o no estar en condiciones de hacerlo, caso en el cual se le leerá en voz alta el documento. Lo mismo procederá cuando por cualquier causa no sea posible entregarle en ese momento el documento, sin perjuicio de entregárselo después en la unidad policial (art. 135 CPP).

B.3. La prisión preventiva

1) Generalidades

Esta medida cautelar personal compromete gravemente la libertad de la persona y, por lo mismo, la doctrina unánimemente exige especiales resguardos para su regulación legal.

En la legislación internacional, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos reconoce la procedencia de la prisión aunque, como ya viéramos en la primera parte del capítulo, señala que “no debe ser la regla general” y establece que la libertad “podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo”. Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe que la libertad personal admite ser “condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

“Algunos autores sostienen que el Pacto de Derechos Civiles y Políticos en cuanto a las diligencias procesales, se refiere a la comparecencia del imputado a ellas, y se vincula por lo mismo sólo al peligro de fuga. Otros admiten que encarcelar preventivamente se justifica siempre que la misma seguridad, en el caso concreto, no pueda ser alcanzada racionalmente por otro medio menos gravoso, porque por ejemplo existen antecedentes acerca de que el imputado imposibilitará la realización del procedimiento o la ejecución de la condena eventual o impedirá la actividad probatoria.

Se suele asignar a la prisión como finalidad esencial, evitar la frustración del proceso impidiendo la fuga del procesado, pero se le reconoce también como garantía para asegurar el éxito de la instrucción y evitar la ocultación de futuros medios de prueba, para evitar la reincidencia en las mismas u otras conductas delictivas y para satisfacer la inquietud social y la inseguridad ciudadana.

De las antedichas finalidades, la de impedir la fuga del imputado es la más recurrida y a la que se le reconoce legitimidad generalmente.

La función de evitar que el inculcado oculte pruebas presenta el problema de afectar el derecho de defensa del imputado, porque la privación de libertad compromete la labor de búsqueda de los medios de defensa.

El asignar a la prisión una función de prevención respecto de nuevos delitos importa aplicar para su procedencia criterios de peligrosidad que son propios de las medidas de seguridad y no de las cautelares. Esta finalidad es por lo mismo, incompatible con la naturaleza de la prisión y no debe utilizarse. Introducir objetivos peligrosos al proceso transforma a éste

en instrumento de política criminal con fundamentos y objetivos diferentes a los planteados en su definición. El proceso está para determinar la responsabilidad penal y no para evaluar la peligrosidad del imputado.

En otras palabras, el aplicar la prisión como respuesta a demandas sociales de seguridad hace que la medida adoptada actúe, en el fondo, anticipando la pena y reconociendo que por la demora en el procedimiento o por otros motivos, esa pena no podría cumplir su función retributiva y preventiva”.⁹²

En nuestra actual legislación (CPP 1906), la prisión preventiva es “la privación indefinida de la libertad personal, decretada por el juez cuando se reúnen los requisitos necesarios para someter a proceso al inculcado, siempre que no se trate de delitos que autoricen su sola citación”⁹³. Por ende, y como expusieramos, la prisión preventiva tal y como se regula en el Código referido, es una consecuencia, casi ineludible, del “auto de procesamiento”.

En el nuevo CPP la situación cambia; obviamente la medida no puede ser consecuencia de la dictación de la resolución recién referida, desde que ella desaparece. Sin embargo, además, el nuevo procedimiento penal dispone límites a la utilización de la prisión preventiva, destinados a mantener un criterio de proporcionalidad en relación con la pena posible. En orden a ello, se amplían las situaciones en que la prisión preventiva debe ser excluida como medida cautelar, en especial en aquellos casos en que se pueda esperar la aplicación de alguna de las medidas alternativas contempladas en la legislación (ley N° 18.216), al momento de la sentencia. En efecto, si el legislador ha previsto la posibilidad de que un condenado cumpla su condena en un régimen de libertad asistida, con el objeto de favorecer la resocialización, representaría un contrasentido el que aun antes de emitirse tal condena, es decir, cuando el imputado debe ser presumido inocente, permaneciera privado de libertad.⁹⁴

2) Normas del nuevo procedimiento

a) Procedencia e Improcedencia. Requisitos para decretarla

El principio general es que toda persona tiene derecho a la libertad personal y a la seguridad individual. Por ello, la prisión preventiva sólo es procedente cuando las demás medidas cautelares personales fueren insuficientes para asegurar las finalidades del procedimiento (art. 139 CPP).

De lo expuesto, y en relación a su procedencia, se tiene que la prisión preventiva es doblemente excepcional. Ello, por el juego de tres normas básicas, sin perjuicio de la presunción de inocencia que, igualmente, las condiciona o determina. Éstas son: la que establece la estricta legalidad de las medidas cautelares personales, su interpretación restrictiva y la prohibición de aplicarlas por analogía (art. 5° CPP); la que prescribe que las medidas cautelares en general son excepcionales, porque sólo se utilizarán cuando sean absolutamente indispensables para asegurar los fines del procedimiento y sólo durarán mientras exista necesidad de aplicarlas (art. 122 CPP); y la norma del art. 139 CPP, arriba explicitada.

Concordante con lo expuesto y lo señalado en la introducción al análisis de esta medida, el CPP señala expresamente los casos en que la prisión preventiva es improcedente. Primeramente establece el criterio rector de la proporcionalidad: la prisión debe ser proporcionada a la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable. Es decir, en definitiva, el encarcelamiento que se estima necesario no puede exceder la pena esperable.

A continuación se incorporan otros criterios para estimar improcedente la medida, tales como que el delito tenga aparejado sólo penas pecuniarias, privativas de derechos o corporales no superiores a 540 días; el hecho que sea previsible que el sujeto tendrá una medida alternativa de cumplimiento de la pena⁹⁵ y que tenga arraigo familiar o social; el hecho que el imputado se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad; que el delito fuere de acción privada, etc.

Así, prescribe el art. 141 CPP: “No se podrá ordenar la prisión preventiva cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable.

No procederá la prisión preventiva:

a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

b) Cuando se tratare de un delito de acción privada, y

c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.

Sin perjuicio de lo anterior, el imputado deberá permanecer en el lugar del juicio hasta su término, presentarse a los actos del procedimiento y a la ejecución de la sentencia, inmediatamente que fuere requerido o citado en conformidad a los artículos 33 y 123.

⁹² POBLETE ITURRATE, ORLANDO. “Presunción de Inocencia. Significado y Consecuencias”. Op. Cit.

⁹³ OBERG YÁÑEZ, HÉCTOR. “Apuntes de Derecho Procesal Penal”, pág. 100. Citado por: VALDÉS H., REMBERTO. En: “Minuta base de exposición descriptiva y breves comentarios en torno a las medidas cautelares personales en el Nuevo Proceso Penal Chileno”. “El Nuevo Proceso Penal Chileno”. U. de Concepción. 2000. Op. Cit.

⁹⁴ Véase: Mensaje del Proyecto de Código Procesal Penal, enviado por el Ejecutivo al Parlamento. Junio 9 de 1995.

⁹⁵ Sobre penas alternativas a la prisión y, además, su relación con el tema, ver: HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. Exposición en “Penas alternativas a la Prisión en Chile: Evaluación y Perspectivas”. Fundación Paz Ciudadana-Fundación Hanns-Siedel. Santiago 1997. 67 págs.

Podrá en todo caso decretarse la prisión preventiva en los eventos previstos en el inciso segundo cuando el imputado hubiere incumplido alguna de las medidas cautelares previstas en el párrafo 6° de este Título o cuando el tribunal considere que el imputado pudiere incumplir lo establecido en el inciso precedente. Se decretará también la prisión preventiva del imputado que no hubiere asistido a la audiencia del juicio oral, resolución que se dictará en la misma audiencia a petición del fiscal o del querellante.

La prisión preventiva no procederá respecto del imputado que se encontrare cumpliendo efectivamente una pena privativa de libertad. Si por cualquier motivo fuere a cesar su cumplimiento efectivo y el fiscal o el querellante estimaren procedente esta medida cautelar, o alguna de las medidas previstas en el párrafo siguiente, podrán recabarla anticipadamente de conformidad a las disposiciones de este Párrafo, a fin de que, si el tribunal acogiere la solicitud, la medida se aplique al imputado en cuanto cese el cumplimiento efectivo de la pena, sin solución de continuidad”.

La prisión preventiva siempre se decretará en una audiencia y, en relación a los requisitos para ordenarla, éstos son, en nuestro concepto, cinco:

- a) Que se haya formalizado la investigación;
- b) Solicitud formulada por el Ministerio Público o el querellante;
- c) Que existan antecedentes que justificaren la existencia del delito que se investigare;
- d) Que existan antecedentes que permitan presumir fundadamente que el imputado ha tenido participación en el delito como autor, cómplice o encubridor. De más está recordar que las letras c) y d) son casi idénticas a los requisitos que el actual CPP (1906) exige para someter a proceso a una persona, y
- e) Que existan antecedentes calificados que permitan al tribunal considerar que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de diligencias precisas y determinadas de la investigación, o que la libertad del imputado es peligrosa para la seguridad de la sociedad o del ofendido.

En lo relativo a este último requisito, el CPP lo acota en los siguientes términos: “Se entenderá que la prisión preventiva es indispensable para el éxito de la investigación cuando existiere sospecha grave y fundada de que el imputado pudiere obstaculizar la investigación mediante la destrucción, modificación, ocultación o falsificación de elementos de prueba; o cuando pudiere inducir a coimputados, testigos, peritos o terceros para que informen falsamente o se comporten de manera desleal o reticente.

Para estimar si la libertad del imputado resulta o no peligrosa para la seguridad de la sociedad, el tribunal deberá considerar especialmente alguna de las siguientes circunstancias: la gravedad de la pena asignada al delito; el número de delitos que se le imputare y el carácter de los mismos; la existencia de procesos pendientes; el hecho de encontrarse sujeto a alguna medida cautelar personal, en libertad condicional o gozando de algunos de los beneficios alternativos a la ejecución de las penas privativas o restrictivas de libertad contemplados en la ley; la existencia de condenas anteriores cuyo cumplimiento se encontrare pendiente, atendiendo a la gravedad de los delitos de que traten, y el hecho de haber actuado en grupo o pandilla.

Se entenderá que la seguridad del ofendido se encuentra en peligro por la libertad del imputado cuando existieren antecedentes calificados que permitieren presumir que éste realizará atentados graves en contra de aquél, o en contra de su familia o de sus bienes”.

Como se ve, estos dos incisos finales son similares al texto del actual art. 363 del CPP (1906) vigente.

b) Tramitación y Resolución de la solicitud

La solicitud de prisión preventiva puede plantearse verbalmente en tres oportunidades: en la audiencia de formalización de la investigación, en la audiencia de preparación del juicio oral o en la audiencia del juicio oral.

También puede solicitarse por escrito en cualquier etapa de la investigación, respecto del imputado contra quien se hubiere formalizado ésta, caso en el cual el juez fija una audiencia para la resolución de la solicitud, citando a ella al imputado, su defensor y a los demás intervinientes.

La presencia del imputado y su defensor constituye un requisito de validez de la audiencia en que se resuelve la solicitud. En dicha audiencia, una vez expuestos los fundamentos de la solicitud por quien la hubiere formulado, el tribunal debe oír en todo caso al defensor, a los demás intervinientes si están presentes y quieren hacer uso de la palabra y al imputado.

Al finalizar la audiencia el tribunal se pronuncia sobre la prisión preventiva por medio de una resolución fundada, en la cual debe expresar claramente los antecedentes calificados que justifican la decisión.

c) Modificación y Revocación de la prisión preventiva. Substitución y Reemplazo

La resolución que ordena o rechaza la prisión preventiva es modificable de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, en cualquier estado del procedimiento.

Cuando el imputado solicite la revocación de la prisión preventiva el tribunal puede rechazarla de plano; asimismo, puede citar a todos los intervinientes a una audiencia, con el fin de abrir debate sobre la subsistencia de los requisitos que autorizan la medida.

En todo caso, está obligado a este último procedimiento cuando hayan transcurrido dos meses desde el último debate oral en que se hubiere ordenado o mantenido la prisión preventiva. (De lo recién expuesto se deduce que, si el Juez de Garantía rechaza de plano la solicitud de libertad planteada por la defensa, no existe apelación, lo que impedirá que, en un

mismo proceso, se solicite la libertad cada pocos días, práctica habitual en el actual procedimiento penal. Ello redundará en una reducción de trámites en las Cortes de Apelaciones).

Si la prisión preventiva ha sido rechazada, puede ser decretada con posterioridad en una audiencia, cuando existan otros antecedentes que, a juicio del tribunal, justifiquen discutir nuevamente su procedencia.

En cualquier momento del procedimiento el tribunal, de oficio o a petición de parte, puede substituir la prisión preventiva por alguna de las medidas cautelares que se contemplan en el art. 155 CPP, que detallaremos más adelante (art. 145 CPP).

Transcurridos seis meses desde que se haya ordenado la prisión preventiva o desde el último debate oral en que ella se haya decidido, el tribunal debe citar de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

Cuando la prisión preventiva haya sido o deba ser impuesta para garantizar la comparecencia del imputado al juicio y a la eventual ejecución de la pena, el tribunal puede autorizar su reemplazo por una caución económica suficiente, cuyo monto fijará (art. 146 CPP).

La caución puede consistir en el depósito por el imputado u otra persona de dinero o valores, la constitución de prendas o hipotecas, o la fianza de una o más personas idóneas calificadas por el tribunal.

En el evento que el imputado sea declarado rebelde o se sustraiga a la ejecución de la pena, se ejecutará la caución según las reglas generales, entregándose el monto a la Corporación Administrativa del Poder Judicial.

En la hipótesis que la caución haya sido constituida por un tercero, se apercibe a esta persona con que, si el imputado no comparece en cinco días, se hará efectiva la caución. Además se establece que si la caución no consistió en dinero o valores (ej.: hipoteca), debe actuar como ejecutante el Consejo de Defensa del Estado, para lo cual el tribunal le remite los antecedentes.

Finalmente la caución puede cancelarse y devolverse los bienes que la formaban, siempre que no hubieren sido ejecutados antes, cuando (nótese la diferencia con el art. 378 del actual CPP 1906):

a) El imputado sea puesto en prisión preventiva;

b) Por resolución firme, se absuelva al imputado, se sobresea la causa o se suspenda condicionalmente el procedimiento, y

c) Cuando se comience a ejecutar la pena privativa de libertad o se resuelva que ella no debe ejecutarse en forma efectiva, siempre que previamente se paguen la multa y las costas que imponga la sentencia.

d) Recursos y Ejecución de la medida de prisión preventiva

Según el art. 149 CPP la resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la prisión preventiva sólo es apelable cuando haya sido dictada en una audiencia. En los demás casos no es susceptible de recurso alguno.

En relación con la ejecución de la medida de prisión preventiva, se encarga al tribunal que la dictó supervisar tal ejecución. A él corresponde conocer de las solicitudes y presentaciones realizadas con ocasión de la ejecución de la medida. Ésta se ejecutará en establecimientos especiales, diferentes de los que se utilicen para los condenados o, al menos, en lugares absolutamente separados de los destinados para estos últimos.

El imputado será tratado en todo momento como inocente. La prisión preventiva se debe cumplir de manera tal que no adquiera las características de una pena, ni provoque otras limitaciones que las necesarias para evitar la fuga y para garantizar la seguridad de los demás internos y de las personas que cumplan funciones o por cualquier motivo se encuentren en el recinto.

El tribunal debe adoptar y disponer las medidas necesarias para la protección de la integridad física del imputado, en especial aquéllas destinadas a la separación de los jóvenes y no reincidentes respecto de la población penitenciaria de mayor peligrosidad.

Excepcionalmente, el tribunal puede conceder al imputado permiso de salida durante el día, por un período determinado o con carácter indefinido, siempre que se asegure convenientemente que no se vulnerarán los objetivos de la prisión preventiva.

Cualquier restricción que la autoridad penitenciaria imponga al imputado debe ser inmediatamente comunicada al tribunal, con sus fundamentos (ej.: “celda de castigo”). Éste puede dejarla sin efecto si la considera ilegal o abusiva, convocando, si lo estima necesario, a una audiencia para su examen.

e) Límites temporales. Término por absolución o sobreseimiento

En relación con lo primero, debe el tribunal, de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, decretar la terminación de la prisión preventiva cuando no subsistan los motivos que la hayan justificado.

Asimismo, aplicando el criterio de “proporcionalidad” en esta medida, al cual hicimos referencia, cuando la duración de la prisión preventiva alcance la mitad de la pena privativa de libertad que se pueda esperar en el evento de dictarse sentencia condenatoria, o de la que se haya impuesto existiendo recursos pendientes, el tribunal citará de oficio a una audiencia, con el fin de considerar su cesación o prolongación.

Asimismo, el tribunal debe poner término a la prisión preventiva cuando dicte sentencia absolutoria y cuando decrete sobreseimiento definitivo o temporal, aunque dichas resoluciones no se encuentren ejecutoriadas.

Sin perjuicio de la obligación antes citada, en los casos aludidos se podrá imponer alguna de las medidas del art. 155 CPP, cuando se consideren necesarias para asegurar la presencia del imputado.

f) Normas comunes a la detención y a la prisión preventiva

Amén del requisito común del art. 154, en el sentido que la orden de detención o prisión debe expedirse por escrito y contener las menciones allí referidas, al cual ya nos referimos a propósito de la detención; el nuevo procedimiento penal permite que se decrete la “restricción o prohibición de comunicaciones” respecto del detenido o preso (art. 151 CPP).

El plazo máximo de esta medida es de 10 días, requiere petición del fiscal y que se considere que ella resulta necesaria para el éxito de la investigación.

No obstante, la medida no puede limitar el acceso del imputado a su abogado en los términos del art. 94, letra f) CPP (entrevista privada), ni al propio tribunal. Asimismo, tampoco se puede restringir el acceso a la atención médica.

El Juez debe instruir a la autoridad encargada acerca de la forma de llevar a efecto la medida de restricción, la cual nunca puede consistir en el encierro en celdas de castigo.

B.4. Otras medidas cautelares de menor intensidad

El nuevo CPP, contiene siete medidas cautelares personales, distintas de las analizadas, de menor intensidad que la detención y la prisión preventiva. Éstas son las siguientes:

a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señale, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal;

b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez;

c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare;

d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal;

e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares;

f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y

g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.

Como características de estas medidas podemos mencionar:

– Su finalidad es garantizar el éxito de las diligencias de investigación, proteger al ofendido o asegurar la comparecencia del imputado a las actuaciones del procedimiento o a la ejecución de la sentencia;

– No pueden aplicarse en aquellos casos en que sólo es procedente la citación;

– Sólo proceden una vez formalizada la investigación;

– Deben ser decretadas en audiencia por el tribunal, a petición del fiscal, del querellante o de la víctima;

– Son acumulables, es decir puede aplicarse una o más de ellas;

– Se rigen en cuanto a su procedencia, duración, impugnación y ejecución por las normas ya vistas, aplicables a la prisión preventiva, en cuanto no se opongan a lo dispuesto en los arts. 155 y 156 del CPP;

– Pueden suspenderse, y admitirse en tal evento las cauciones del art. 146 del CPP, a petición del afectado, oyendo al fiscal y con citación de los intervinientes que hayan participado en la audiencia en que se decretaron, cuando el tribunal estime que ello no pone en peligro los objetivos que se tuvieron en vista al imponerlas.

C. LAS MEDIDAS CAUTELARES REALES

Estas medidas pueden ser solicitadas durante la etapa de investigación (desde el inicio de ésta) por el Ministerio Público o la víctima, respecto de bienes del imputado. Deben recabarse por escrito ante el Juez de Garantías.

Consisten en las medidas precautorias del Título V, del Libro Segundo del CPC (arts. 290 y siguientes). La tramitación se rige por las normas del Título IV, del mismo Libro (arts. 273 y siguientes sobre las medidas prejudiciales).

Concedida la medida, el plazo para deducir la demanda civil es el mismo que analizáramos en su oportunidad. Igualmente, al interponerse la demanda civil, la víctima puede solicitar que se decrete una o más de dichas medidas. Las resoluciones que niegan o dan lugar a estas medidas son apelables.

Finalmente, debemos expresar que, a diferencia del actual CPP (1906), lógicamente no hay actuación de oficio del Juez de Garantía, no se permite que se decrete como medida el embargo, ni tampoco hay una ligazón entre la formalización de la investigación y el embargo, a la manera del actual art. 380 del CPP (1906).⁹⁶

8. LAS SALIDAS ALTERNATIVAS

8.1. Introducción. Fundamentos

Como justificación de la instauración de estas salidas se ha dicho: “El examen de los problemas del sistema vigente, así como la experiencia comparada muestran que uno de los mayores obstáculos al éxito de la justicia criminal lo constituye el manejo de volúmenes muy grandes de casos, cuyos requerimientos suelen exceder con mucho las posibilidades de respuesta de los órganos del sistema con sus siempre limitados recursos.

⁹⁶ Véase: YÁÑEZ M., JUAN. “Medidas Cautelares Reales”. En: “El Nuevo Proceso Penal Chileno”. U. de Concepción. Op. Cit.

Por otra parte, los avances de las disciplinas penales muestran cómo las respuestas tradicionales del sistema, fundamentalmente las penas privativas de libertad en el caso chileno, resultan socialmente inconvenientes para una multiplicidad de casos, sea porque los problemas asociados a ellas resultan mayores que sus eventuales beneficios, o porque la rigidez en su aplicación desplaza soluciones alternativas socialmente más productivas y más satisfactorias para los directamente involucrados en el caso, especialmente las víctimas o los civilmente afectados por el delito”.⁹⁷

En el nuevo procedimiento criminal se reconoce, como ya se ha anticipado, la posibilidad que el sistema procesal penal consagre respuestas estatales frente a la comisión de hechos punibles que trasuntan un menor nivel de represión o de fuerza de la intervención del sistema penal en la vida o derechos de los ciudadanos. En estas respuestas se busca privilegiar la búsqueda de una solución al conflicto que representa el delito, más que la pura imposición de una sanción frente al mismo. “Así la alternativa no se plantea al sistema penal en su conjunto, sino más bien a la respuesta tradicional de éste, a saber, el proceso penal y la aplicación de una pena como consecuencia de éste, con la connotación fuertemente punitiva que hoy tienen ambas.

Sin embargo, debe quedar en claro que esta noción de salidas alternativas no comprende a todo mecanismo destinado a descargar o descomprimir al sistema penal (en este caso al proceso penal específicamente) de los casos que conoce, ya que un elemento que distingue a las salidas alternativas de otras válvulas de escape del sistema es que éstas representan una “respuesta” menos represiva de parte del sistema a un determinado conflicto y no simplemente una decisión en el sentido de transparentar la imposibilidad de hacerse cargo de ese conflicto, ya sea por falta de elementos probatorios que lo acrediten u otros motivos equivalentes”.⁹⁸

De lo recién expuesto queda claro que, si hablamos de estas salidas en un sentido estricto, entendemos una forma alternativa a la imposición de una pena, como vía de solución del conflicto penal. Sin embargo, en un sentido ampliado, podemos calificar como salidas alternativas aquellas instituciones del nuevo procedimiento penal ordinario que constituyen modalidades alternativas al juicio oral y, desde ese prisma, un análisis completo de ellas incluiría todas las formas de terminación anticipada del procedimiento y el procedimiento abreviado, como alternativas al juicio oral.

Sin embargo, en este acápite, nos referiremos a las salidas alternativas, en el sentido estricto del término, consagradas en el nuevo procedimiento penal ordinario.

8.2. La suspensión condicional del procedimiento

Esta primera institución responde a la estructura de la llamada “probation” del derecho anglosajón⁹⁹, pero adelantada a la etapa del procedimiento. Nuestra legislación tradicional contemplaba las “medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad” (ley N° 18.216), pero en la etapa de ejecución de tales sanciones.

Según la opinión de diversos autores la institución a la que nos referimos “constituye una eficiente forma de reasignar los recursos del sistema de justicia criminal de acuerdo con criterios racionales de persecución penal, proporcionando otras ventajas deseables como la evitación del etiquetamiento formal y un relevante descongestionamiento del servicio judicial. Además se plantea la posibilidad de auxiliar a la víctima por la vía de establecer como condición de la suspensión la reparación del daño ocasionado con el delito. En la práctica, el fiscal del Ministerio Público deberá evaluar la situación del imputado y la gravedad del delito que se le atribuye, con las excepciones que expresamente prevé la ley: si ella es favorable para el otorgamiento de la suspensión del procedimiento a prueba se podrá plantear el acuerdo con el imputado”.¹⁰⁰

[Durante la tramitación parlamentaria de la norma del CPP, la Comisión respectiva del Senado tuvo en cuenta la información que le proporcionaron los invitados extranjeros que concurrieron a la discusión general del Código. En Italia, según expuso el Magistrado señor Giovanni Salvi, los mecanismos alternativos prácticamente no se han aplicado, debido a incoherencias sistemáticas en las disposiciones del Código. En consecuencia, el juicio oral, que en teoría debiera aplicarse a un porcentaje reducido de casos, se ha transformado en el procedimiento habitual. Por el contrario, el profesor de derecho procesal penal don Antonio Magalhães Gomes-Filho, ex procurador de justicia del Estado de Sao Paulo, sostuvo que en Brasil la utilización de medios alternativos de solución de los conflictos penales efectivamente ha funcionado. En 1995, la ley permitió la suspensión condicional respecto de los delitos cuya pena mínima no sea superior a un año, sin que se requiera la aceptación de los hechos por el autor de la infracción penal, y por eso la reforma funcionó: cerca del 90% de los casos son resueltos a través de esta institución y de otra similar, la transacción penal, equivalente a nuestro procedimiento abreviado, todo lo cual le deja al juez más tiempo para dedicar a los casos importantes. Estimó el profesor Magalhães, y con razón, que esa experiencia brasileña resultaba importante para nosotros, poniendo énfasis en que, para la justicia penal, es más importante asegurar la efectividad de una sanción que la cantidad de esa sanción].¹⁰¹

⁹⁷ Mensaje.

⁹⁸ DUCE J., MAURICIO. “Las Salidas Alternativas y la Reforma Procesal Penal Chilena”. En: “La Reforma de la Justicia Penal”. Cuadernos de Análisis Jurídico N° 38. UDP. 1998.

⁹⁹ Véase: HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. En: “Penas Alternativas...”. Op. Cit.

¹⁰⁰ HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. “Ministerio Público y Selectividad”. Op. Cit. Véase, además:

a) SOTO PIÑEIRO, MIGUEL. “Ministerio Público y Política Criminal”, y

b) DUCE J., MAURICIO. “La suspensión condicional del Procedimiento y los Acuerdos Reparatorios”. En: “El Nuevo Proceso Penal”. Op. Cit.

¹⁰¹ Ver: 2° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado. Boletín N° 1630-07.

La regulación de esta materia en el CPP se hace en los arts. 237 y siguientes. Se establece que ella se decreta por el juez de garantía, a solicitud del Ministerio Público, efectuada con el acuerdo del imputado. Es menester para ello que se cumplan dos requisitos: que la pena privativa o restrictiva de libertad que pudiere imponerse no exceda de tres años y que el imputado no haya sido condenado anteriormente por crimen o simple delito. El juez, para resolver, puede requerir del Ministerio Público, los antecedentes necesarios y, si acoge la petición, establece las condiciones que deberá cumplir el imputado por un plazo no inferior a un año ni superior a tres años. Si las infringe, como se verá, se puede revocar esta decisión y se reanuda el procedimiento en su contra.

[En relación con el límite de pena para utilizar esta posibilidad, debe dejarse constancia que se trata de la pena aplicable al caso concreto, en el evento de dictarse sentencia, no al marco legal abstracto y general].

La presencia del defensor del imputado en la audiencia en que se discuta la solicitud de suspensión condicional del procedimiento es un requisito de validez de la misma.

Si el querellante asiste a la audiencia en que se ventila la solicitud, debe ser oído por el tribunal.

A. CONDICIONES POR CUMPLIR (ART. 238 CPP)

- a) Residir o no residir en un lugar determinado;
- b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas;
- c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza;
- d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación;
- e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se puede autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso puede exceder el período de suspensión del procedimiento;
- f) Acudir periódicamente ante el Ministerio Público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y
- g) Fijar domicilio e informar al Ministerio Público de cualquier cambio del mismo.

Durante el período de suspensión y oyendo en una audiencia a todos los intervinientes que concurran a ella, el juez puede modificar una o más de las condiciones impuestas.

B. EFECTOS

Como efectos de esta suspensión podemos decir que, durante el período, no inferior a un año, ni superior a tres que haya fijado el juez, no se reanuda el curso de la prescripción de la acción penal. Asimismo, durante el término por el que se prolonga la suspensión condicional del procedimiento se suspende el plazo previsto en el artículo 247 del CPP (dos años para cerrar la investigación).

Además, no extingue las acciones civiles de la víctima o de terceros. Sin embargo, si la víctima recibe pagos en virtud de lo previsto en el artículo 238, letra e) del CPP, ellos se imputan a la indemnización de perjuicios que le pueda corresponder (art. 240 CPP). Asimismo, la suspensión condicional del procedimiento no impide de modo alguno el derecho a perseguir por la vía civil las responsabilidades pecuniarias derivadas del mismo hecho.

Transcurrido el plazo que el tribunal haya fijado de conformidad al artículo 237, inciso quinto del CPP, sin que la suspensión sea revocada, se extingue la acción penal, y el tribunal debe dictar, de oficio o a petición de parte, el sobreseimiento definitivo.

C. RECURSO

La resolución que se pronuncia acerca de la suspensión condicional del procedimiento es apelable por el imputado, por el Ministerio Público y por el querellante.

D. REVOCACIÓN

Cuando el imputado no cumpla, sin justificación, grave o reiteradamente las condiciones impuestas, o sea objeto de una nueva formalización de la investigación por hechos distintos, el juez, a petición del fiscal o la víctima, tiene la facultad de revocar la suspensión condicional del procedimiento, y éste continúa de acuerdo a las reglas generales.

Es apelable la resolución que se dicta en esta materia.

8.3. Los acuerdos reparatorios

A. GENERALIDADES

Estos acuerdos, en el nuevo CPP, implican “la ampliación de formas ya existentes en nuestro ordenamiento jurídico de “privatización” de la persecución penal –como los delitos de acción privada– pero a casos en que tradicionalmente ha predominado el planteamiento de existencia de un “interés público” comprometido, aunque sin mayor fundamentación empírica o explicación teórica. Se plantean restricciones legales en relación al ámbito de delitos que pueden ser objeto de acuerdos reparatorios sobre la base de una ponderación ex ante de los casos en que claramente la reparación dejaría sin

resolver un plus de injusto que no respondería únicamente al interés privado. En el esquema de una sociedad (...) desigual como la nuestra subsiste, sin embargo, una importante objeción a esta “salida alternativa”, cual es que los poderosos económicamente siempre tendrán acceso a ella quedando reservado, una vez más, el instrumento penal para los más débiles y vulnerables socialmente. La crítica parece inobjetable y resulta siempre corroborada por las investigaciones criminológicas que estudian las causas de la impunidad en el ámbito de la delincuencia de “cuello blanco”. No obstante, pensamos que la explicitación de esta realidad en el proceso penal y el control sobre la operatividad de esta nueva institución permitirán considerar este factor en las políticas de persecución pública, y el Ministerio Público podrá desarrollar soluciones adecuadas para tales casos –como, por ejemplo, la mediación entre imputado y víctima para promover un acuerdo reparatorio posible de cumplir para el imputado– que eviten que para el sujeto económicamente débil, pero dispuesto a colaborar la única reacción penal posible sea la prisión”¹⁰². Esta última posibilidad se puede ver alentada por el nuevo texto del artículo 6º CPP, de acuerdo a la modificación realizada por la ley N° 19.789.

La regulación de la institución en el CPP viene a dar cabida a los intereses de la víctima, si ésta fundamentalmente persigue una reparación de naturaleza pecuniaria y, además, toma en cuenta que, si la víctima rehúsa seguir colaborando con el procedimiento, el Ministerio Público difícilmente podrá continuar adelante. Por otro lado, el acuerdo reparatorio tiene la virtud de hacer transparente lo que ocurre hoy día, sin este respaldo legal, en el espectro de los delitos que afectan bienes jurídicos disponibles de orden patrimonial o de los delitos culposos, en el cual se producen informalmente acuerdos extrajudiciales que terminan por imponer un sobreesimiento del proceso.¹⁰³

B. REGULACIÓN LEGAL Y PROCEDENCIA

El art. 241 del CPP señala: “El imputado y la víctima podrán convenir acuerdos reparatorios, los que el juez de garantía aprobará, en audiencia a la que citará a los intervinientes para escuchar sus planteamientos, si verificare que los concurrentes al acuerdo hubieren prestado su consentimiento en forma libre y con pleno conocimiento de sus derechos.

Los acuerdos reparatorios sólo podrán referirse a hechos investigados que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, consistieren en lesiones menos graves o constituyeren delitos culposos.

En consecuencia, de oficio o a petición del Ministerio Público, el juez negará aprobación a los acuerdos reparatorios convenidos en procedimientos que versaren sobre hechos diversos de los previstos en el inciso que antecede, o si el consentimiento de los que lo hubieren celebrado no apareciere libremente prestado, o si existiere un interés público prevalente en la continuación de la persecución penal. Se entenderá especialmente que concurre este interés si el imputado hubiere incurrido reiteradamente en hechos como los que se investigaren en el caso particular”.

Es decir, para la procedencia de estos acuerdos es menester la concurrencia de tres requisitos básicos, a saber: a) Acuerdo entre el imputado y la víctima;

b) Que el acuerdo recaiga sobre una determinada categoría de hechos punibles, y

c) Que el acuerdo sea aprobado por el Juez de Garantía.

En relación con el requisito signado como letra b) anterior, durante la etapa de redacción del proyecto del CPP, la idea fue evitar definir qué se entendería por bienes jurídicos disponibles, permitiendo una elaboración jurisprudencial y doctrinaria del concepto, el cual no es unánime en la doctrina penal. “Con todo, en un principio se pensó que dentro de esta categoría al menos debían caber los delitos patrimoniales no violentos (hurto (...), estafas, apropiación indebida, daños, etc.) y otros delitos de menor gravedad en los que el interés de la víctima aparece como preponderante (lesiones leves, algunas hipótesis de lesiones menos graves, etc.). Es decir, éstos debían ser los que en una interpretación restrictiva de la salida alternativa debían caber, pudiéndose abrir a muchas otras hipótesis en el futuro. Dicha cláusula fue restringida posteriormente en la Cámara de Diputados al agregarse “de carácter patrimonial o susceptibles de apreciación pecuniaria” con el objetivo aparente de restringir los acuerdos sólo respecto de delitos contra la propiedad no violentos. Sin embargo, la amplitud de la causal sigue permitiendo un espacio interpretativo amplio a los jueces para la determinación de los delitos comprendidos...”¹⁰⁴

[En relación con la hipótesis del párrafo anterior creemos acertada la posición sustentada por Horvitz (MI) quien, refiriéndose a ella, expresa: “...podrían suscitarse discusiones respecto de delitos como la malversación de caudales públicos, el fraude al Fisco o la defraudación tributaria, delitos con inequívoco pero no exclusivo componente patrimonial y en que podría discutirse la disponibilidad del bien que protegen por tener carácter supraindividual...”. “Es interesante destacar que, en el derecho comparado, la transacción o acuerdos reparatorios entre autor y víctima en el procedimiento penal suele admitirse en el ámbito de los delitos patrimoniales, en que el perjudicado es el Fisco o la Hacienda Pública: delitos tributarios, aduaneros, de subvenciones, telecomunicaciones, etc. En estos casos de delitos que afectan bienes jurídicos supraindividuales, la autoridad administrativa correspondiente comparece en representación del interés fiscal...”¹⁰⁵. Agreguemos, en abono de lo expresado, que la ley N° 19.806 agregó un nuevo inciso segundo al artículo 7º de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado (D.F.L. N° 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda) que permite al CDE:

¹⁰² HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS. “Ministerio Público y Selectividad”. Op. Cit. En el mismo sentido: HORVITZ (MI)-LÓPEZ (J). Op. Cit., pág. 569.

¹⁰³ 2º Informe Comisión de Constitución, Legislación y... Cit.

“...aprobar la celebración de acuerdos reparatorios en los procedimientos penales en que intervenga como querellante”].

Con respecto a los hechos que “consistieren en lesiones menos graves”, se podría criticar “el hecho que el límite se construyó sólo desde una perspectiva objetiva, “el resultado producido”, sin considerar otros elementos del delito”.¹⁰⁶

[Con todo, en relación a la procedencia de los acuerdos reparatorios y teniendo presente que el Ministerio Público tiene prerrogativas concretas (esto es, en algunos casos, previstos por el art. 241 CPP, puede oponerse y, en otros, recogiendo el nuevo texto del art. 6° CPP, podría alentarlos), deben tenerse especialmente presente las instrucciones generales, contenidas en los Instructivos N° 34 –de 14 de diciembre de 2000– y N° 63 –de 17 de agosto de 2001, que modifica el anterior–. Dichos cuerpos normativos, que se ha dado la institución referida, contienen categorizaciones de distintos delitos, que pueden determinar la actitud que el fiscal a cargo de un caso tenga frente a la discusión de un acuerdo reparatorio y, además, permiten que las unidades internas del Ministerio Público conduzcan procesos de conciliación, mediación o, careciendo la víctima de abogado y teniendo en cuenta la voluntad e intereses de ésta, negocien con la defensa y el imputado un acuerdo reparatorio].

Finalmente, el control del Juez de Garantía para aprobar el acuerdo, debe referirse a examinar si el hecho investigado cae dentro de la categoría permitida, si el consentimiento fue prestado libre y con conocimiento de los derechos y si no existe un interés público prevalente en la persecución penal (teniendo presente la presunción de este interés que el propio art. 241 CPP consagra). El Ministerio Público podría apelar (art. 370 CPP).

C. EFECTOS DEL ACUERDO REPARATORIO

1) Penales

Junto con aprobar el acuerdo propuesto, el tribunal debe dictar sobreseimiento definitivo, total o parcial, en la causa, con lo que se extingue, total o parcialmente, la responsabilidad penal del imputado que lo ha celebrado.

2) Civiles

Ejecutoriada la resolución judicial que aprueba el acuerdo reparatorio, puede solicitarse su cumplimiento ante el Juez de Garantía, en conformidad a los artículos 233 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

El acuerdo reparatorio no puede ser dejado sin efecto por ninguna acción civil.

3) Subjetivos o Parciales

Si en la causa existe pluralidad de imputados o víctimas, el procedimiento debe continuar respecto de quienes no han concurrido al acuerdo.

8.4. Oportunidad para pedir y decretar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. Registros

Estas salidas alternativas pueden solicitarse y decretarse en cualquier momento posterior a la formalización de la investigación. Si no se plantea en esa misma audiencia la solicitud respectiva, el juez debe citar a una audiencia, a la que podrán comparecer todos los intervinientes en el procedimiento.

Una vez declarado el cierre de la investigación, sólo pueden ser decretados durante la audiencia de preparación del juicio oral.

El Ministerio Público debe llevar un registro en el cual dejará constancia de los casos en que se decretare la suspensión condicional del procedimiento o se aprobare un acuerdo reparatorio.

El registro tiene por objeto verificar que el imputado cumpla las condiciones que el juez imponga al disponer la suspensión condicional del procedimiento, o reúna los requisitos necesarios para acogerse, en su caso, a una nueva suspensión condicional o acuerdo reparatorio.

El registro es reservado, sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado. En relación con ello debe tenerse presente el art. 335 del CPP que prohíbe la utilización de los antecedentes referidos a estas salidas alternativas, como medio de prueba en el juicio oral (“No se podrá invocar, dar lectura ni incorporar como medio de prueba al juicio oral ningún antecedente que dijere 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”).

9. NULIDADES PROCESALES (ARTS. 159 A 165 CPP)

A. PROCEDENCIA DE LA NULIDAD

Se expresa que sólo pueden anularse las actuaciones o diligencias judiciales defectuosas del procedimiento que ocasionen a los intervinientes un perjuicio reparable únicamente con la declaración de nulidad. Vale decir se consagra el llamado, por la doctrina procesal, “principio de trascendencia”. Esto es, no hay nulidad si la desviación no tiene trascendencia sobre las garantías esenciales de actuación en el procedimiento. A esta idea responde el aforismo “no hay

nulidad sin perjuicio”, concepto este último que se puede caracterizar como “el daño procesal que ha ocasionado el acto viciado. Concretamente, en qué medida ha impedido efectuar un acto o cumplir una carga procesal. El concepto se vincula al carácter teleológico de las formas procesales. Éstas cumplen una decisiva misión a la ordenación procedimental, asegurando, a los judiciales, iguales oportunidades para ser oídos, para efectuar alegaciones, para rendir pruebas, para recurrir, etcétera. Al mismo tiempo en cuanto preordenan los trámites necesarios para provocar la decisión jurisdiccional, otorgan la necesaria certeza para la actividad procesal”.¹⁰⁷

Consecuentemente, a continuación (art. 159 CPP), se expresa que “existe perjuicio cuando la inobservancia de las formas procesales atenta contra las posibilidades de actuación de cualquiera de los intervinientes en el procedimiento”.

Para aclarar aún más el concepto, afianzando el principio de trascendencia, se presume de derecho la existencia del perjuicio si la infracción ha impedido el pleno ejercicio de las garantías y de los derechos reconocidos en la Constitución, o en las demás leyes de la República.

B. OPORTUNIDAD PARA SOLICITARLA

Dos oportunidades básicas concurren:

- i) En forma fundada y por escrito, incidentalmente, dentro de los cinco días siguientes a aquél en que el perjudicado hubiere tomado conocimiento fehaciente del acto cuya invalidación persiga, y
- ii) Si el vicio se ha producido en una actuación verificada en una audiencia, verbalmente antes del término de la misma audiencia.

No obstante lo anterior, no puede reclamarse la nulidad de actuaciones verificadas durante la etapa de investigación después de la audiencia de preparación del juicio oral. La solicitud de nulidad extemporánea será declarada inadmisibile.

C. TITULARES DE LA SOLICITUD DE DECLARACIÓN DE NULIDAD

Sólo puede solicitarla el interviniente en el procedimiento perjudicado por el vicio y que no haya concurrido a causarlo.

D. NULIDAD DE OFICIO

Si el tribunal estima que se ha producido un acto viciado y la nulidad no se hubiere saneado aún, lo pone en conocimiento del interviniente en el procedimiento a quien considera que la nulidad le ocasiona un perjuicio, a fin que éste proceda como crea conveniente a sus derechos, a menos de que se tratase de una nulidad de las reguladas en el artículo 160 CPP (presunciones de derecho del perjuicio), evento en el cual puede declararla de oficio.

E. SANEAMIENTO DE LA NULIDAD

Las nulidades quedan subsanadas en tres hipótesis: a) si el interviniente en el procedimiento perjudicado no solicita su declaración oportunamente;

b) Si acepta expresa o tácitamente los efectos del acto, y

c) Cuando, a pesar del vicio, el acto cumple su finalidad respecto de todos los interesados, salvo en los casos previstos en el artículo 160 ya citado.

Este último caso reconoce el carácter teleológico de los actos procesales, en conformidad con la tendencia procesal predominante, encaminada a despojar las actuaciones de la rigurosidad sacramental, atenta más bien a la esencia que a la mera externalidad de la actividad desplegada. “Se estima que el fin, la función del acto, debe entenderse en el contexto del proceso y, puesto que se trata de uno penal, velará por un cuidadoso equilibrio entre el interés público en establecer la verdad y el privado, de asegurar un irrestricto derecho de defensa”¹⁰⁴, hoy sólidamente reafirmado en el CPP.

[En relación con el “saneamiento” de la nulidad y, más ampliamente, con los tipos de respuesta frente al acto inválido, resulta fundamental recordar las siguientes palabras de Binder (A.M.): “Lo más simple es utilizar la palabra reparación o saneamiento, para la actividad reparadora, convalidación para los casos en los que se absorbe el defecto y utilizar la palabra nulidad para la respuesta que priva de efectos al acto como reconocimiento de su invalidez. También es conveniente no utilizar la palabra nulidad para referirse al acto con defectos formales, como una situación de hecho. Para ello es más claro hablar de acto defectuoso o inválido. Recapitulando, cuando se viola una forma tenemos un acto defectuoso. Ese defecto, salvo que sea inocuo, produce un riesgo o una afectación a un principio constitucional garantizado. Los jueces advertidos por el defecto formal del riesgo o afectación del principio deben repararlo (al principio, no a la forma) esto es sanarlo. En algunos casos (pero como veremos nunca cuando se trata del sistema de garantías) la afectación del principio debe ser soslayada, como tributo a la vigencia de un principio mayor, éstos son los casos de convalidación. Cuando un acto no puede ser saneado o no se trata de un caso de convalidación entonces se debe declarar su nulidad. Ella consiste en la privación de los efectos del acto o en el quiebre de una secuencia necesaria de actos procesales que se presuponen. Esta respuesta es la última herramienta del sistema procesal que debe estar interesado antes que nada en restaurar la vigencia de los principios constitucionales afectados. El centro explicativo de la teoría de las nulidades en cuanto técnica de preservación de los principios protectores del imputado es, pues, el saneamiento o reparación”.

¹⁰⁴ Ídem nota anterior.

Bajo la misma óptica fuertemente garantista, se citan las palabras de Cruz Castro: “El irrespeto a las formas procesales, aunque sea una nulidad absoluta, debe subsanarse sin necesidad de anular actos anteriores o conexos, excepto que se hayan conculcado las garantías fundamentales de la defensa. La nulidad es el último recurso que debe utilizarse para corregir los yerros en el procedimiento”].¹⁰⁵

F. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD (ART. 165 CPP)

La declaración de nulidad del acto conlleva la de los actos consecutivos que de él emanan o dependen.

El tribunal, al declarar la nulidad, debe determinar concretamente cuáles son los actos a los que ella se extiende y, siendo posible, ordenará que se renueven, rectifiquen o ratifiquen.

Con todo, la declaración de nulidad no puede retrotraer el procedimiento a etapas anteriores, a pretexto de repetición del acto, rectificación del error o cumplimiento del acto omitido, salvo en los casos en que ello corresponda de acuerdo con las normas del recurso de nulidad (el cual analizaremos en su oportunidad).

De conformidad a lo expuesto, si durante la audiencia de preparación del juicio oral se declara la nulidad de actuaciones judiciales realizadas durante la etapa de investigación, el tribunal no puede ordenar la reapertura de ésta. Asimismo, las nulidades declaradas durante el desarrollo de la audiencia del juicio oral no retrotraen el procedimiento a la etapa de investigación o a la audiencia de preparación del juicio oral.

Es importante dejar constancia que, la solicitud de nulidad constituye preparación suficiente del recurso de nulidad para el caso de que el tribunal no acceda a lo solicitado.

10. CONCLUSIÓN DE LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN

A. COMENTARIO PREVIO

Analizaremos en este acápite:

- i) La conclusión de la investigación y las hipótesis en que puede tener lugar;
- ii) Los casos en los cuales se suspende el procedimiento a través del sobreseimiento temporal y las facultades de los intervinientes, frente a la decisión del fiscal de solicitarlo, incluyendo la realización de la audiencia, ante el Juez de Garantía, para debatir en tal evento; y
- iii) Los supuestos en que el procedimiento se extingue sin llegar al juicio oral, a través del sobreseimiento definitivo y las facultades de los intervinientes, incluyendo la audiencia respectiva, para que el Juez de Garantía pueda decretarlo.

Todas estas posibilidades podrían, en un sentido amplio, considerarse dentro de la llamada, por la doctrina, “etapa intermedia” del nuevo procedimiento penal¹⁰⁶, lo que no es incorrecto. Sin embargo, para efectos de claridad en la exposición y siguiendo la normativa legal, hemos preferido identificar dicha etapa con la preparación propiamente tal del juicio oral, es decir, desde la formulación de la acusación (normalmente por parte del Ministerio Público), en adelante.

B. CIERRE DE LA INVESTIGACIÓN, FACULTAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

La posibilidad de cerrar la investigación es, en principio y como regla general, una atribución del Fiscal a cargo del caso.

Se declarará el cierre, cuando a criterio del Fiscal, se hayan practicado las diligencias necesarias para la averiguación del hecho punible y sus autores, cómplices o encubridores. En tal supuesto, dentro de los diez días siguientes, aquél puede adoptar una de tres actitudes:

- a) Solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal de la causa;
- b) Formular acusación, cuando estime que la investigación proporciona fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado contra quien se haya formalizado ésta; o
- c) Comunicar la decisión del Ministerio Público de no perseverar en el procedimiento, por no haber reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación.

Si se comunica esta última decisión se dejará sin efecto la formalización de la investigación, se dará lugar a que el Juez de Garantía revoque las medidas cautelares que se decretaron, y la prescripción de la acción penal continuará corriendo como si nunca se hubiere interrumpido (recordemos que tal interregno es un efecto de la formalización de la investigación).

B.1. Citación a audiencia

Cuando el Fiscal decida solicitar el sobreseimiento definitivo o temporal, o comunicar la decisión a que se refiere la letra c) del artículo 248 CPP (no perseverar en el procedimiento), debe formular su requerimiento al Juez de Garantía, quien citará a todos los intervinientes a una audiencia (art. 249 CPP).

B.2. Plazo para el cierre

Al transcurrir dos años desde la fecha en que la investigación hubiere sido formalizada (en la audiencia respectiva), el fiscal debe cerrarla.

¹⁰⁵ BINDER, ALBERTO. “*El incumplimiento de las formas procesales*”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires, 2000, págs. 97-98.

¹⁰⁶ Así: CAROCCA PÉREZ, ALEX. “*Etapa Intermedia o de Preparación del Juicio Oral*”. En: “El Nuevo Proceso Penal”. Op. Cit.

Si el fiscal no declara cerrada la investigación en tal plazo, el imputado o el querellante pueden solicitar al Juez de Garantía que aperciba al fiscal para que proceda a tal cierre.

Para esos efectos el juez cita a los intervinientes a una audiencia y, si el fiscal no comparece o si, compareciendo, se niega a declarar cerrada la investigación, el juez decreta el sobreseimiento definitivo de la causa. Esta última resolución es apelable.

Si el fiscal se allana a la solicitud de cierre de la investigación, debe formular en la audiencia la declaración en tal sentido y tiene el plazo de diez días para deducir acusación. Si transcurre ese plazo sin que se haya deducido la acusación, el juez, de oficio o a petición de alguno de los intervinientes, cita a la audiencia del art. 249 CPP, y dicta sobreseimiento definitivo en la causa.

[El plazo de dos años para cerrar la investigación se suspende cuando se aprueba la suspensión condicional del procedimiento o se decreta el sobreseimiento temporal].

C. SOBRESEIMIENTO

Al igual que en el actual CPP (1906), el sobreseimiento en el nuevo procedimiento penal puede clasificarse, atendiendo a sus efectos, en definitivo o temporal. Asimismo, según su extensión, distinguiremos sobreseimiento total y parcial.

Tradicionalmente¹¹¹, se ha definido el sobreseimiento definitivo como aquel que pone término al procedimiento penal y que, firme o ejecutoriado, tiene la autoridad de cosa juzgada. Por su parte, el temporal suele definirse como “aquel que sólo suspende o paraliza el proceso penal, hasta que se presenten mejores datos de investigación o cese el inconveniente legal que haya detenido la prosecución del juicio”.¹¹²

Sin embargo, a la luz de las causales que el actual art. 252 del CPP contiene, la posibilidad que un procedimiento penal se paralice “hasta que se presenten mejores datos” no tiene recepción en el nuevo sistema, como veremos (en tal caso el Fiscal debería comunicar su decisión de no perseverar en el procedimiento).

C.1. Sobreseimiento temporal

Esta suspensión del procedimiento se decretará (art. 252 CPP):

a) Cuando para el juzgamiento criminal se requiera la resolución previa de una cuestión civil, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 CPP (véase Primera Parte, la Acción Civil, N° 11);

b) Cuando el imputado no comparezca al procedimiento y sea declarado rebelde, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 99 y siguientes del CPP (véase Primera Parte, El Imputado, letra D), y

c) Cuando, después de cometido el delito, el imputado caiga en enajenación mental, de acuerdo con lo dispuesto en el Título VII del Libro Cuarto del CPP.

Reapertura del procedimiento

A solicitud del fiscal o de cualquiera de los otros intervinientes, el Juez de Garantía puede decretar la reapertura del procedimiento cuando cese la causa que haya motivado el sobreseimiento temporal (art. 254 CPP).

C.2. Sobreseimiento definitivo

Éste lo decreta el Juez de Garantía, en los siguientes casos:

a) Cuando el hecho investigado no sea constitutivo de delito;

b) Cuando aparezca claramente establecida la inocencia del imputado;

c) Cuando el imputado esté exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra norma legal;

d) Cuando se haya extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley;

e) Cuando sobrevenga un hecho que, con arreglo a la ley, ponga fin a dicha responsabilidad (ej.: en el giro fraudulento de cheques, el pago de capital, intereses y costas), y

f) Cuando el hecho de que se trate haya sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado (cosa juzgada material).

C.2.1. Prohibición de sobreseimiento

Se establece que el juez no puede dictar sobreseimiento definitivo respecto de los delitos que, conforme a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, sean imprescriptibles o no puedan ser amnistiados (ej.: crímenes de “lesa humanidad”, genocidio, etc.), salvo en los casos de los números 1° y 2° del artículo 93 del Código Penal (muerte del imputado o cumplimiento de la condena).

C.2.2. Efectos del sobreseimiento definitivo

El sobreseimiento definitivo pone término al procedimiento y tiene la autoridad de cosa juzgada.

C.3. Recursos

El sobreseimiento sólo es impugnabile por la vía del recurso de apelación ante la Corte de Apelaciones respectiva.

C.4. Sobreseimiento total y parcial

El sobreseimiento es total cuando se refiera a todos los delitos y a todos los imputados; y parcial cuando se relaciona con algún delito o a algún imputado, de los varios a que se haya extendido la investigación y que fueron objeto de la formalización de la investigación.

En el caso de que el sobreseimiento sea parcial, el procedimiento continúa respecto de aquellos delitos o de aquellos imputados a que éste no se extiende.

C.5. Facultades del juez respecto del sobreseimiento

El Juez de Garantía, al término de la audiencia a que se refiere el artículo 249 CPP (la que se ha citado para debatir sobre el requerimiento de sobreseimiento del Fiscal), se pronunciará sobre la solicitud planteada.

Podrá acoger ésta, sustituirla, decretar un sobreseimiento distinto del requerido o rechazarla, si no la considera procedente. En este último caso, deja a salvo las atribuciones del Ministerio Público contempladas en las letras b) y c) del artículo 248 (vale decir formular acusación o comunicar la decisión de no perseverar en el procedimiento).

D. REAPERTURA DE LA INVESTIGACIÓN

El art. 257 del CPP, permite que los intervinientes puedan reiterar la solicitud de diligencias precisas de investigación que oportunamente hayan formulado durante la investigación y que el Ministerio Público rechazó (de acuerdo al art. 183 CPP).

Si el Juez de Garantía acoge la solicitud, ordena al fiscal reabrir la investigación y cumplir las diligencias, en el plazo que le fijará. Ante ello, puede el Fiscal, por una sola vez, solicitar ampliación del término.

El juez no debe decretar ni renovar las diligencias que en su oportunidad se hayan ordenado a petición de los intervinientes y no se cumplieron por negligencia o hecho imputable a los mismos, ni tampoco “las que sean manifiestamente impertinentes, las que tengan por objeto acreditar hechos públicos y notorios ni, en general, todas aquéllas que hayan sido solicitadas con fines puramente dilatorios” (nótese la identificación con las causales de exclusión de prueba del juicio oral que puede realizar el Juez de Garantía, en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, según el art. 276 CPP).

Vencido el plazo o la ampliación del mismo, o antes de ello si se han cumplido las diligencias, el fiscal cerrará nuevamente la investigación y procederá en la forma señalada en el artículo 248 (acusa, solicita sobreseimiento o comunica su decisión de no perseverar en el procedimiento).

[Con respecto a esta facultad del Juez de Garantía para ordenar, reabriendo la investigación, la práctica de ciertas diligencias, es posible pensar que se encuentra razonablemente acotada. Ello porque “no se otorga al juez la facultad de ponderar a su arbitrio el mérito de la investigación o de proponer nuevas diligencias, sino que simplemente se recurre a él como órgano de control de la discrecionalidad que habrá ejercido el fiscal al rechazar las diligencias...”].113

E. FORZAMIENTO DE LA ACUSACIÓN

Si hubiere querellante particular y se opone a la solicitud de sobreseimiento del fiscal, el juez dispone que los antecedentes sean remitidos al Fiscal Regional, con el fin que éste revise la decisión del fiscal a cargo de la causa.

Si el Fiscal Regional, dentro de los tres días siguientes, decide que el Ministerio Público acusará, dispone simultáneamente si el caso continuará a cargo del Fiscal que hasta el momento lo ha conducido, o designa uno distinto. En tal evento, la acusación del Ministerio Público debe ser formulada dentro de los diez días siguientes, de conformidad a las reglas generales.

Por el contrario, si el Fiscal Regional, dentro de los tres días de recibidos los antecedentes, ratifica la decisión del fiscal a cargo del caso, el juez puede:

i) Disponer que la acusación correspondiente sea formulada por el querellante quien, en lo sucesivo, la sostiene en los mismos términos que el CPP establece para el Ministerio Público; o

ii) Decretar el sobreseimiento correspondiente.

Si el Fiscal ha comunicado la decisión de no perseverar en el procedimiento (letra c) del artículo 248), el querellante puede solicitar al juez que lo faculte para ejercer los derechos recién citados (punto i) anterior).

[Estas facultades para el querellante fueron introducidas, durante la tramitación parlamentaria del CPP, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado la que, explicando su inclusión, señaló: “Consideramos, asimismo, difícilmente conciliable con el principio acusatorio que informa el Código la posibilidad de que el juez de garantía pudiera obligar al fiscal a formular acusación. No compartimos la idea de que, si el querellante particular quiere que se acuse al imputado y el fiscal discrepa de ese parecer, lo que es ratificado por el Fiscal Regional, el juez pueda ordenar al Ministerio Público que acuse [según lo contemplaba el Proyecto original. En ese caso, optamos por que la acusación se formule por el querellante, dotándolo para este efecto de las facultades que el Código contempla respecto del Ministerio Público.

Sin embargo, nos vimos enfrentados a un dilema cuando analizamos el evento de que el fiscal no quiera acusar sino que se aplique una medida de seguridad al imputado por estimar que es enajenado mental, y no hubiere querellante particular que instare por la acusación. En tal caso, si el juez de garantía no se hubiese formado convicción acerca de la enajenación mental, preferimos hacer prevalecer su opinión y, consecuentemente, disponer que el fiscal ha de deducir acusación, sin perjuicio de que subsidiariamente pida al tribunal de juicio oral en lo penal la aplicación de alguna medida de seguridad”].

E.1. Recursos

La resolución que niega lugar a una de las solicitudes que el querellante hiciere, de acuerdo a lo expuesto (art. 258 CPP) es inapelable, sin perjuicio de los recursos que procedan en contra de la que ponga término al procedimiento (la resolución que decreta el sobreseimiento).

TERCERA PARTE

ETAPA INTERMEDIA O DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

1. GENERALIDADES

Como dijéramos antes (Segunda Parte, 10, letra A), nos referiremos a esta etapa, haciéndola sinónima de todos los trámites que seguirán a la presentación de la acusación, normalmente por el Ministerio Público o, excepcionalmente, por el querellante particular.

En primer lugar, desde el punto de vista expuesto, son presupuestos necesarios de esta etapa, la formalización de la investigación, el cierre de ésta y la acusación. El referirse a la formalización como antecedente ineludible de esta fase no es gratuito, sino que deriva del hecho que, al igual que en el actual CPP (1906) se exige congruencia entre el auto de procesamiento, el auto acusatorio y la sentencia, en el nuevo procedimiento penal, es menester que haya tal congruencia entre la formalización, la acusación y la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, como veremos.

En este momento, sólo diremos que la coherencia entre la acusación (que se hará normalmente por escrito, salvo excepciones calificadas, como el art. 235 CPP en el Juicio Inmediato, donde se formula verbalmente, o la posibilidad de modificación verbal de la acusación escrita, del art. 407 CPP, a propósito del Procedimiento Abreviado) y la formalización de la investigación apunta directamente a garantizar la efectiva posibilidad de defensa, evitando una posible condena por hechos respecto de los cuales el acusado no haya podido defenderse oportunamente.

En segundo lugar y acerca de la interrogante de cuál es la naturaleza del modelo planteado por el nuevo CPP, en el sentido si se trata de uno acusatorio puro o uno acusatorio formal, se observa que, desde el momento en que existe un acusador –el Ministerio Público– que reclama el juicio ante un juez imparcial, el modelo es acusatorio. Sin embargo, no es un modelo puro a la usanza anglosajona, sino uno formal o mixto, cercano a la manera continental europea, donde el Juez de Garantía, ante la renuencia del acusador estatal puede, en principio, instar por que se deduzca acusación (lo que era más claro en el Proyecto de CPP).¹¹⁴

Supuesto que el Ministerio Público decide acusar, el nuevo procedimiento penal chileno, no permite que el Juez de Garantía ejerza control sobre el mérito de dicha actuación, ni aun a petición de la defensa [control que se justificaría porque “el Estado de derecho no puede permitir la realización de un juicio público sin comprobar, preliminarmente, si existe cierta probabilidad de que la imputación tenga suficiente mérito como para, eventualmente, provocar una condena”].¹¹⁵

Es decir, el órgano jurisdiccional no puede “detener” la acusación hecha sosteniendo, por ejemplo, lo infundada o injusta que ella resulta en un caso concreto, juicio de mérito que sí consagran otros sistemas (como la Ordenanza Procesal Penal de Alemania art. 199 y ss., la audiencia preliminar del proceso italiano, el CPP federal argentino, etc.), más allá de ordenar la corrección de vicios formales, como veremos. Por ello, en palabras de un autor chileno¹¹⁶, el nuevo procedimiento penal de nuestro país, ante esta falta de control, opta por una solución acusatoria “radical”.

2. LA ACUSACIÓN. CONTENIDO. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Para efectos del nuevo procedimiento podemos definir, en forma sencilla, a la acusación como “el requerimiento de apertura del juicio, fundado y formal, formulado por el Fiscal que precisa, desde su posición, el objeto del juicio, lo califica jurídicamente y esgrime los medios de prueba pertinentes”.

Debe contener, en forma clara y precisa:

- a) La individualización del o los acusados y de su defensor;
- b) La relación circunstanciada del o los hechos atribuidos y de su calificación jurídica;
- c) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurren, aun subsidiariamente de la petición principal;
- d) La participación que se atribuye al acusado;
- e) La expresión de los preceptos legales aplicables;
- 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.

Si el fiscal ofrece rendir prueba de testigos, debe presentar una lista, individualizándolos con nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia, salvo el caso del inciso segundo del artículo 307 (cuando existe motivo para temer que la indicación pública de su domicilio puede implicar peligro para el testigo u otra persona). En tal caso, además, debe señalar los puntos sobre los que han de recaer las declaraciones. En el mismo escrito debe individualizar, de igual modo, al perito o los peritos cuya comparecencia solicite, indicando sus títulos o calidades.

Asimismo, de acuerdo al art. 312 CPP, inciso 4° CPP, el Fiscal debe señalar en la acusación el nombre de los testigos a quienes debe pagarse y el monto aproximado de ese pago.

Del contenido de la acusación antes relacionado se denota que, a diferencia de lo que ocurre en los países que han adoptado procedimientos acusatorios puros (Estados Unidos, por ejemplo), el sistema “acusatorio formal” que recoge el nuevo sistema chileno permite evitar que, por razones formales, como un yerro del Fiscal al calificar jurídicamente los hechos, se deba absolver a acusados en casos clamorosos de culpabilidad. Ello porque el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal

puede, perfectamente, aplicar una calificación jurídica distinta a la sostenida por el Ministerio Público e, incluso, apreciar la concurrencia de circunstancias modificatorias agravantes de la responsabilidad penal, siempre que cumpla con el art. 341 del CPP, según advertiremos en su oportunidad.

Principio de congruencia

Como adelantamos, la acusación sólo puede referirse a hechos y personas incluidos en la formalización de la investigación, aunque se efectúe una distinta calificación jurídica (ej.: se formalizó por hurto o por estafa, se acusa por robo o por falsificación de instrumento privado. Esta norma, del inciso final del art. 259 CPP, debe relacionarse con la del inciso primero del art. 341 CPP).

3. LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL. TRÁMITES PREVIOS. ACTUACIÓN DEL QUERELLANTE. FACULTADES DEL ACUSADO

Una vez presentada la acusación, el Juez de Garantía ordena su notificación a todos los intervinientes y cita, dentro de las 24 horas siguientes, a la Audiencia de Preparación del Juicio Oral.

Dicha audiencia debe tener lugar en un plazo no inferior a 25 ni superior a 35 días. Al acusado se le entrega la copia de la acusación, en la que se debe dejar constancia, además, del hecho de encontrarse a su disposición en el tribunal, los antecedentes acumulados durante la investigación.

Actuación del querellante

Hasta 15 días antes de la fecha fijada para la realización de la audiencia de preparación del juicio oral, el querellante, por escrito, puede:

a) Adherir a la acusación del Ministerio Público o acusar particularmente. En este segundo caso, puede:

i) Plantear una distinta calificación de los hechos;

ii) Alegar otras formas de participación del acusado;

iii) Solicitar otra pena; o

iv) Ampliar la acusación del fiscal, extendiéndola a hechos o a imputados distintos, siempre que hayan sido objeto de la formalización de la investigación (se exige congruencia también);

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 debe hacerse en los mismos términos antes analizados respecto del Ministerio Público (acorde con el art. 259 CPP), y

d) Deducir demanda civil, cuando proceda (siempre que tenga, además, la calidad de víctima, en sentido estricto o ampliado, de acuerdo con el art. 108 CPP).

Plazo de notificación al acusado.

Las actuaciones del querellante, las acusaciones particulares, adhesiones y la demanda civil deben ser notificadas al acusado, a más tardar, 10 días antes de la realización de la audiencia de preparación del juicio oral.

Facultades del acusado (art. 263 CPP)

Hasta la víspera del inicio de la audiencia de preparación del juicio oral, por escrito, o al inicio de dicha audiencia, verbalmente, el acusado puede:

a) Señalar los vicios formales de que adolezca el escrito de acusación, requiriendo su corrección;

b) Deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento, y

c) Exponer los argumentos de defensa que considere necesarios y señalar los medios de prueba cuyo examen en el juicio oral solicite, ciñéndose a los mismos términos del art. 259 CPP.

3.1. Las Excepciones de previo y especial pronunciamiento

Habitualmente¹¹⁷, se definen como aquellas que “tienden a corregir el procedimiento o a enervar la acción penal”.

Puede el acusado oponer 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.

Si bien es común a todas las excepciones antedichas el que, de acogerse, su efecto es suspender o poner fin al procedimiento, no todas ellas son iguales desde el punto de vista de su juzgamiento o de su apreciación por el juez. Por ello, el CPP establece una distinción respecto de su necesidad de resolución en esta etapa. Así, las de incompetencia del Juez de Garantía, litis pendencia o falta de autorización para proceder criminalmente deben ser resueltas en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral. Si las acoge, obviamente, dictará el sobreseimiento que corresponda; si las rechaza, se sigue adelante con el procedimiento.

Al respecto, se prescribe que, si el imputado ha planteado excepciones de previo y especial pronunciamiento, el Juez de Garantía (en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral) abre debate sobre la cuestión. Asimismo, si lo estima

pertinente, puede permitir durante la audiencia la presentación de los antecedentes que considere relevantes para la decisión de las excepciones planteadas.

El juez resuelve de inmediato las excepciones de incompetencia, litis pendencia y falta de autorización para proceder criminalmente, si han sido deducidas. La resolución que recae respecto de dichas excepciones es apelable.

Tratándose de las restantes excepciones del art. 264 CPP, el juez puede acoger una o más de las que se dedujeron y decretar el sobreseimiento definitivo, siempre que el fundamento de la decisión se encuentre suficientemente justificado en los antecedentes de la investigación. En caso contrario, deja la resolución de la cuestión planteada para la audiencia del juicio oral. Esta última decisión es inapelable.

A la misma idea responde el hecho que, no obstante lo dicho acerca de las facultades del acusado (según el art. 263 CPP), si las excepciones de cosa juzgada y de extinción de la responsabilidad penal no son deducidas para ser discutidas en la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, pueden ser planteadas en el juicio oral. (art. 265 CPP).

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA DE PREPARACIÓN DEL JUICIO ORAL

A. NOCIÓN PREVIA

Esta audiencia, como todas las audiencias importantes del nuevo sistema, en especial la de formalización de la investigación y la de Juicio Oral, exige la presencia de todos los sujetos procesales necesarios. Ellos son, obviamente, el tribunal, el Fiscal y el imputado con su defensor. No es posible llevar a cabo ninguna de estas audiencias si no se encuentra presente el defensor, bajo pena de nulidad de la realización de todas ellas.

Para fines didácticos, diremos que, en esta audiencia, se pueden discutir fundamentalmente tres tipos de cuestiones. En primer lugar, como antes se detalló, se pueden conocer ciertas excepciones de previo y especial pronunciamiento, que haya deducido el imputado. A continuación, se deben definir los hechos que serán objeto del debate a plantearse en el Juicio Oral.

Tal como hemos expresado anteriormente, “debe existir congruencia entre la acusación y la formalización de la investigación. Pero no sólo debe existir congruencia; también debe existir una descripción suficiente. Esto es, cuando el Fiscal presente su acusación debe exponer, claramente y con precisión, cuáles son los hechos que serán materia del juicio, ello con el objeto de garantizar la contradictoriedad..., para que la defensa pueda prepararlo adecuadamente.

Y, desde este punto de vista, el artículo 259 del Código exige, en lo particular en sus letras b), c) y d), que en la acusación se contengan en forma clara y precisa la relación circunstanciada del o los hechos atribuidos y su calificación jurídica, de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad que concurrieren y de la participación que se atribuyere al acusado. Tanto así como que, si la acusación no contiene, en los términos de la ley, con suficiente claridad esta información que permita delimitar la discusión objeto del juicio, el imputado puede plantear la existencia de vicios formales, es decir, la insuficiencia de la descripción de los hechos, de las circunstancias modificatorias o de la participación en la acusación.

Si el imputado llega a plantear la existencia de algunos de estos vicios formales, el objeto de la audiencia de preparación del juicio oral será, entre otros, que el juez disponga eventualmente que el fiscal aclare o complete su acusación.

Una hipótesis posible –y de allí la importancia de esta materia– es v.gr., que la acusación del fiscal infrinja la exigencia de congruencia entre la formalización de la investigación y la acusación e incluya hechos que no hayan sido previamente objeto de formalización, caso en el cual el juez puede excluir aquellos hechos.

Este es, entonces, el segundo de los temas centrales que se pueden llegar a discutir en la preparación del juicio oral”.¹¹⁸

Finalmente, la tercera de las cuestiones a discutirse es, probablemente, la más importante de todas, cual es la de la preparación de la prueba a rendir en el juicio.

B. ORALIDAD E INMEDIACIÓN

Sin perjuicio que estos dos principios formativos informan, también, el Juicio Oral y volveremos sobre ellos al analizar esa etapa del procedimiento, dejamos dicho aquí, que la Audiencia de Preparación del Juicio Oral debe, asimismo, ser dirigida por el Juez de Garantía, quien la presencia en su totalidad (inmediación), se desarrolla oralmente, y durante su realización no se admite la presentación de escritos (oralidad).

C. RESUMEN DE PRESENTACIONES. DEFENSA ORAL. COMPARECENCIA OBLIGATORIA

Al inicio de la audiencia, el Juez de Garantía debe hacer una exposición sintética de las presentaciones que hayan realizado los intervinientes.

Si el imputado no ha ejercido por escrito las facultades antes analizadas (del art. 263 CPP), el juez le otorga la oportunidad de efectuarlo verbalmente.

La presencia del Fiscal y del defensor del imputado, durante la audiencia, constituye un requisito de validez de ésta.

Si no comparece el Fiscal dicha ausencia debe ser subsanada de inmediato por el tribunal quien, además, pone este hecho en conocimiento del Fiscal Regional. Si no comparece el defensor, el Juez de Garantía declara el abandono de la

defensa, designa un defensor de oficio al imputado y dispone la suspensión de la audiencia por un plazo que no exceda de 5 días, con la finalidad de permitir que el defensor designado se interiorice del caso. Asimismo, la ausencia o abandono injustificados de la audiencia, por parte del defensor o del Fiscal, se sanciona de acuerdo al procedimiento del art. 287 CPP (se puede imponer suspensión del ejercicio profesional hasta por dos meses).

D. CORRECCIÓN DE VICIOS FORMALES

Si el juez considera que la acusación del fiscal, la del querellante o la demanda civil adolecen de vicios formales, ordena que éstos sean subsanados, sin suspender la audiencia, si ello resulta posible.

De lo contrario, ordena la suspensión de ella por el lapso necesario para la corrección del procedimiento, el cual en ningún caso puede exceder de 5 días. Una vez transcurrido ese plazo, si la acusación del querellante o la demanda civil no hubieren sido rectificadas, se tendrán por no presentadas.

Si no ha sido corregida la acusación del fiscal, y a petición de éste, el juez puede otorgar una prórroga hasta por otros 5. No obstante, debe informar al Fiscal Regional.

Ante la eventual desidia del Ministerio Público, si éste no subsana oportunamente los vicios, el Juez de Garantía procede a decretar el sobreseimiento definitivo de la causa, a menos que exista querellante particular, que haya oportunamente deducido acusación o adherido a la del Fiscal. En tal caso, el procedimiento continúa sólo con el querellante y el Ministerio Público no puede volver a intervenir en el mismo.

La falta de una oportuna corrección de los vicios de su acusación constituye, para todos los efectos, una grave infracción a los deberes del Fiscal (téngase presente el art. 50, N° 4) de la LOCMP, en relación con la aplicación de medidas disciplinarias).

E. DEBATE ACERCA DE LA PRUEBA OFRECIDA. EXCLUSIÓN DE PRUEBAS PARA EL JUICIO ORAL

E.1. Normas legales

Se refieren a esta materia los arts. 272 y 276 del CPP que transcribimos y, respecto de los cuales, haremos, a continuación, los comentarios imprescindibles.

“Artículo 272. Debate acerca de las pruebas ofrecidas por las partes. 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, para los fines previstos en los incisos segundo y tercero del artículo 276”.

“Artículo 276. Exclusión de pruebas para el juicio oral. 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.

Si 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 desee 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.

Del mismo modo, el juez excluirá las pruebas que provinieren de actuaciones o diligencias que hubieren sido declaradas nulas y aquéllas que hubieren sido obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales.

Las demás pruebas que se hubieren ofrecido serán admitidas por el juez de garantía al dictar el auto de apertura del juicio oral”.

E.2. Fundamento y objeto de las normas

Como comentáramos antes, el CPP, junto con exigir que la acusación detalle los hechos atribuidos al acusado, reclama a todas las partes que anuncien cuáles serán las pruebas que utilizarán en el Juicio Oral (véase arts. 259, 261 y 263 del Código).

La anterior imposición de mostrar anticipadamente la prueba que se pretende esgrimir, busca lograr que el juicio se realice en forma transparente, entendiendo que éste es una contienda entre partes, donde éstas persiguen convencer al tribunal sobre la corrección y veracidad de las tesis que sustentan en el caso particular de que se trata. Por ello, el CPP contiene una regulación detallada acerca del contenido de las acusaciones y defensas, como se ha visto.

“Desde este punto de vista, la tarea del Juez de Garantía durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral es, precisamente, discutir con las partes la procedencia, la pertinencia, la necesidad y la licitud de las pruebas que ellas han ofrecido.

Esto es lo que, probablemente, constituirá el tema principal de las audiencias de la preparación del juicio oral. Es esto a lo que se va a destinar la mayor parte del tiempo en la preparación del juicio oral, es decir, qué testigos de aquellos que ofrece la acusación son realmente testigos relevantes, cuántos testigos depondrán en el juicio, etc. Si el Fiscal quiere presentar diez testigos sobre un mismo hecho, ¿serán necesarios esos diez testigos o podrá satisfacerse con un número

inferior? Éstas son todas materias que deben discutirse en la preparación del juicio oral y la tarea del Juez de Garantía consistirá, eventualmente, en filtrar la prueba ofrecida.

Es posible, por cierto, que en el cumplimiento de esta tarea el Juez de Garantía sea demasiado estricto, “filtre” en exceso y, eventualmente, ello se pueda traducir en la nulidad de un juicio, el que deberá ser repetido”.¹¹⁹

El legislador restringió la impugnación de la resolución que, en la materia, pronuncie el Juez de Garantía, como se advierte, sólo al eventual recurso de nulidad (a menos que se trate del Ministerio Público, quien puede apelar, pero sólo cuando el fundamento de la exclusión de pruebas por él ofrecidas, se deba a que provengan de diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales).

A la forma de solución del problema recién planteado, que adoptó el legislador, se puede objetar que, de prosperar un recurso de nulidad, ello va a implicar una pérdida de tiempo y recursos. Empero, creemos que cosa muy diversa es una pérdida de recursos versus una “dilapidación” de los mismos. En efecto, resulta evidente que alguien debe tener, en esta etapa procesal, la facultad de delimitar sobre qué versará el juicio oral y ese alguien es el Juez de Garantía.

Sin embargo, la decisión del Juez no es una decisión inconulta o espuria. Para ello, el art. 272 del CPP, que hemos arriba copiado, señala expresamente que las partes, durante la audiencia de preparación, pueden formular las solicitudes, planteamientos y observaciones que estimen relevantes, con relación a las pruebas ofrecidas por los demás.

La solución alternativa, que consistiría en permitir la posibilidad amplia de impugnar la resolución del Juez de Garantía en la materia, “probablemente redundaría en algo mucho peor, como sería la posibilidad de dilatar la realización de todos los juicios, bajo el pretexto de la afectación de garantías a propósito de las decisiones del juez a cuyo cargo está la preparación del juicio oral”.¹²⁰

E.2.A. Esquema de la labor del Juez de Garantía¹²¹

De lo expuesto en el punto anterior, podemos calificar la función del Juez de Garantía en la materia como una “depuración” de la prueba ofrecida. Para los fines antedichos, principalmente, deberá:

a) Establecer cuáles son los hechos que deberán probarse, en forma similar a los actuales “hechos sustanciales y pertinentes, respecto de los cuales hay controversia” del procedimiento civil (art. 318 CPC);

b) En relación con lo anterior, y derivado de ello, el Juez de Garantías debe excluir todos aquellos medios de prueba, ofrecidos por los intervinientes, que sean “manifiestamente impertinentes”, es decir, que apunten a acreditar hechos que no tienen importancia para la resolución del juicio. “Nótese que el precepto sólo permite excluir prueba destinada a probar hechos ‘manifiestamente’ impertinentes, lo que equivale a ordenar que si la falta de importancia para la decisión final no es evidente, clara, si es dudosa, debe permitirse que se rinda, lo que es preferible, ya que será el tribunal oral el que tendrá que sufrir las consecuencias de una errada decisión al respecto por un tribunal que no será el que va a conocer de él”;¹²²

c) Excluir los medios de prueba que tengan por finalidad acreditar “hechos públicos y notorios”, que son “aquellos que tienen una existencia pública general y evidente”¹²³. Estos hechos, por definición, no podrían ser desconocidos para el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. No obstante la “notoriedad” es, en sí, una cuestión de hecho que podría requerir prueba. En caso de duda, el Juez de Garantía debería adoptar la actitud antedicha, no limitando de antemano al tribunal colegiado referido;

d) No aprobar, en los mismos términos ofrecidos, las pruebas testimonial o documental, si estima que ello produciría efectos puramente dilatorios en el Juicio Oral, extendiéndolo de manera abusiva; y

e) Declarar inadmisibles las pruebas provenientes de actuaciones o diligencias declaradas nulas u obtenidas con inobservancia de garantías fundamentales. Es decir, no permitir la llamada “prueba ilícita”, concepto que, someramente, analizaremos a continuación.

E.2.B. La prueba ilícita (prohibiciones de prueba)

En general enfrentaremos una prueba ilícita o cuya utilización está prohibida, cuando estemos en presencia de una prueba obtenida o producida con infracción de derechos fundamentales o de garantías constitucionales de carácter procesal.

Es un principio establecido en doctrina que no se puede aceptar la investigación de la verdad a cualquier precio. Ello equivale a sostener que la investigación y el juicio criminal, sobre todo desde el prisma de los órganos encargados de la persecución penal pública, encuentran un muro infranqueable en el pleno respeto de las garantías y derechos fundamentales del imputado y de los otros intervinientes. “Es cierto que la existencia de las normas sobre prueba ilícita dificulta la aplicación de la sanción penal, ya que impiden que pueda utilizarse cualquier método o medio para obtener la condena, pero precisamente la legitimidad del sistema de justicia penal descansa sobre la base del respeto a los derechos fundamentales. Los órganos estatales no pueden a su vez infringirlos para obtener una condena, en definitiva, en la persecución penal, el fin no justifica los medios”.¹²⁴

El tema de las prohibiciones de prueba no es una novedad en el ámbito procesal penal. “Su formulación data del año 1903 y su autor fue nada menos que Ernst Beling, quien ese año publicó un trabajo cuyo título rezaba: “Las prohibiciones de prueba como límites de la investigación de la verdad en el proceso penal”.

Sin embargo, el tema no prendió en Alemania, ni en el resto de Europa continental, hasta mucho después, específicamente hasta que en 1966 se le trató como objeto central de estudios del Congreso de Juristas Alemanes de ese año.

En la actualidad la teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra ampliamente desarrollado en los Estados Unidos y la República Federal de Alemania, mas también ha comenzado a ser objeto de estudio en numerosos otros países,

principalmente europeos, en especial Francia, Italia y España. Aún así, al menos las ideas básicas parecen haber penetrado ya en la Argentina. Sin perder de vista el hecho que sus características y alcances difieren en no poca medida en cada uno de dichos países, es posible sostener como de general aceptación la definición que de ellas da Gössel, quien las entiende como “los límites establecidos a las actividades de investigación y prueba”.

El desarrollo de la teoría de las prohibiciones de prueba se encuentra íntimamente ligado al reconocimiento y respeto de los derechos y garantías individuales. El proceso penal debe ser un fiel reflejo de la vigencia del principio del Estado de Derecho y en esta tarea las prohibiciones de prueba juegan un rol de gran importancia. Ello no significa que deba llegarse al extremo de eliminar toda posibilidad de afectación de los derechos de las personas, toda vez que “una adecuada administración de justicia penal no es posible sin ciertas facultades procesales de intervención” en los derechos de la persona del inculgado o de terceros”.¹²⁵

Corolario de lo expuesto es que, entre los diversos autores, existe una suerte de acuerdo acerca del sentido del concepto de las prohibiciones de prueba. Sin embargo, en lo que no hay acuerdo es en lo referido a qué hacer con la prueba ilegítimamente obtenida. En otras palabras, si la exclusión de la prueba ilícita se extiende a todas las probanzas que tengan relación con ella o sólo al “corpus” de la infracción. Es decir, supuesta una primera prueba ilícita como consecuencia de la cual, de los datos o antecedentes obtenidos en ella, se logra la obtención de otras pruebas que, ahora sí cumplen con el resguardo y respeto de derechos fundamentales, ¿es legítimo utilizar esas pruebas derivadas de la original ilícita?

Surge, ante la pregunta formulada la doctrina de “los frutos del árbol envenenado o ponzoñoso” (fruit of the poisonous tree doctrine), elaborada por la jurisprudencia anglosajona. “Ella se relaciona, genéricamente, con la imposibilidad de utilizar como prueba en un proceso penal, elementos de convicción obtenidos mediante la violación de garantías fundamentales...Pero más precisamente se vincula con la invalidez del uso procesal de datos probatorios que sin ser el corpus de la violación constitucional (como sería, por ejemplo, la confesión forzada), se han podido conocer o coleccionar gracias a ella (como sería, por ejemplo, el descubrimiento de instrumentos del delito en el lugar indicado en la confesión forzada...)”.

En relación al primer aspecto, existe una generalizada corriente de opinión que niega la posibilidad de dar validez conviccional a cualquier elemento de prueba constitutivo de la vulneración constitucional en sí misma. Tal sería, por ejemplo, el caso de la validez de la confesión obtenida mediante apremios ilegales, cuya descalificación constitucional proviene de expresas disposiciones constitucionales y legales relativas a la libertad de declarar.

Hay divergencias, en cambio, cuando se trata de dar respuesta al problema de las pruebas que, sin configurar en sí mismas el corpus del quebrantamiento a la garantía constitucional, se han conseguido gracias a la vulneración de ésta.

a) La postura que se expide por la validez de aquéllas, se funda sólo en una interpretación de las normas procesales relacionadas con la nulidad, sin tomar en cuenta la operatividad propia de las garantías fundamentales afectadas.

En tal sentido, se ha escrito que “debe ser objeto de cuidadoso análisis (...) si la ineficacia del acto aniquilado acarrea la invalidación de otros actos anteriores, concomitantes o posteriores”, concluyéndose que así ocurrirá sólo cuando “exista una dependencia jurídico-procesal...”, “una derivación causal establecida por la ley, de tal modo que el acto anulado sea condición de la legítima existencia del acto consecuente”. No habrá extensión de la nulidad cuando entre el acto nulo y el que es su consecuencia exista una mera dependencia cronológica o circunstancial, o una derivación causal meramente fáctica”. Esta corriente parece encontrar la solución al problema en el castigo a los funcionarios que obtuvieron la prueba mediante procedimientos inconstitucionales, pero manteniendo la validez y eficacia conviccional de ésta.

b) Quienes sustentamos la postura contraria, pensamos que toda prueba que se obtenga gracias a la violación constitucional, siempre será consecuencia de esta última y, por tanto, tan ilegítima como el quebrantamiento que le dio origen...

Permitir que la justicia, so pretexto de reprimir una infracción legal, se valga de una infracción constitucional sería abiertamente contraria a la prelación normativa... Y equivaldría a admitir que el orden jurídico pueda mantenerse a costa de su propia vulneración, lo que configuraría una contradicción fundamental, destructiva de su esencia”.¹²⁶

En la República Federal de Alemania, en algunos casos, se ha aplicado la “teoría del entorno jurídico”. Acorde con ella la solución al problema debe encontrarse en determinar si, el hecho que exista la infracción de una prohibición de prueba, “ha afectado en forma esencial el entorno jurídico del recurrente, o si, por el contrario, dicha lesión ha tenido un carácter secundario”... ”En otros casos la decisión se ha basado en una consideración de los fines de política criminal perseguidos por la norma aplicable en el caso concreto...”.

Fijando nuestra posición, sin perjuicio de todas las ideas antes expuestas en esta materia, y como se anticipó, pensamos que la cuestión que, en realidad, importa –en el campo estrictamente procesal– es lo que, según la doctrina española se denomina “contaminación” del resto del material probatorio por la prueba o pruebas obtenidas ilícitamente. Pastor Borguñón (B), dice que para considerarse “contaminada” la actividad de recogida de una fuente de prueba por haberse basado en una información obtenida con vulneración de derechos fundamentales, se requiere que el segundo acto sea única y exclusivamente consecuencia del primero, es decir que será ilegítima la incorporación al proceso de la información obtenida “cuando no pueda acreditarse que el investigador hubiera de todas formas realizado la actuación, en base a otros datos o razonamientos”. Así la sentencia del Tribunal Supremo de España (5 de junio de 1995), al referirse a “la fijación del efecto indirecto de la ilicitud probatoria en base al efecto reflejo establecido en el artículo 11.1 de la Ley Orgánica del Poder

Judicial por aplicación de la llamada doctrina del fruto podrido o manchado (“the tainted fruit”) o, genéricamente, doctrina de 'los frutos del árbol envenenado' (...) afirma que se produce la no contaminación de las pruebas restantes si es posible establecer una desconexión causal entre las que fundan la condena y las ilícitamente obtenidas; y que esa desconexión siempre existe en la jurisprudencia norteamericana en los casos de hallazgo inevitable”.¹²⁷

Concordando con la regla que podemos extraer de lo expuesto en el párrafo anterior, creemos –en palabras de Roxin– 128 que, “la valoración de pruebas indirectas sólo puede entrar en consideración (...) cuando conforme al desarrollo precedente de las investigaciones ellas también hubieran sido obtenidas, muy probablemente, sin violación de las reglas del procedimiento”.¹²⁹

Para concluir esta breve referencia a las prohibiciones de prueba, diremos que el CPP, en diversas disposiciones, las establece (como ejemplos: arts. 195 y 196, acerca de los métodos prohibidos de interrogación). Para excluir la prueba obtenida ilegítimamente, al margen de la Audiencia de Preparación, podría utilizarse, eventualmente, el recurso de nulidad, porque se vulneran garantías fundamentales.

F. CONVENCIONES PROBATORIAS

El nuevo CPP (art. 275) permite que, ante el acuerdo unánime de los intervinientes y a petición de ellos, el Juez de Garantía tenga como acreditados ciertos hechos los cuales, por ende, no podrán ser discutidos en el Juicio Oral. Asimismo, se permite al Juez formular proposiciones en esta materia.

Si la solicitud no merece reparos, por conformarse a las alegaciones que hayan hecho los intervinientes, el Juez de Garantía indicará, en el auto de apertura del juicio oral, los hechos que se dan por acreditados, a los cuales debe estarse durante el juicio oral.

G. CONCILIACIÓN SOBRE RESPONSABILIDAD CIVIL

El Juez de Garantía debe llamar al querellante y al imputado a conciliación sobre las acciones civiles que hubiere deducido el primero y proponerles bases de arreglo. Se aplican a este respecto los artículos 263 y 267 del Código de Procedimiento Civil (art. 273 CPP).

Si no se produce acuerdo, el Juez resuelve en la misma audiencia las solicitudes de medidas cautelares reales que la víctima haya formulado al deducir su demanda civil (recordemos que la víctima no necesita interponer querrela para demandar pero puede, sin duda, hacerlo. El querrellarse, como dijimos en su momento, puede marcar algunas diferencias, como en el caso del art. 258 CPP).

H. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En la Audiencia de Preparación del Juicio Oral se puede también debatir, como se verá, acerca de la solicitud de proceder de acuerdo al Procedimiento Abreviado, de los arts. 406 y siguientes del CPP. Dicha solicitud la puede exponer el Fiscal en su escrito de acusación o en forma verbal al inicio de esta audiencia.

[Evidentemente, si se acoge utilizar el procedimiento abreviado, en éste no se rinde prueba para fundamentar la acusación y, la Audiencia de Preparación, no termina por la dictación del auto de apertura del juicio oral].

I. EL AUTO DE APERTURA DEL JUICIO ORAL. CONTENIDO. RECURSOS. ACTUACIONES Y FACULTADES RELACIONADAS

Como ya se sabe, el Auto de Apertura del Juicio Oral, es una resolución que determina el objeto del juicio oral, su contenido, y las pruebas que se deberán recibir en aquél.

Esta resolución se debe dictar al término de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, obviamente en forma verbal, y debe señalar:

- a) El tribunal competente para conocer el juicio oral;
- b) La o las acusaciones que deben ser objeto del juicio y las correcciones formales que se hayan realizado en ellas;
- c) La demanda civil;
- d) Los hechos que se dan por acreditados, en conformidad al art. 275 CPP (Convenciones Probatorias);
- e) Las pruebas que deben rendirse en el juicio oral, de acuerdo a lo que ya hemos analizado; y
- f) La individualización de quienes deben ser citados a la audiencia del juicio oral, con mención de los testigos a los que deba pagarse anticipadamente sus gastos de traslado y habitación y los montos respectivos (lo que es un derecho de estos terceros, según el art. 312 CPP, como analizaremos).

Recursos

El auto de apertura del juicio oral sólo es susceptible del recurso de apelación, cuando lo interponga el Ministerio Público, fundado en la exclusión de pruebas decretada por el Juez de Garantía de acuerdo al inciso 3º del art. 276 CPP (ello implica sólo cuando la exclusión se refiera a prueba proveniente de diligencias anuladas o ilícita). No es apelable por otros intervinientes.

La apelación es concedida en ambos efectos (suspende la tramitación). Ello sin perjuicio de la procedencia, en su caso, del recurso de nulidad en contra de la sentencia definitiva que se dicte en el juicio oral, conforme a las reglas generales.

Nuevo plazo para presentar prueba

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, puede suspender la audiencia hasta por un plazo de 10 días.

Devolución de los documentos de la investigación

El tribunal debe devolver a los intervinientes los documentos que hayan acompañado durante el procedimiento anterior.

Prueba anticipada

Durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral también se puede solicitar la prueba testimonial anticipada conforme a lo ya expuesto (art. 191 CPP).

Asimismo, se puede solicitar la declaración de peritos, cuando sea previsible que la persona de cuya declaración se trata se encontrará en la imposibilidad de concurrir al juicio oral, por alguna de las razones contempladas en el inciso 2º del art. 191 CPP.

Unión y separación de acusaciones

Cuando el Ministerio Público ha formulado diversas acusaciones que el juez considera conveniente someter a un mismo juicio oral, y siempre que ello no perjudique el derecho a defensa, puede unir las y decretar la apertura de un solo juicio oral.

Para ello se requiere que, las varias acusaciones, estén vinculadas por:

- i) Referirse a un mismo hecho o a un mismo imputado; o
- ii) Porque deban ser examinadas unas mismas pruebas.

Por el contrario, el Juez de Garantía puede dictar autos de apertura del juicio oral separados, para distintos hechos o diferentes imputados que estén comprendidos en una misma acusación, cuando, de ser conocida en un solo juicio oral, se pueda provocar graves dificultades en la organización o el desarrollo del juicio o detrimento al derecho de defensa, y siempre que ello no implique el riesgo de provocar decisiones contradictorias.

5. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

En otra parte hemos dicho (a propósito de la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios) que, en un sentido amplio, el procedimiento abreviado es una “salida alternativa” respecto del Juicio Oral. Ello, porque, si se tramita un procedimiento abreviado, no existe juicio oral.

Este procedimiento es una eficaz herramienta con que cuenta el sistema para abreviar la tramitación de los asuntos penales que ingresan. Permite precipitar una decisión judicial sobre la absolución o condena de una persona, directamente por parte del Juez de Garantía, sin necesidad de acudir a un juicio ante el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Este camino importa la renuncia por parte del imputado a su derecho de no ser sancionado penalmente, sino como consecuencia de una condena pronunciada por el tribunal colegiado mencionado. Por ello, para que se pueda acceder al procedimiento abreviado, se requiere el consentimiento del acusado. De ahí se deriva el primer papel que deben asumir los Jueces de Garantía en la materia, cual es controlar que el consentimiento brindado haya sido prestado libre, real e informadamente por el perseguido penalmente.

Con todo, y aun a riesgo de repeticiones majaderas, recalamos que, utilizar este procedimiento abreviado, implica la renuncia al Juicio Oral, no la renuncia a un juicio, como erróneamente, pudiera pensarse. En esta hipótesis existe juicio, dicho juicio termina por una sentencia y dicha resolución puede ser absolutoria o condenatoria (aunque, como se verá, lo más probable es que sea de este último tipo).

5.1. Presupuestos de procedencia

En conformidad al texto actual del artículo 406 del CPP (modificado por la ley N° 19.806), dos son tales supuestos:

a) Que, en la acusación, el Fiscal ha solicitado respecto de los hechos materia de la investigación, 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 (ej.: cinco años de presidio menor en su grado máximo y multa de 40 UTM), y

b) Que el imputado, en conocimiento de los hechos materia de la acusación y de los antecedentes de la investigación que la fundan, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este procedimiento.

[Es decir, no hay una aceptación de culpabilidad a la manera norteamericana, no obstante que, desde que hay una aceptación de los supuestos fácticos de la acusación, es posible establecer alguna vinculación con dicha institución.¹³⁰

Sin embargo, entre los antecedentes de la investigación pueden aparecer circunstancias que favorezcan al acusado las que, en definitiva y oyendo a su defensa, serán ponderadas por el Juez de Garantía. Empero, teniendo presente que la puerta para aplicar este procedimiento la abre el Ministerio Público, con su solicitud para utilizarlo, lo más probable es que la tasa de sentencias condenatorias sea más elevada que en los juicios orales. El Fiscal buscará esta vía cuando sus posibilidades de obtener condena estén “bien aspectadas”.

En este orden de ideas, el CPP no contempla expresamente algún sistema de negociación sobre la cuantía o naturaleza de las penas. “En relación a ellas el único componente del acuerdo a que da lugar el procedimiento abreviado dice relación con el hecho de que el fiscal, y eventualmente el acusador particular, deben establecer en la acusación una solicitud de pena máxima (...). En consecuencia, el beneficio que obtiene en este sentido el imputado que renuncia al juicio [oral] es el de obtener certeza en cuanto a que, dentro de los marcos penales establecidos por la ley, el juez se verá constreñido al máximo determinado por el fiscal en la acusación. De este modo, mientras en el procedimiento normal (juicio oral) el fiscal no está obligado a fijar una pena, aquí sí lo está, lo que otorga certeza al imputado y le significa una rebaja eventual si es que considera que en el procedimiento normal el sentenciador podría haber determinado la pena dentro de sus límites máximos...

Lo anterior constituye la versión más acotada para comprender las posibilidades de negociación sobre la pena. En la práctica es perfectamente posible pensar, no obstante, que estas posibilidades de negociación se puedan extender mucho si entendemos a su vez que los fiscales cuentan con (...) discrecionalidad en cuanto al modo como formulan su acusación a partir del material acumulado en su actividad de preparación. (...) creemos (...) que, en la práctica, en la formulación de la acusación los fiscales hacen una selección de los hechos que van a incluir en la acusación que es bastante discrecional y que obedece a una serie de factores que no son para nada objetivos, entre los cuales destaca su apreciación de las posibilidades que los medios de prueba tienen de generar convicción en el tribunal del juicio, la estrategia de litigación que diseñe o aun su interpretación del derecho aplicable...

Si lo anterior es cierto, de ello se sigue que los fiscales tienen (...) la posibilidad de ofrecer al imputado un abanico muy amplio de posibilidades de rebajas de pena por la vía del manejo del contenido de la acusación (...)ofreciendo rebajas sustanciales de pena por la vía de suprimir hechos o suprimir o agregar circunstancias modificatorias...”].131

En relación con el requisito de procedencia que estamos analizando, el CPP obliga al Juez de Garantía a tener una intervención previa, antes de decidir su aplicación. En efecto, acorde con el art. 409 del Código, antes de resolver la solicitud del Fiscal, el juez debe consultar al acusado a fin de asegurarse que éste ha prestado su conformidad al procedimiento abreviado en forma libre y voluntaria, que 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.

Respecto de estos presupuestos, se deja constancia que, la existencia de varios acusados o la atribución de varios delitos a un mismo acusado, no impide la aplicación de las reglas del procedimiento abreviado a aquellos acusados o delitos respecto de los cuales concurran. Esto significa que, por ejemplo, si hay tres copartícipes en un mismo delito se puede, sin duda, juzgar a uno de ellos abreviando su procedimiento, y arrastrar a los otros dos al juicio oral.

5.2. Oportunidad para solicitar el procedimiento abreviado

La solicitud del Fiscal puede ser planteada al Juez de Garantía por escrito, en la oportunidad que señala el art. 248 CPP (es decir, cerrada la investigación, dentro de 10 días se acusa y, en el escrito de acusación, se pide proceder abreviadamente), o verbalmente, en la misma audiencia de preparación del juicio oral.

En este último caso, el Fiscal y el acusador particular, si lo hay, pueden modificar su acusación, así como la pena requerida, a fin de permitir la tramitación del procedimiento abreviado.

5.3. Oposición del querellante

El querellante sólo puede oponerse al procedimiento abreviado cuando en su acusación particular haya efectuado una calificación jurídica de los hechos, atribuido una forma de participación o señalado circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal diferentes de las esgrimidas por el Fiscal en su acusación y, como consecuencia de ello, la pena solicitada exceda el límite antes señalado (art. 408, en relación al art. 406 CPP).

5.4. Resolución sobre la solicitud

El Juez de Garantía aceptará la solicitud del fiscal y del imputado cuando:

a) Los antecedentes de la investigación sean suficientes para proceder de conformidad a las normas del procedimiento abreviado (arts. 406 a 415 del CPP);

b) La pena solicitada por el fiscal se conforme a los parámetros del inciso primero del art. 406, y

c) Verifique que el acuerdo del acusado haya sido prestado con conocimiento de sus derechos, libre y voluntariamente.

Cuando no lo estime así, o cuando considere fundada la oposición del querellante, debe rechazar la solicitud de procedimiento abreviado y dictar el auto de apertura del juicio oral. En ese evento, se tienen por no formuladas la aceptación de los hechos por parte del acusado y la aceptación de los antecedentes de la investigación, como tampoco las modificaciones de la acusación o de la acusación particular hechas –por el Fiscal o el querellante– para permitir la tramitación abreviada del procedimiento.

Asimismo, el Juez debe ordenar que todos los antecedentes relativos al planteamiento, discusión y resolución de la solicitud de proceder de conformidad al procedimiento abreviado sean eliminados del registro de la audiencia.

5.5. Tramitación

Una vez aceptado el procedimiento abreviado, el juez abre el debate, otorga la palabra al fiscal, quien debe efectuar una exposición resumida de la acusación y de las actuaciones y diligencias de la investigación que la fundamenten.

Enseguida, se da la palabra a los demás intervinientes. En todo caso, la exposición final corresponde siempre al acusado.

5.6. Fallo

Cerrado el debate, el juez dicta sentencia. Existen dos límites absolutos para la eventual sentencia condenatoria, a saber: no puede imponer una pena superior ni más desfavorable a la requerida por el Fiscal o el querellante, según el caso; y no puede emitirse exclusivamente sobre la base de la aceptación de los hechos por parte del imputado.

En ningún caso el procedimiento abreviado impide la concesión de alguna de las medidas alternativas consideradas en la ley, cuando corresponda (ej.: reclusión nocturna, libertad vigilada, etc.).

La sentencia no se pronuncia sobre la demanda civil que haya sido interpuesta (si hay actor civil éste no puede oponerse a la tramitación del procedimiento abreviado, consecuencia lógica de todo lo expuesto y que, expresamente, se decía en el art. 480 del Proyecto de CPP). Sin perjuicio de ello, debemos recordar el art. 68 del CPP, que analizáramos en su oportunidad, al hablar de la acción civil, en la primera parte de este capítulo.

Contenido de la sentencia

Según el art. 412 CPP, debe contener:

- a) La mención del 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 dieron 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 CPP (vale decir, según las reglas generales de apreciación de la prueba, que examinaremos más adelante);
- d) Las razones legales o doctrinales que sirvieran para calificar jurídicamente cada uno de los hechos y sus circunstancias y para fundar su fallo;
- e) La resolución que condenare o absolviera al acusado. La sentencia condenatoria fijará las penas y se pronunciará 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 hubiere dictado.

La sentencia que condena a una pena temporal debe expresar con toda precisión el día desde el cual empezará ésta a contarse y fijar el tiempo de detención o prisión preventiva que deberá servir de abono para su cumplimiento. Además, si la sentencia es condenatoria, debe disponer también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando sea procedente (relacionese esta norma con el art. 189 del CPP, ya analizado).

5.7. Recursos en contra de la sentencia del procedimiento abreviado

La sentencia definitiva sólo es impugnabile por apelación, que se debe conceder en ambos efectos.

Importante es consignar que se da a la Corte de Apelaciones competencia para pronunciarse acerca de la concurrencia de los supuestos del procedimiento abreviado, prescritos en el art. 406 del CPP, antes explicados.

5.8. Normas aplicables en el procedimiento abreviado

Se establece que, se aplican las disposiciones consignadas en los arts. 406 a 414, y en lo no previsto en ellos, las normas comunes del CPP (Libro Primero) y las disposiciones del procedimiento ordinario.

5.9. Otros procedimientos breves. Referencia al procedimiento simplificado y monitorio

Aunque no forman parte del procedimiento ordinario del nuevo CPP, lo que los diferencia del procedimiento abreviado, toda vez que este último debe solicitarse durante la tramitación de un procedimiento ordinario por crimen o simple delito, tienen un carácter de aplicación general, respecto de infracciones de menor entidad (delitos menores o faltas) otros dos procedimientos, a los cuales haremos una muy breve referencia.

Ellos son el procedimiento simplificado y el monitorio. Respecto del primero que, originalmente (según el Proyecto enviado al Parlamento arts. 456 y siguientes), se aplicaría sólo respecto de las faltas, el Senado amplió su aplicación denominándolo procedimiento simplificado, para comprender también a los simples delitos para los cuales el fiscal solicite una pena que no exceda de 540 días de privación de libertad.

En esta medida, es un procedimiento supletorio, no sólo del juicio oral ordinario, sino que del procedimiento abreviado, respecto del conjunto de los simples delitos a los que pudieren serles aplicables ambos (art. 388 CPP).

El procedimiento simplificado se inicia mediante la presentación de un requerimiento del fiscal al Juez de Garantía, en el que solicita la citación inmediata a juicio, exponiendo los antecedentes en que funda dicho requerimiento. A

continuación, el juez debe citar al imputado y demás intervinientes a una audiencia. Iniciada ésta, el juez informa a la víctima y al imputado, cuando corresponda de acuerdo a la naturaleza de los hechos, sobre la posibilidad de celebrar un acuerdo reparatorio y poner término al procedimiento por esa vía. Si no procede, o bien no se produce dicho acuerdo, el imputado tiene la posibilidad de admitir su responsabilidad en el hecho, caso en el cual, si no fueren necesarias otras diligencias, el Juez de Garantía falla de inmediato, aplicándose por regla general sólo pena de multa, salvo que proceda la prisión y el imputado haya sido previamente advertido acerca de esta posibilidad (art. 395 CPP).

En este procedimiento simplificado no se admite la interposición de demandas civiles, salvo la que tenga por objeto la restitución de la cosa o su valor.

Si el imputado solicita que se realice el juicio, éste se lleva a cabo de inmediato: se da lectura al requerimiento y a la querrela, si la hubiere; se oye a los comparecientes; se recibe la prueba y el juez pronuncia sentencia, pudiéndose tomar hasta cinco días para fundamentar por escrito su decisión (debe citar a otra audiencia para dar a conocer el texto escrito).

La audiencia no puede suspenderse, ni aun por falta de comparecencia de alguna de las partes o por no haberse rendido prueba en ella, salvo una excepción calificada, de ausencia de un testigo o perito, citado previamente (art. 396 CPP).

Amén de lo anterior, la Comisión del Senado incluyó una modalidad aún más concentrada, que llamó procedimiento monitorio, para el caso de que se trate de una falta sancionable sólo con pena de multa. (Debe recordarse que, el inciso primero del art. 392 del CPP, fue modificado por la ley N° 19.762, de 13 de enero de 2001, haciendo imperativa la aplicación de este procedimiento respecto de la tramitación de las faltas respecto de las cuales el fiscal pidiera sólo pena de multa).

En esta situación, si el imputado paga la multa, o no controvierte el requerimiento ni el monto de la multa, dentro de 15 días, se entiende que la resolución del tribunal que acoge el requerimiento y ordena el pago de la multa, notificada al imputado, hace las veces de sentencia definitiva ejecutoriada.

Si, por el contrario, el imputado manifiesta su disconformidad, se prosigue el procedimiento simplificado de la manera antes descrita (art. 392 CPP). Cabe destacar que esta institución existe en sistemas comparados, por ejemplo en el alemán, con satisfactorios resultados de descongestión del sistema.

En nuestro país, y según estadísticas confiables¹³², el procedimiento simplificado aparece como el de más frecuente aplicación –sin considerar el monitorio, que no es sino una subespecie del mismo–, representando el 79,29% del total de juicios realizados en el lapso desde la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal y hasta el mes de agosto del año 2002, mientras que el juicio oral alcanza sólo el 6,21% y el abreviado, el 14,48%. Esto significa que, no obstante estar regulado en la nueva ley procesal como un procedimiento especial, en la práctica se ha convertido en la norma, en tanto que el procedimiento ordinario, no pasa de ser la excepción, estadísticamente hablando.

[En relación con el procedimiento simplificado debemos tener presente algunas consideraciones adicionales: en primer lugar, el art. 388 del CPP hace aplicable el procedimiento simplificado a las faltas y simples delitos por los cuales el Ministerio Público solicite una pena privativa de libertad no superior a 540 días. Pero, además, el procedimiento simplificado se aplica también a los delitos de acción privada, aunque la pena exceda el marco señalado por el art. 388 (según dispone el art. 405 del CPP); lo mismo ocurre con los delitos cometidos por menores declarados con discernimiento (art. 28, inc. 2°, parte final, de la Ley de Menores), pues, no obstante que dicha disposición se aplica, en principio, sólo a las faltas o simples delitos sancionados con una pena abstracta no superior a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la frase final “cualquiera sea la pena solicitada por el fiscal”, lo hace extensivo a casos en que la pena concreta sea superior a ese límite por la concurrencia de circunstancias agravantes.

En segundo lugar, es imperioso fijar la atención en el hecho que, el criterio general que determina la aplicación de este procedimiento no está dado por una medida de claro corte objetivo, cual sería la pena abstracta prevista para el delito de que se trate, sino que por la pena concreta propuesta por el fiscal en cada caso, habida consideración del ilícito cometido, del grado de ejecución del delito, de la autoría o participación que se le atribuya al imputado y de la eventual concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad.

Lo anterior puede implicar que, ya sea por la vía de dar por establecida una forma no consumada de comisión del delito (delito frustrado o tentativa) o una forma accesoria de participación (complicidad o encubrimiento), y, especialmente, mediante el reconocimiento de circunstancias atenuantes (recuérdese las posibilidades de rebaja de los arts. 68 y 68 bis del CP), el procedimiento simplificado podría aplicarse teóricamente a simples delitos sancionados con una pena legal abstracta de hasta 5 años, o sea, de presidio menor en su grado máximo (puesto que por sobre ese límite ya se trataría de una pena de crimen), sin que la consideración del fiscal con respecto a tales extremos –apreciación que podría ser errónea– sea susceptible de control alguno. Entre las hipótesis punibles que pueden estar en esta situación se encuentran muchas que no son precisamente de menor entidad, por ejemplo: el homicidio en riña, las lesiones graves, el estupro, el abuso sexual, la estafa y demás defraudaciones por más de 400 UTM, la falsificación de instrumentos públicos, etc., a los que habría que agregar los delitos de la Ley de Cheques que, en virtud de las modificaciones introducidas por la ley N° 19.806, sean de acción privada (que son los de más frecuente ocurrencia). Esto es tanto más grave si se tiene en cuenta que, en el caso de que el imputado acepte su responsabilidad en los hechos, las atenuantes se tienen por existentes sin haber sido probadas, lo que equivale a decir que la sola apreciación del fiscal tiene fuerza vinculante para el juez.

Creemos que, ante la falta de criterios objetivos para determinar claramente, a la luz del problema planteado, en qué casos debería aplicarse esta clase de procedimiento, ya que podría depender de la apreciación del fiscal sobre el hecho delictivo en sus diversos aspectos, es fundamental dilucidar a quién corresponde decidir esta cuestión cuando haya diversidad de opiniones entre el juez y el fiscal. El punto es importante, por cuanto la utilización de este tipo de procedimiento va a determinar también en gran medida la pena aplicable.

El problema no aparece resuelto de manera expresa en el nuevo CPP, que se limita a señalar en el art. 390 que el fiscal solicitará al juez de garantía la citación inmediata a juicio. Cabe preguntarse si el juez estaría obligado a substanciar la causa conforme a este procedimiento por el solo hecho de que el fiscal lo pida o si, por el contrario, tiene algún poder de decisión al respecto.

A primera vista, parecería que el juez está obligado a aceptar el procedimiento simplificado por la forma imperativa en que está redactado el art. 388: “el conocimiento y fallo... se sujetará al procedimiento previsto en este título”, y “se aplicará, además...”. Sin embargo, en el procedimiento abreviado y en el monitorio, que también aceleran la tramitación y evitan el juicio oral, sobre la base de un reconocimiento expreso o tácito de las imputaciones del fiscal por parte del afectado, el juez puede oponerse a la aplicación de esos procedimientos, si estima que los antecedentes son insuficientes para poder resolver o si la pena solicitada no le parece adecuada (arts. 410 y 392 inciso final del CPP). No ocurre lo mismo, en cambio, tratándose del procedimiento simplificado, ya que la única mención de la insuficiencia de los antecedentes es la que hace el art. 390, que se refiere al fiscal, pero nada se dice con respecto al juez. Creemos que no habría razones para negarle en este caso toda posibilidad de control al juez, contrariamente a lo que ocurre incluso en el procedimiento monitorio, que tiene un ámbito de aplicación más reducido, limitado solamente a las faltas que se castigan con pena única de multa siendo, además, este procedimiento sólo una categoría especial dentro del simplificado, y que, admitiendo solamente la aplicación de una pena pecuniaria, induciría a pensar que está sujeto a menos controles que el simplificado propiamente tal.

Una posible solución al problema planteado, en cuanto a la verificación por parte del juez de la procedencia de su aplicación, sería hacer extensiva la norma contenida en el inc. 2º del art. 392, mediante un razonamiento a fortiori, a todo el procedimiento simplificado, en el sentido de que corresponde al juez evaluar si el requerimiento está o no suficientemente fundado y si el monto de la multa (u otra pena) propuesta resulta apropiado. De lo contrario, sería el fiscal el que decidiría no sólo el procedimiento, sino también la pena aplicable, lo cual supondría, en nuestra opinión, el ejercicio de funciones jurisdiccionales, que le están expresamente prohibidas, constitucional y legalmente hablando].

Por último, hacemos dos consideraciones finales, a saber: i) en esta materia deben tenerse presente las instrucciones emanadas de la Corte Suprema, por acuerdo del Tribunal Pleno, de fecha 10 de enero de 2001, que citáramos en referencia a la formalización de la investigación; y ii) La ley N° 19.789 (de 30 de enero del 2002), agregó un nuevo artículo al CPP, el 393 bis, en relación con la aplicación del procedimiento simplificado en la hipótesis de falta o simple delito flagrante. Esta norma permite, en el caso de una persona sorprendida in fraganti cometiendo una falta o un simple delito de aquellos a que da lugar este procedimiento, que el fiscal pueda disponer que el imputado sea puesto a disposición del juez de garantía, para el efecto de comunicarle en la audiencia de control de la detención (a la que se refiere el art. 132 del CPP), en forma verbal, el requerimiento a que se refiere el artículo 391 y proceder de inmediato según lo dispuesto en el Título.

CUARTA PARTE

EL JUICIO ORAL

1. ACTUACIONES PREVIAS

Estas actuaciones, de carácter básicamente formal y administrativo, se contienen en el actual texto del art. 281 del CPP que expone los siguientes pasos:

a) El juez de garantía debe hacer llegar el auto de apertura del juicio oral al tribunal competente, dentro de las 48 horas siguientes a su notificación.

Asimismo, pone a disposición del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal las personas sometidas a prisión preventiva o a otras medidas cautelares personales.

b) Una vez distribuida la causa (de acuerdo al procedimiento objetivo y general que tenga fijado el tribunal, acorde con las normas del COT que detalláramos en su oportunidad), y cuando proceda, el juez presidente de la sala respectiva procede de inmediato a decretar la fecha para la celebración de la audiencia del juicio, la que debe tener lugar no antes de 15 ni después de 60 días desde la notificación del auto de apertura del juicio oral.

Dicho presidente señala, asimismo, la localidad en la cual se constituirá y funcionará el tribunal de juicio oral en lo penal, si se trata de alguno de los casos previstos en el artículo 21 A del Código Orgánico de Tribunales (esa norma expresa que estos tribunales se constituirán y funcionarán en localidades fuera de su lugar de asiento, cuando sea necesario para facilitar la aplicación oportuna de la justicia penal, de conformidad a criterios de distancia, acceso físico y dificultades de traslado de quienes intervienen en el proceso)

En su resolución, el juez presidente indica también el nombre de los jueces que integrarán la sala. Con la aprobación del Juez Presidente del Comité de Jueces, convocará a un número de jueces mayor de tres para que la integren, cuando existan circunstancias que permitan presumir que con el número ordinario no se podrá cumplir con lo exigido en el artículo 284 CPP (presencia ininterrumpida de los jueces que integran el tribunal). Recordemos que, como advertimos al referimos a las normas del COT en la materia (fundamentalmente art. 17, inciso primero, según el actual texto), estos jueces se denominan alternos, que pueden integrar cada sala, con el solo propósito de subrogar, si fuere necesario, a los miembros que se vieren impedidos de continuar participando en el desarrollo del juicio oral, en los términos del art. 76, inciso final, y 281, inciso quinto del CPP, norma esta última que estamos analizando.

c) El juez presidente de la sala ordena, por último, que se cite a la audiencia de todos quienes deban concurrir a ella. El acusado debe ser citado con, a lo menos, 7 días de anticipación a la realización de la audiencia, bajo los apercibimientos previstos en los artículos 33 y 141, inciso cuarto del CPP (detención o prisión preventiva, pago de costas, etc.).

En relación con todas estas actuaciones previas que hemos sintetizado, se impone un comentario preliminar. En efecto, ellas suponen que la parte administrativa del Tribunal (el administrador, las diferentes unidades y los integrantes de las mismas), a la que aludimos en su oportunidad, ha realizado, también, una serie de labores y actuaciones para permitir que efectivamente se celebre el juicio oral. Entre ellas, sólo a modo de ejemplo: la Unidad de Sala debe chequear que las citaciones han sido recibidas, que las partes asistirán (por ejemplo, el juez presidente de la sala que conocerá el juicio, debió enviar una orden al recinto penitenciario que corresponde, a fin de que el imputado privado de libertad concurra a la audiencia), etc.; la Unidad de Servicios debe arreglar la disponibilidad de una sala para la realización del juicio y proveer de todo otro medio material necesario (ej.: un televisor y un equipo de vídeo, si se exhibirá una filmación como prueba); el día del juicio la Unidad de Testigos y Peritos debe encargarse de disponer lugares para la espera de testigos y peritos, antes de su entrada a la audiencia; ese día la Unidad de Administración de Causas debe poner a disposición del juez presidente de la sala la carpeta con los antecedentes requeridos para celebrarlo (auto de apertura del juicio oral, resoluciones anteriores del mismo juez presidente, etc.).¹³³

2. PRINCIPIOS Y NORMAS GENERALES

Como principios básicos del Juicio Oral, en el nuevo procedimiento penal chileno, consideraremos: la inmediación, la continuidad y la concentración, el contradictorio, la publicidad, la libre valoración de la prueba, la identidad física del juzgador y la fundamentación de la decisión judicial.

En el desarrollo de cada uno de estos principios informadores, introduciremos las normas legales pertinentes. Sin perjuicio de lo dicho, acerca de la valoración de la prueba y la fundamentación de la resolución, nos referiremos más adelante, al examinar las normas sobre la prueba y la sentencia del juicio oral, respectivamente.

Se puede observar, de inmediato, una aparente omisión cual es que no hemos mencionado la oralidad, como un principio separado. Sin embargo, como bien se ha señalado, la oralidad no constituye un fin per se, sino que es un instrumento o facilitador de los principios políticos básicos y de las garantías que estructuran el sistema procesal penal.¹³⁴

Con todo, más allá de que sea o no un principio en sí misma, la oralidad permite como ninguna la concreción de los que señalaremos. El CPP, al respecto, dispone (art. 291) 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. Las resoluciones serán dictadas y fundamentadas

verbalmente por el tribunal y se entenderán notificadas desde el momento de su pronunciamiento, debiendo constar en el registro del juicio.

El tribunal no admitirá la presentación de argumentaciones o peticiones por escrito durante la audiencia del juicio oral.

Sin embargo, quienes no pudieren hablar o no lo supieren hacer en el idioma castellano, intervendrán por escrito o por medio de intérpretes.

El acusado sordo o que no pudiese entender el idioma castellano será asistido de un intérprete que le comunicará el contenido de los actos del juicio”.

La norma citada permitirá evitar deformaciones ocurridas en otros países que, aunque han formalmente establecido un juicio oral, en los hechos no lo aplican. “En el ámbito latinoamericano se suele citar como caso paradigmático el del proceso peruano, que establece un juicio oral, una especie de inquisitivo reformado con un juez de instrucción, en el que en la práctica el juicio oral consiste en comparendos sucesivos, un poco a la guisa de lo que hoy día son nuestros juicios sumarios o juicios laborales, en los que a lo que se limitan, en general, los actores es a leer las actas del sumario”.¹³⁵

[Por último, en relación con los principios, aunque no tengan tal carácter stricto sensu, derivados del conjunto de las normas del nuevo procedimiento, se deben tener presente dos criterios básicos, a saber:

i) El hecho que el Juicio Oral es un derecho inalienable de todo individuo perseguido penalmente: ello porque, tanto las salidas alternativas como el procedimiento abreviado requieren el consentimiento libre e informado del imputado, si esta aquiescencia no se manifiesta el Juicio Oral tendrá lugar ineludiblemente, y

ii) El Juicio Oral es un elemento central de la reforma procesal penal, esta característica se hace patente cuando se constata que, a diferencia de lo que ocurre en el CPP de 1906, toda la actividad desplegada durante la etapa de investigación es sólo preparación del Juicio Oral].

2.1. Inmediación

Este principio puede ser abordado desde dos ángulos. Así, existe la intermediación objetiva o material y la subjetiva o formal. Sólo enfocaremos, para el objeto de nuestra exposición, esta última que “exige que el Tribunal que va a dictar la sentencia tome conocimiento directo y en consecuencia se forme así su convicción, del material probatorio que ha sido producido en su presencia, junto a todos los demás sujetos del proceso”¹³⁶. La concreción de este principio sólo es posible en el juicio oral, no en el sistema escrito, donde la recepción de la prueba se caracteriza por estar mediatizada y delegada en oficiales subalternos que, con posterioridad, la vierten en un acta, para que sea conocida por el juez.

Desde luego la intermediación no necesariamente es o debe ser absoluta, porque aunque se trate de un juicio oral, es posible introducir ciertos elementos de prueba por lectura o exhibiéndolos (fotografías, planos, etc.), como se verá.

Al margen de la norma del art. 291 CPP antes citada, este principio se garantiza, entre otras, con lo dispuesto en el inciso 2º del art. 340 CPP, que refiere que “el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral” y, también, con el art. 284 CPP, que detallaremos un poco más adelante.

2.2. Continuidad y concentración

Ellas exigen que “el juicio oral se realice frente a todos los sujetos procesales, desde el inicio hasta su terminación, de una sola vez y en forma sucesiva, sin solución de continuidad, con el propósito de que exista la mayor proximidad entre el momento en que se recibe toda la prueba, formulan las partes argumentaciones y conclusiones sobre ella, deliberan los jueces y se dicta sentencia”. “La concentración está directamente referida a los sujetos del proceso y a la recepción de la prueba [todas las pruebas y todas las peticiones], y la continuidad a los actos procesales que deben realizarse en el juicio”.¹³⁷

El CPP entiende por estos principios el que la audiencia del juicio oral se desarrolla en forma continua y puede prolongarse en sesiones sucesivas, hasta su conclusión. Señala que constituyen, para estos efectos, sesiones sucesivas, aquellas que tengan lugar en el día siguiente o subsiguiente de funcionamiento ordinario del tribunal (art. 282 CPP).

Como excepción a la regla general, se establece (art. 283 CPP) que el juicio oral puede suspenderse hasta por dos veces, por un plazo máximo de 10 días. Si se excede este plazo, el tribunal debe decretar la nulidad de lo obrado en el juicio y ordenar su reinicio. Fuera de estos casos extraordinarios, la interrupción o suspensión no autorizada del juicio, implica su nulidad.

Al efecto, y como dijimos, el artículo referido señala que el tribunal puede 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. Al reanudarla, debe efectuar un breve resumen de los actos realizados hasta ese momento.

Al margen de razones de absoluta necesidad, se preceptúa que el juicio se suspenderá por las causas señaladas en el art. 252 CPP, que son las causales de sobreseimiento temporal. Con todo, se permite que el juicio siga adelante, en el caso del sobreseimiento respecto del imputado rebelde, cuando la declaración de rebeldía se produzca respecto del imputado a quien se le ha otorgado la posibilidad de prestar declaración en el juicio oral (vale decir, el Juicio Oral ya había comenzado), siempre que el tribunal estime que su ulterior presencia no resulta indispensable para la prosecución del juicio o cuando sólo falte la dictación de la sentencia (de toda lógica, supóngase el caso del juicio oral que se ha prolongado por más de un día y el imputado libre, que ha seguido el desarrollo del juicio, decide fugarse).

Reiteramos que la suspensión de la audiencia o la interrupción del juicio oral por un período que exceda de 10 días impide su continuación. En tal caso, el tribunal debe decretar la nulidad de lo obrado en él y ordenar su reinicio.

Cuando sea necesario suspender la audiencia, el tribunal debe comunicar verbalmente la fecha y hora de su continuación, lo que se tiene como suficiente citación.

Finalmente, además, y en relación a la concentración, es menester recordar que todas las cuestiones accesorias (incidentes), que se promuevan durante la audiencia del juicio oral deben resolverse, de inmediato, por el tribunal; sus decisiones en la materia no son susceptibles de ningún recurso (art. 290 CPP).

2.3. Identidad física del juzgador

En virtud de este principio un mismo juez (o unos mismos jueces según el sistema chileno), debe ejercer su función sobre toda la audiencia del debate oral y, además, debe ser él quien personalmente dicte sentencia, sin posibilidad de delegación. Ello garantiza que la decisión final es adoptada por quien o quienes presenciaron en forma directa e inmediata tanto los medios de prueba introducidos en la audiencia, como las alegaciones de los intervinientes sobre todas las cuestiones debatidas.

Este principio se asegura en el CPP (art. 284) cuando expresa que la audiencia del juicio oral se debe realizar con la presencia ininterrumpida de los jueces que integren el tribunal y del fiscal, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 258 CPP (caso de la negativa del Ministerio Público a acusar, evento en el cual el querellante puede ser autorizado a sostener la acusación en el juicio).

Asimismo, se agrega que lo dispuesto en el inciso final del art. 76 del CPP, respecto de la inhabilidad se aplica también a los casos en que, iniciada la audiencia, falte un integrante del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. El inciso citado dispone que, en el evento que se haya inhabilitado a uno o más miembros del tribunal colegiado, dicho órgano debe continuar funcionando con exclusión del o de los jueces que se encuentran en tal situación, si éstos pueden ser reemplazados (recordemos que, según el art. 281 inciso 5° del CPP, pueden haber sido convocados más de tres jueces al juicio oral) o si continuare integrado por, a lo menos dos jueces. En este último caso, obviamente, los dos jueces restantes deben alcanzar unanimidad para pronunciar la sentencia definitiva. Si no se puede reemplazar a los jueces o si sólo queda uno, se anula todo lo obrado en el juicio oral.

Cualquier infracción a lo expuesto implica la nulidad del juicio oral y de la sentencia que se dicte en él (inciso final art. 284 CPP).

2.4. Principio contradictorio

No obstante que este principio informa todo el nuevo procedimiento penal, con eventuales restricciones, principalmente durante la etapa de investigación (v.gr.: diligencias sin conocimiento del afectado), como ya detallamos, durante el juicio oral rige en plenitud.

En relación a esta etapa del procedimiento, el principio del contradictorio garantiza que la producción de las pruebas se hará bajo el control de todos los sujetos procesales, con la finalidad que ellos tengan la facultad de intervenir en dicha producción, formulando preguntas, observaciones, objeciones, aclaraciones y evaluaciones tanto sobre la prueba propia, como respecto de la de los otros.

El control permitido por el principio contradictorio se extiende, asimismo, a las argumentaciones de las partes, debiendo garantizarse que ellas puedan, en todo momento, escuchar de viva voz los argumentos de la contraria, para apoyarlos o rebatirlos.

En el juicio oral que establece el CPP, este principio informa implícitamente toda su regulación. No obstante, en forma explícita, se consagra en las normas sobre interrogatorio de los testigos y peritos (arts. 329 y 330), sobre comunicación entre el acusado y su defensor (art. 327), sobre presencia ininterrumpida del fiscal y el defensor (arts. 284 y 286), sobre presencia del acusado (art. 285), etc.

2.5. Publicidad

Por muchas razones, que sería largo enumerar, es necesario que la justicia penal se ejerza de frente a la comunidad, que los ciudadanos puedan apreciar la manera como los jueces administran justicia, evitando o, al menos, dejando en evidencia los eventuales excesos, o abusos e impidiendo la impunidad.

Al respecto, parecen muy atinentes las siguientes reflexiones: “además de constituir una garantía, el juicio público y su realización por el método oral, constituyen un mecanismo indispensable para que la administración de justicia cumpla con las demás funciones que la sociedad le encomienda. Una de ellas es la de resolver los conflictos, en este caso penales, de un modo que sea percibido como legítimo por la comunidad, con miras a reforzar la confianza de la ciudadanía en el sistema jurídico. Esta función difícilmente puede ser cumplida si los actos constitutivos del proceso no son accesibles o no resultan comprensibles al conjunto de la comunidad. En el mismo sentido el juicio público constituye un componente antíguísimo de la cultura universal, que ha demostrado tener la capacidad de permitir una adecuada socialización del trabajo del sistema judicial y de mejorar su percepción por parte del común de la gente...”

También el proceso penal está llamado a desempeñar un importante efecto preventivo general, que normalmente se atribuye a la etapa de ejecución de la pena. El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico".138

En concreto, aplicando este principio, el CPP, dispone, en su art. 289 y como principio general, que la audiencia del juicio oral debe ser pública.

Sin embargo, el tribunal puede disponer, a petición de parte y por resolución fundada, una o más de ciertas medidas, cuando considere que ellas resultan necesarias para: proteger la intimidad, el honor o la seguridad de cualquier persona que debiere tomar parte en el juicio; o evitar la divulgación de un secreto protegido por la ley. Dichas medidas son:

a) Impedir el acceso u ordenar la salida de personas determinadas de la sala donde se efectúa 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.

Como el principio general es la publicidad (recuérdese, además, el art. 1º del CPP) y reconociendo su función, se permite a los medios de comunicación social fotografiar, filmar o transmitir alguna parte de la audiencia que el tribunal determine, salvo que las partes se opongan a ello. Si sólo alguno de los intervinientes se opone, el tribunal resuelve.

2.6. Otras normas

a) Presencia del acusado en el juicio oral

El principio general es que el acusado debe estar presente durante toda la audiencia. No obstante, el tribunal puede autorizar la salida de la sala del acusado cuando éste lo solicite, ordenando su permanencia en una sala próxima. Asimismo, el tribunal puede disponer que el acusado abandone la sala de audiencia, cuando su comportamiento perturbe el orden. En ambos casos, el tribunal debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la oportuna comparecencia del acusado.

En relación con la eventual salida del acusado, es deber del presidente de la sala informar al acusado de lo ocurrido en su ausencia, en cuanto éste reingrese a la sala de audiencia (art. 285 CPP).

b) Presencia del defensor. Efectos de la ausencia

Es una obligación la presencia del defensor del acusado durante toda la audiencia del juicio oral. Si no está presente, el juicio adolece de nulidad. En este sentido se dice expresamente que tal presencia es un requisito de validez del mismo, y se remite a la norma general del art. 103 CPP (que viéramos, en la primera parte, a propósito de la defensa).

A continuación, se norma que la no comparecencia del defensor a la audiencia constituye abandono de la defensa y obliga al tribunal a designar un defensor penal público (situación que explicáramos al abordar el art. 106 CPP y el abandono de la defensa).

No se puede suspender la audiencia por la falta de comparecencia del defensor elegido por el acusado. En tal caso, se designa de inmediato un defensor penal público al que, obviamente, se concede un período prudente para interiorizarse del caso (no se regula el plazo que se le concedería a este nuevo defensor, pero, al ser una situación de hecho que puede variar, dependerá del caso concreto).

c) Sanción

La ausencia injustificada del defensor o del respectivo fiscal a la audiencia del juicio oral o a alguna de sus sesiones, si se desarrolla en varias, se sanciona con la suspensión del ejercicio de la profesión, hasta por dos meses. En idéntica pena incurre el defensor o fiscal que abandona injustificadamente la audiencia que se está desarrollando.

El tribunal debe imponer la sanción después de escuchar al afectado y recibir la prueba que eventualmente éste ofrezca, si la estima procedente. Al respecto, se deja expresa constancia que no se acepta como justificación valedera la circunstancia de tener el abogado otras actividades profesionales que realizar en la misma oportunidad en que se haya producido su inasistencia o abandono.

d) Ausencia del querellante o de su apoderado

Si el que no concurre es el querellante o su apoderado, o si abandonan la audiencia sin autorización del tribunal, se da lugar a la declaración de abandono de la querrela, prevista en la letra c) del art. 120 CPP (vista en la primera parte, acápite sobre la querrela).

3. FACULTADES DEL PRESIDENTE DE LA SALA. DEBERES Y SANCIONES

3.1. Facultades del juez presidente de la sala en la audiencia del juicio

En esta materia se señala que el juez presidente de la sala tiene importantes atribuciones. Éstas son:

i) Dirigir el debate;

ii) Ordenar la rendición de las pruebas;

iii) Exigir el cumplimiento de las solemnidades que correspondan; y

iv) Moderar la discusión.

En el ejercicio de estas facultades puede impedir que las alegaciones se desvíen hacia aspectos no pertinentes o inadmisibles, pero sin coartar el ejercicio de la acusación ni el derecho a defensa. Asimismo, puede limitar el tiempo del uso de la palabra a las partes que deban intervenir durante el juicio, fijando límites máximos igualitarios para todas ellas o interrumpiendo a quien haga uso manifiestamente abusivo de su facultad.

Además, se le permite ejercer facultades disciplinarias destinadas a mantener el orden y decoro durante el debate, y, en general, a garantizar la eficaz realización del mismo. Usando estas prerrogativas, está facultado para ordenar la limitación del acceso de público a un número determinado de personas; también puede impedir el acceso u ordenar la salida de aquellas personas que se presenten en condiciones incompatibles con la seriedad de la audiencia (art. 292 CPP).

3.2. Deberes de los asistentes a la audiencia

Quiénes asistan a la audiencia deben guardar respeto y silencio mientras no estén autorizados para exponer o deban responder a las preguntas que se les formulen.

Los asistentes no pueden llevar armas ni ningún elemento que pueda perturbar el orden de la audiencia. No pueden adoptar un comportamiento intimidatorio, provocativo o contrario al decoro.

3.3. Sanciones

Aquellos que infrinjan las medidas sobre publicidad que hemos antes detallado (art. 289 CPP) o los deberes expresados (art. 293 CPP), pueden ser sancionados de conformidad con los artículos 530 o 532 del Código Orgánico de Tribunales, como corresponda (amonestación, multas, arresto o suspensión de funciones, según el caso).

Amén de lo anterior, el tribunal puede expulsar a los infractores de la sala. En caso de que el expulsado sea el fiscal o el defensor, debe procederse a su reemplazo antes de continuar el juicio. Si fuere el querellante, se procede en su ausencia y si fuere su abogado, aquél debe reemplazarlo.

4. LA PRUEBA

A. DISPOSICIONES GENERALES

A.1. Oportunidad para la recepción de la prueba

En esta materia, y consecuente con el principio de inmediación, se obliga a que la prueba que haya de servir de base a la sentencia deba rendirse durante la audiencia del juicio oral, salvo las excepciones expresamente previstas en la ley (la prueba “anticipada”, de la que ya nos hicimos cargo, en la segunda parte de este capítulo). En estos últimos casos, la prueba debe ser incorporada en la forma establecida en las normas sobre desarrollo del Juicio Oral, que analizaremos algunos acápite más adelante (art. 296 CPP).

A.2. Libertad de prueba

El CPP expresamente establece que todos los hechos y circunstancias pertinentes para la adecuada solución del caso sometido a enjuiciamiento pueden ser probados por cualquier medio producido e incorporado en conformidad a la ley (art. 295 CPP).

En el mismo orden de ideas, se permite la acreditación por cualquier elemento idóneo, al señalar que pueden admitirse como pruebas 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.

Tratándose de estos medios, el tribunal determina la forma de su incorporación al procedimiento, adecuándola, en lo posible, al medio de prueba más análogo (art. 323 CPP).

Como limitaciones a los medios probatorios encontramos en primer y evidente lugar, los casos de los obtenidos con infracción a los derechos y garantías constitucionales o provenientes de diligencias declaradas nulas (prohibiciones de prueba o prueba ilícita que, como sabemos, pueden ser excluidos, sin perjuicio de la utilización de la nulidad procesal o el recurso de nulidad, durante la Audiencia de Preparación del Juicio Oral, de acuerdo al art. 276 CPP).

En lo que respecta a algunas otras limitaciones de medios de prueba, válidamente obtenidos, mencionaremos por ejemplo a “las prohibiciones contenidas en los arts. 329, 334 inc. 1º y 335: el primero de ellos impide sustituir la declaración de peritos y testigos “por la lectura de los registros en que constaren anteriores declaraciones o de otros documentos que las contuvieran” (con la excepción de la lectura para apoyo de memoria del art. 332); en tanto que el segundo prohíbe dar lectura “a los registros y demás documentos que dieren cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público”; mientras el último de ellos impide incorporar como medios de prueba al juicio oral antecedentes relativos a salidas alternativas o relacionados con la tramitación de procedimiento abreviado”.139

A.3. Valoración de la prueba

1) Sistema del Código de Procedimiento Penal

El régimen de la prueba en el Código de Procedimiento Penal de 1906, se caracteriza porque contiene una variedad de normas que regulan, de antemano, el valor probatorio que el Juez debe otorgarle a ciertos elementos o medios probatorios (v.gr.: arts. 459 –declaración de dos testigos–, 472 –dictamen de dos peritos–, 477 –instrumento público–, etc.); excluyen otros, como la prohibición de acreditar la existencia del hecho punible (el cuerpo del delito), –art. 111, en relación al 110–, mediante la confesión; e inclusive acotan el número de pruebas, como sucede a propósito de los testigos en el plenario –art. 458–, etc.

Para algunos, el CPP de 1906 recoge el sistema de prueba legal o tasada, cuya cabal demostración sería que, como dijimos, se predetermina el valor probatorio de cada medio¹⁴⁰. Otros señalan que, el sistema del CPP de 1906 es la así llamada “teoría negativa de la prueba”, donde el juez ya no se encuentra obligado a someter su convicción al resultado de la prueba legal, debiendo decidir no sólo sobre la base de las reglas legales, como normas mínimas, sino también apoyándose en su convicción personal¹⁴¹. Finalmente, se ha denominado también al sistema del Código referido como de “certeza legal condenatoria y moral absolutoria”.¹⁴²

Lo expuesto precedentemente encuentra su asidero legal en lo preceptuado en el art. 456 bis del CPP (1906), que dispone: “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”.

En esta materia, además, debemos recordar, sin poder extendernos sobre el punto, que existen numerosas disposiciones que, en asuntos penales, permiten apreciar la prueba “en conciencia” o de acuerdo a la “sana crítica” (v.gr.: delitos de hurto o robo, de tráfico de estupefacientes, contra la seguridad del Estado, etc.).

2) Nuevo sistema

El CPP prescribe, en su art. 297: “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.

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 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”.

En primer lugar es claro, desde luego, que el tenor de la norma aludida cambia radicalmente todo el sistema del CPP (1906), cuyas reglas acerca de medios probatorios admitidos, medios prohibidos, valor de los mismos, etc., no se aplican más.

En segundo lugar, el sistema que se consagra es el de la “libre valoración de la prueba” cuya esencia es que consiste en que el juez no se encuentra vinculado a reglas probatorias, es decir a disposiciones legales acerca de la eficacia de las pruebas, a normas que establezcan los presupuestos bajo los cuales un hecho debe considerarse como acreditado. Dicha libertad permite al juez declarar que no ha alcanzado su convicción, en tanto sus razones no cuestionen máximas de experiencia generalmente reconocidas, se funden en mera arbitrariedad o sean absurdas.

[Por ende, resulta obvio que, el sistema de la libre valoración de la prueba no equivale a una absoluta y entera libertad de los jueces, a semejanza de la que tienen los jurados. Éstos no requieren emitir fundamento alguno, aquéllos están obligados a fundamentar su decisión, absolutoria o condenatoria, en términos de permitir la reproducción de su razonamiento].

En relación con el sistema de la libre valoración de la prueba se impone, todavía y por su importancia en la práctica, la mención de algunos criterios que, en el derecho procesal penal alemán lo sustentan y que se podrían aplicar en Chile¹⁴³; ellos son:

a) El sentenciador debe analizar pormenorizadamente los hechos. Es decir, es improcedente que admita simplemente una de varias posibilidades, sin analizar ni comentar las otras;

b) El juez no está autorizado a basar su convicción en máximas de experiencia sin fundamento objetivo. Por ejemplo: i) las relaciones personales del acusado con un testigo no son suficientes para, desde un principio, negarle todo valor probatorio a esa declaración; ii) las mentiras del acusado tampoco prueban, sin más razón, su culpabilidad, ya que no es extraño que un inocente tenga la expectativa de poder mejorar su situación a través de mentiras.

Respecto a estas máximas, ellas son propias de una sociedad en un momento determinado y pueden definirse como “aquellos juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que por encima de estos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”;¹⁴⁴

c) Asimismo debe respetar el conocimiento científicamente afianzado. Al respecto el Tribunal Supremo Federal de Alemania ha dicho: “No existe margen alguno para la formación de la convicción judicial allí donde una circunstancia está verificada por el conocimiento científico”. Antes bien, el juez debe fundar su juicio en una circunstancia que fue inequívocamente averiguada por alguna de las vías generalmente reconocidas por la ciencia específica. También los juicios de probabilidad estadísticos, asegurados científicamente, deberían ser incluidos por el juez como fundamento de una

sentencia a favor del acusado, en tanto ellos, en el caso particular de que se trate, no aparezcan refutados por indicios en contra, asegurados de modo semejante.

(Por el contrario, las relaciones causales no aseguradas por las ciencias naturales no podrían ser incluidas como fundamento de la sentencia; no sería admisible reemplazar la prueba objetiva de dichas ciencias, de la que se carece, por la convicción subjetiva del juez. Sin perjuicio de ello, el Tribunal antes referido ha sostenido –resistido por la doctrina dominante– la tesis de que el juez, después de oír a los peritos, también podría fundar su opinión en suposiciones discutibles científicamente. Esta última posición puede entrar en colisión con el principio *in dubio pro reo*, razón por la cual aparece como más acertada la posición de que una ley de la causalidad sólo debería ser admitida, si no existe duda alguna de su seriedad científica. Bástenos recordar a Galileo.

d) En la valoración de la prueba testimonial el juez es libre. Ello implica, por ejemplo, que puede preferir el testimonio de uno sobre el de varios, no existen reglas sobre inhabilidad, etc.;

e) En relación con las declaraciones del imputado, el juez tiene la misma libertad. Puede darle crédito a ellas, aunque sean contradichas por los testigos (sin embargo, en el sistema del CPP se prohíbe condenar a una persona con el sólo mérito de su declaración –art. 340–. Ello es consecuente con la existencia de la presunción de inocencia y con la exigencia, para desvirtuarla, de, al menos, una mínima actividad probatoria de cargo del Ministerio Público (en lo relativo a esta última exigencia es paradigmática la sentencia del Tribunal Constitucional de España de 28 julio de 1981, que ya citáramos en la primera parte la cual, en lo pertinente, dictaminó: “El principio de libre valoración de la prueba, recogido en el artículo 741 LECr, supone que los distintos elementos de prueba pueden ser libremente ponderados 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 precisa una mínima actividad probatoria producida con las garantías procesales que de alguna forma pueda entenderse de cargo y de la que se pueda deducir, por tanto, la culpabilidad del procesado y es el TC el que ha de estimar la existencia de dicho presupuesto en caso de recurso. Por otra parte, las pruebas a las que se refiere el propio artículo 741 LECr son “las pruebas practicadas en el juicio”. Luego, el Tribunal penal sólo queda vinculado a lo alegado y probado dentro de él”.

f) En relación con lo anterior, ante una eventual colisión de la libre valoración de la prueba con el derecho del imputado o ciertos testigos a declarar, debe distinguirse:

i) Si el imputado se niega absolutamente a declarar, ese hecho no puede ser objeto de valoración;

ii) Si el imputado se niega solamente a contestar determinadas preguntas, su silencio podría ser objeto de valoración, ya que, en tal hipótesis, y en palabras del Tribunal Supremo Alemán “se convierte el mismo, por libre decisión en un medio de prueba y, con ello, se somete a la libre valoración de la prueba”. Ello no se aplicaría cuando se admita declarar respecto de uno de varios hechos punibles que sean materia de una misma acusación. En tal evento, su silencio no puede ser utilizado en su perjuicio con respecto al otro hecho sobre el que no declara;

iii) La negativa a declarar de un testigo a quien la ley otorga tal derecho, no puede ser valorada en perjuicio del imputado. Ello no rige respecto a la negativa de responder sólo ciertas preguntas. En tal caso es aplicable lo antes dicho;

g) La prueba indiciaria (presunciones) es admisible;

h) Los hechos públicos y notorios no requieren de prueba. En todo caso, ellos deben ser introducidos como objeto del debate en la audiencia.

Asimismo, recordemos que, sin perjuicio de lo expuesto, decir que la valoración de la prueba es libre no significa que pueda ser arbitraria. Sabemos que debe ser valorada, al menos, una prueba rendida, sin que baste la sola declaración del imputado. Además, la única prueba que puede ser apreciada es la que se rinde en la audiencia del juicio oral (art. 296, en relación con el 340, inciso 2º CPP), sólo ella puede formar convicción y, para construir dicho convencimiento, es imprescindible que se respeten las reglas de la lógica, los conocimientos científicamente afianzados y las máximas de la experiencia (art. 297 CPP).

Y, finalmente, la prueba debe ser valorada tanto para acogerla como formadora de convicción, como para desecharla por no lograrlo (art. 297, inciso 2º).

2.1. Referencia histórica

La vinculación existente entre la libre apreciación de la prueba y el sistema acusatorio tiene profundas raíces históricas.

Originalmente (en el derecho pre-románico por ejemplo) no se encontraban límites explícitos para el tribunal al valorar las probanzas (fuera éste un “consejo de notables”, el Jefe de la tribu, o la “gerusia” griega). Las distintas regulaciones normativas de la prueba fueron producto de la formalización y de la escrituración del proceso, la cual se suele hacer coincidir con la decadencia del Derecho Romano clásico y que alcanzó su punto cúlmine en plena Edad Media, con el reinado del sistema inquisitivo.

Posteriormente, en los países de la Europa continental, con las modificaciones ilustradas, la caída del Antiguo Régimen, a manos de la Revolución (y por ende el proceso inquisitivo escrito) se comienza a valorar, como modelo a seguir, el sistema inglés y su proceso acusatorio con jurados.

Por ende, adviene un cambio radical en materia probatoria, porque el jurado (legos) sólo puede fallar apreciando libremente las pruebas, siendo incompatible con el sistema de prueba legal o tarifada. Sin embargo, además, para algunos (como Mittermaier) era inconcebible que a jueces profesionales se le otorgasen facultades de libre apreciación.

En este punto es menester recordar que, la forma de valoración del jurado se solía llamar “de la íntima convicción”, que eximía de la obligación de fundamentar la apreciación realizada. El Código de Instrucción Criminal Napoleónico (1808) recogió el sistema de la libre convicción en Francia y eximió de tal obligación.

En Alemania, la introducción de la libre valoración de la prueba se produjo con tardanza respecto del fenómeno francés. Los orígenes del tal sistema se remontan a Prusia, con motivo de las Ordenanzas de los tribunales camerales de 1740 y 1754, que suprimieron la tortura pero, prescindiendo de ello, la libertad de valoración sólo se abrió paso en Alemania en el siglo XIX. Concretamente, la Ordenanza Procesal Penal de 1877, consagró (artículo 260, actual 261): “sobre el resultado de la recepción de la prueba decide el tribunal según su libre convicción extraída de la totalidad del juicio”. Tal apotegma se entendió, primeramente como la no necesidad de fundamentar la apreciación, incluso cuando el tribunal estuviese integrado, total o parcialmente, por jueces letrados aunque estos últimos, en algunos casos, emitían sentencias fundadas. Ello era importante porque, mientras no existió la motivación de la sentencia, el control de la valoración hecha escapó a la competencia del tribunal de casación.

Con la desaparición en Alemania de los jurados (1924) y pese a que las normas positivas acerca de la prueba no se modificaron, los tribunales de instancia comenzaron paulatinamente a fundamentar sus sentencias en lo relativo a la valoración hecha.

En España la evolución fue distinta y más lenta. Una vez abandonada la prueba tasada, en un principio (y hasta 1981) se entendió que la libertad del juzgador frente a la averiguación de los hechos era básicamente ilimitada. Además se permitió la utilización de cualquier material probatorio existente en el proceso, incluyendo los resultados de la investigación durante la fase de instrucción e, inclusive, los elementos resultantes de los atestados policiales.

Esa concepción varió radicalmente a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional de 1981, a la que aludimos arriba, que interpretó el artículo 741 de la LECr, exigiendo una actividad probatoria mínima, producida con todas las garantías procesales, para desvirtuar la presunción de inocencia y poder emitir sentencia condenatoria. De esa resolución, y de otras posteriores, se extrajeron diversas e importantes consecuencias, las que se mantienen vigentes, entre ellas:

- 1) No basta, aunque exista, la sola íntima convicción del jurisdicente;
- 2) Se requiere (sentencia del TC 174/1985) que las pruebas tengan un contenido “objetivamente incriminatorio”;
- 3) Se deben respetar directrices o pautas de signo objetivo (lógica, razón, conocimiento científicamente afianzado), y
- 4) Se debe motivar, fundamentar la sentencia bajo esos parámetros. Tal motivación permite el control por parte del

Tribunal de Casación.

A.4. Necesidad de la prueba

En el proceso civil, dominado por el principio dispositivo, sólo necesitan ser probados los hechos discutidos. En cambio, en el proceso penal, deben ser probados todos los hechos que, de algún modo, son importantes para la decisión judicial. De acuerdo a la premisa anterior, los siguientes son los hechos que necesitan ser probados¹⁴⁵, a saber:

1) Hechos directamente importantes

Bajo este epígrafe encontramos todas las circunstancias que fundamentan por sí mismas la punibilidad (ej.: testigo Z observó al asesino disparando al occiso) o la excluyen (el testigo vio que A, que dio muerte a B, fue agredido por éste.)

2) Indicios

Ellos son los hechos que permiten extraer una conclusión de un hecho directamente importante (ej.: el hecho de que el sospechoso del asesinato, inmediatamente antes del homicidio de X, lo amenazó de muerte o, después del hecho, quitó manchas de sangre de su pantalón).

3) Hechos que ayudan a la prueba o hechos auxiliares

Éstos son aquellos que permiten extraer una conclusión acerca de la calidad o fiabilidad de un medio de prueba (ej.: respecto de la veracidad o la memoria de un testigo). La denominación del epígrafe es la que da la doctrina alemana a estos hechos que, también, son objeto de prueba (“Hilfstatsachen”).

Ahora bien, a esta categoría la doctrina procesal penal española la denomina “Prueba sobre la Prueba”, recogiendo un concepto utilizado por el Tribunal Supremo de España, idea que incluye, además de lo antes referido, la necesidad de que, en ciertos casos, se prueben determinadas “máximas de experiencia” que también, en cuanto necesiten ser acreditadas al Juez, devienen en “prueba sobre la prueba” (una idea sintética acerca de qué es lo que engloba este concepto es: “...el objeto de la prueba sobre la prueba lo constituyen hechos y máximas de la experiencia, que no forman parte del objeto del proceso penal y que, si adquieren certeza para el tribunal juzgador, le permitirán valorar adecuadamente otras pruebas que se hayan practicado en el juicio oral”).¹⁴⁶

4) Hechos notorios

Como dijimos en la letra h) anterior, en principio los hechos públicos y notorios no requieren de prueba y, en todo caso, ellos deben ser introducidos como objeto del debate en la audiencia. Sin embargo, la “notoriedad” de un hecho puede ser objeto de prueba. Eso sí, la mera afirmación de lo contrario no basta para obligar a la recepción de prueba a ese respecto,

antes bien, para ello deben introducirse circunstancias que despierten dudas razonables acerca de la verdad del hecho considerado como verídico en un primer momento.

A.5. Finalidad de la prueba

i) En el sistema inquisitivo la finalidad de la prueba (y, en realidad de todo el procedimiento criminal) es la búsqueda de la verdad real o material. Ello porque, en definitiva, ese es el único objetivo deseable.

Lo anterior se explica porque el delito es un verdadero “pecado social” y, como tal, debe ser sancionado a como dé lugar. Por ello es que, en tal tipo de sistema criminal, no se establecen límites a la duración del proceso y, además, cualquier obstáculo procesal o de garantía que se oponga a esa finalidad debería poder ser sobrepasado o soslayado por aquel fin superior de punición. Bajo tal lógica inquisitiva no se justificaría, en consecuencia, la existencia de prueba ilícita o prohibiciones probatorias y, amén de ello, la confesión es la reina de las pruebas posibles (produce una verdadera “redención” del delincuente que confiesa).

ii) Por el contrario, en el sistema acusatorio, el objetivo de la actividad probatoria es mucho más modesto: formar convicción acerca de la efectividad del relato de hechos contenido en la acusación o en la defensa. De tal guisa que, si se logra el convencimiento del juzgador se obtendrá una sentencia condenatoria, si aquél no se logra la resolución será de signo absolutorio.

En definitiva, la finalidad que se puede atribuir a la prueba en un proceso penal moderno es la formación del convencimiento del tribunal de acuerdo a determinadas reglas probatorias y siempre respetando las garantías de las personas (ello no significa que a la sociedad –y al propio juez– no le interese en absoluto tratar de acercarse a la “verdad real”: para ello existen mecanismos de control destinados a tratar de asegurar que el relato que se establece en la sentencia sea lo más acorde posible con lo realmente acontecido, tales como: la necesidad de fundamentar la sentencia; la existencia de recursos para impugnar una decisión desviada; la publicidad de las actuaciones, etc.).¹⁴⁷

A.6. Prueba de las acciones civiles

Se preocupa de esta materia el art. 324 del CPP, norma que citamos en la Primera Parte de este Capítulo, a propósito de las acciones civiles en el nuevo procedimiento penal.

B. MEDIOS DE PRUEBA EN PARTICULAR

B.1. No regulados expresamente

Rige en esta materia el art. 323 del CPP, al cual ya aludimos antes, al referirnos a la libertad de prueba (letra A.3).

Consecuencia de la norma citada es que, en nuestro país, se viene a consagrar una solución que se ha acogido en otros ordenamientos, como por ejemplo en Argentina, Colombia, Guatemala, Perú, etc. De acuerdo con ella, las pruebas no previstas expresamente, se practican por analogía con los medios de prueba más semejantes, que tengan una reglamentación expresa. “Se trata de una solución que otorga libertad al juez para decidir cuál es el medio de prueba para incorporar las fuentes de prueba no previstas expresamente en la ley. No obstante, hay que reconocer que generalmente nos encontramos ante elementos materiales de fijación de hechos, entre los que, por ejemplo, se deben situar todos los señalados en el recién citado artículo, los cuales se habrán de terminar por asimilar a la prueba documental [de acuerdo al art. 333 del CPP, que analizaremos más adelante]”.¹⁴⁸

B.2. Medios regulados en forma expresa

Debemos recordar que las normas de los arts. 298 a 323 del CPP, son de aplicación a cualquier etapa del procedimiento.

1) Declaraciones del imputado

Como hemos revisado antes (Capítulo III, Primera Parte, 2.3) letra B) y siguientes), el nuevo procedimiento penal recoge expresamente el derecho del imputado en un proceso penal a no prestar declaración, a guardar silencio. Expresamente se consagra el carácter de medio de defensa de la declaración del perseguido criminalmente. Respecto de su declaración en esta etapa (fase en la cual, lógicamente, se hablará de “acusado” y no de imputado), deben tenerse presentes, entre otros, los arts. 326, 327, 330 y 338 del CPP.

La primera de dichas normas regula la facultad del acusado de prestar declaración durante el juicio. Se señala que aquél puede, a indicación del juez presidente, manifestar libremente lo que creyere conveniente respecto de la o las acusaciones en su contra.

Luego puede ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese orden. Finalmente, el o los jueces pueden formularle preguntas dirigidas a aclarar sus dichos. Asimismo, puede el acusado, en cualquier estado del juicio, solicitar ser oído con el fin de aclarar o complementar sus dichos.

El art. 327 CPP, por su parte, establece que el acusado puede, en todo momento, comunicarse libremente con su defensor, sin perturbar el orden de la audiencia, salvo mientras presta declaración.

En relación con los métodos de interrogación, y en concordancia con las reglas que ya hemos detallado, se prohíben preguntas capciosas, sugestivas, inductivas o engañosas (art. 330 CPP).

Con respecto a anteriores declaraciones el principio es que no se pueden leer. Sin embargo, como toda regla general, reconoce excepciones. La primera de ellas es la de la letra b) del art. 331 CPP; ella permite leer declaraciones anteriores del imputado si éstas constan en registros o dictámenes que todas las partes acuerdan incorporar al Juicio Oral, con aquiescencia del tribunal. La segunda excepción es la denominada “lectura para apoyo de memoria”, del art. 332; según esa norma, después que el acusado ha prestado declaración en el juicio oral, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el fiscal o el Juez de Garantía, cuando sea necesario para ayudar la memoria del acusado, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar las aclaraciones pertinentes.

Finalmente el acusado siempre tiene la “última palabra” en el juicio oral, según señala el inciso final del art. 338, antes de que se clausure el debate.

2) Testigos

Son todos aquellos terceros, vale decir no intervinientes en el procedimiento, que prestan declaración en el juicio sobre los hechos objeto de controversia. La diferencia entre los testigos, sea presenciales o de oídas, y los peritos, es que estos últimos no deponen sobre su conocimiento de los hechos, sino sobre conocimientos propios de su ciencia o arte, lo que no sucede con los primeros, salvo en una situación excepcional en que el testigo sea, a la vez, perito.

Normalmente, los testigos deben ser ubicados e identificados por los intervinientes (principalmente el Ministerio Público, por medio de las policías), que tienen interés en su testimonio y, las más de las veces, podrá tratarse de personas que no tienen un especial afán de atestiguar. Consecuentemente, el CPP establece una serie de obligaciones en tal sentido, buscando primero lograr la comparecencia y, segundo, obtener la declaración. Empero, también se reconocen una serie de prerrogativas para los testigos, propias de un sistema penal respetuoso de las garantías individuales. A continuación, analizaremos estas prescripciones.

2.1) Deber de comparecer y deber de declarar

El principio general es que toda persona que no se encuentre legalmente exceptuada tiene la obligación de concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración y el deber de declarar la verdad sobre lo que se le pregunte y de no ocultar hechos, circunstancias o elementos acerca del contenido de su declaración (art. 298 CPP). Análogo deber se establece en el inciso 1º del actual CPP (1906).

2.2) Citación

Para la citación de los testigos rigen las normas generales del Párrafo 4º del Título II del Libro Primero del CPP, básicamente, el art. 33 (que establece la posibilidad de apercibimiento al testigo).

En casos urgentes, los testigos pueden ser citados por cualquier medio, haciéndose constar el motivo de la urgencia. Con todo, en estos casos no procede la aplicación de los apercibimientos previstos en el art. 33 CPP, sino una vez practicada la citación con las formalidades legales.

Si el testigo legalmente citado no comparece sin justa causa, se procede conforme al inciso tercero del art. 33 CPP. Además, puede imponérsele el pago de las costas provocadas por su inasistencia.

2.3) Renuencia a declarar

El testigo que se niega, sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso segundo del art. 240 del CPC (desacato, reclusión menor en su grado medio a máximo).

2.4) Excepciones a la obligación de comparecencia

Al igual que lo previsto en el art. 191 del aún vigente CPP (1906), se establecen excepciones a la obligación de comparecencia, en razón del estado o investidura de la persona, señalando que no están obligados a concurrir:

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 a los tratados vigentes sobre la materia, y

d) Los que, por enfermedad grave u otro impedimento calificado por el tribunal, se hallen en imposibilidad de hacerlo.

Con todo, si las personas enumeradas en las letras a), b) y d) renuncian a su derecho a no comparecer, deben prestar declaración conforme a las reglas generales.

También deben hacerlo si el llamamiento lo ha hecho el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal y la unanimidad de los miembros de la sala, por razones fundadas, estima necesaria su concurrencia ante el tribunal.

La declaración de las personas exceptuadas del deber de comparecencia, salvo que quieran o, excepcionalmente como dijimos, deban concurrir se presta de acuerdo a lo señalado en el art. 301 CPP. Esta norma señala que, tales testigos, son interrogados en el lugar en que ejercen sus funciones o en su domicilio. Al efecto, deben proponer oportunamente la fecha y

el lugar correspondientes, si no lo hacen, éstos los fija el tribunal. En caso de inasistencia del testigo, se aplican las normas generales (apercibimientos).

A la audiencia ante el tribunal tienen siempre derecho a asistir los intervinientes. El tribunal puede calificar las preguntas que se dirijan al testigo, teniendo en cuenta su pertinencia con los hechos y la investidura o estado del deponente.

Las personas que menciona la letra c) del art. 301 CPP (que gozan de inmunidad diplomática), declaran por informe, si consienten a ello voluntariamente. Al efecto se les debe dirigir un oficio respetuoso, por medio del ministerio respectivo.

Vale decir, respecto a estas personas, la excepción se refiere a la obligación de comparecer y, también, a la de declarar, atendido que sólo están obligados a deponer si lo desean.

2.5) Excepciones a la obligación de declarar

Estas excepciones son más amplias que las previstas en el art. 201 del actual CPP (1906). Ello es consecuente, porque, en el nuevo procedimiento, son más las personas que pueden servir como testigos (no hay inhabilidades, como se verá).

2.5.1) Por motivos personales

(Parentesco, convivencia, razones de inmadurez o de insuficiencia o alteración de sus facultades mentales).

A este respecto se prescribe 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.

Si se trata de personas que, por su inmadurez o por insuficiencia o alteración de sus facultades mentales, no comprenden el significado de la facultad de abstenerse, se requiere la decisión del representante legal o, en su caso, de un curador designado al efecto. Si el representante está interviniendo en el procedimiento (una posibilidad para ello sería, por ejemplo, que estuviera actuando como “víctima”, ante la imposibilidad del directamente ofendido con el delito, en los términos del art. 108 CPP. Otra, que puede ser habitual, es que el representante esté involucrado en el delito), se debe designar un curador, quien debe resguardar los intereses del testigo.

La sola circunstancia de que el testigo sea menor de edad no configura necesariamente alguna de las situaciones antes examinadas.

En todo caso se previene que, todas las personas que tienen facultad de abstenerse de declarar, por los motivos del art. 302 CPP, deben ser informadas acerca de tal facultad de abstenerse, antes de comenzar cada declaración. Asimismo, se faculta a estos testigos para retractarse, en cualquier momento, del consentimiento que hayan dado para prestar su declaración. Si se trata de las personas mencionadas en el inciso segundo de esa norma (inmadurez o falta de plenas facultades mentales), la declaración se debe llevar siempre a cabo en presencia del representante legal o curador.

2.5.2) Por razones de secreto

Se expresa que, tampoco están obligadas a declarar aquellas personas que, por su estado, profesión o función legal, como el abogado, médico o confesor, tengan el deber de guardar el secreto que se les haya confiado, pero únicamente en lo que se refiriere a dicho secreto (idéntico tenor al del art. 201 N° 1 del CPP 1906).

Empero, las personas mencionadas no pueden invocar la facultad que se les reconoce cuando se las releve del deber de guardar secreto por aquél que lo hubiere confiado.

2.5.3) Deber de comparecencia. Declaración obligatoria en otros casos

No obstante su facultad de no declarar, todas las personas exentas deben comparecer a la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surge la facultad de abstenerse que invocan. El tribunal puede considerar como suficiente el juramento o promesa que los mencionados testigos presten acerca de la veracidad del hecho fundante de la facultad invocada.

Además, y lógicamente, estos testigos exentos están obligados a declarar respecto de los demás imputados con quienes no estén vinculados de alguna de las maneras antes descritas, a menos que su declaración pueda comprometer a aquéllos con quienes exista dicha relación.

2.6) Principio de no autoincriminación

Todo testigo tiene el derecho de negarse a responder aquellas preguntas cuya respuesta pueda acarrearle peligro de persecución penal por un delito.

El mismo derecho tiene cuando, por su declaración, pueda incriminar a alguno de los parientes mencionados en el inciso 1°, del art. 302 CPP.

2.7) Juramento o promesa

Todo testigo, antes de comenzar su declaración, debe 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.

No se toma juramento o promesa a los testigos menores de 18 años, ni a aquéllos de quienes el tribunal sospeche que pueden haber tomado parte en los hechos investigados. Se debe hacer constar en el registro la omisión del juramento o promesa y las causas de ello.

El tribunal, si lo estima necesario, debe instruir al testigo acerca del sentido del juramento o promesa y de su obligación de ser veraz, así como de las penas con las cuales la ley castiga el delito de falso testimonio en causa criminal.

2.8) Individualización del testigo

La declaración del testigo comienza por el señalamiento de los antecedentes relativos a su persona, en especial sus nombres y apellidos, edad, lugar de nacimiento, estado, profesión, industria o empleo y residencia o domicilio, todo ello sin perjuicio de las excepciones contenidas en leyes especiales (como sería, en la actualidad, la Ley N° 19.366, sobre Tráfico de Estupefácidos, sin perjuicio que su articulado está siendo revisado por el Legislativo, para adecuarlo a la nueva legislación penal, como se verá en el último capítulo de este Manual).

Si existe motivo para temer que la indicación pública de su domicilio puede implicar peligro para el testigo u otra persona, el presidente de la sala o el juez, en su caso, está facultado para autorizar al testigo a no responder a dicha pregunta durante la audiencia.

Si el testigo hace uso del derecho antes previsto, queda prohibida la divulgación, en cualquier forma, de su identidad o de antecedentes que conduzcan a ella. El tribunal debe, expresamente, decretar esta prohibición. La infracción a esta norma es sancionada con la pena que establece el inciso segundo del art. 240 del CPC, en relación a quien proporcione la información. En caso de que la información sea difundida por algún medio de comunicación social, además se impone a su director una multa de 10 a 50 ingresos mínimos mensuales.

2.9) Protección a los testigos

El tribunal, en casos graves y calificados, puede disponer medidas especiales destinadas a proteger la seguridad del testigo que lo solicite. Dichas medidas duran el tiempo razonable que el tribunal disponga y pueden ser renovadas cuantas veces sea necesario.

De igual forma, el Ministerio Público, de oficio o a petición del interesado, debe adoptar las medidas que sean procedentes para conferir al testigo, antes o después de prestadas sus declaraciones, la debida protección (se trata aquí de declaraciones prestadas durante la etapa de investigación (art. 308 CPP).

2.10) Tipos de testigos. Ámbito de la declaración

Otra novedad de la nueva legislación es que en el procedimiento penal no existirán testigos inhábiles. No obstante, bajo la luz del principio del contradictorio, se permite a los intervinientes dirigir al testigo, preguntas tendientes a demostrar su credibilidad o falta de ella, la existencia de vínculos con alguno de los intervinientes que afecten o puedan afectar su imparcialidad, o algún otro defecto de idoneidad.

Se señala que todo testigo dará razón circunstanciada de los hechos sobre los cuales declara, expresando si los ha presenciado, si los deduce de antecedentes que le son conocidos o si los ha oído referir a otras personas.

Desde ese exclusivo punto de vista, se puede mantener entonces la clasificación actual entre testigos “presenciales” o “de oídas”, aunque no incida en su valor probatorio o falta de éste, según hemos advertido.

Menores de edad

El testigo menor de edad sólo será interrogado por el presidente de la sala, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Esta excepción, de toda lógica, permite conciliar la debida protección al menor, con la vigencia del contradictorio.

Sordos o Mudos

Si el testigo es sordo, las preguntas le son dirigidas por escrito; y si es mudo, contestará por escrito.

Si no es posible proceder de esa manera, la declaración del testigo es recibida por intermedio de una o más personas que puedan entenderse con él por signos o que comprendan a los sordomudos. Estas personas deben prestar previamente el juramento o promesa del art. 306 (art. 311 CPP).

2.11) Otros derechos específicos del testigo

El deponente que carece de medios suficientes o vive solamente de su remuneración, tiene derecho a que la persona que lo presenta le indemnice la pérdida que le ocasiona su comparecencia para prestar declaración y le pague, anticipadamente, los gastos de traslado y habitación, si proceden.

Se entiende renunciado este derecho si no se ejerce en el plazo de 20 días, contado desde la fecha en que se preste la declaración.

En caso de desacuerdo, estos gastos serán regulados por el tribunal (Juez de Garantía o Tribunal Oral en lo Penal, según la etapa en que se preste la declaración), a simple requerimiento del interesado, sin forma de juicio y sin ulterior recurso.

En el caso de testigos presentados por el Ministerio Público, o por intervinientes que gocen del privilegio de pobreza, la indemnización debe ser pagada anticipadamente por el Fisco y con este fin, tales intervinientes deben expresar en sus escritos de acusación o contestación el nombre de los testigos a quien debe efectuarse el pago y el monto aproximado a que el mismo alcanzará.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de la resolución que resuelva acerca de las costas de la causa (art. 312 CPP).

Finalmente se prescribe (art. 313 CPP) que la comparecencia del testigo a la audiencia a la que deba concurrir, constituye siempre suficiente justificación cuando su presencia sea requerida simultáneamente para dar cumplimiento a obligaciones laborales, educativas o de otra naturaleza y no le ocasionará consecuencias jurídicas adversas bajo circunstancia alguna.

3) Informe de Peritos

Característica primordial de los peritos es que son terceros ajenos al juicio que procuran a los jueces el conocimiento del cual éstos carecen, referido a una determinada ciencia o arte. Es decir actúan los peritos cuando, para la debida ponderación de los hechos, se requieren conocimientos especializados en el área en que el perito es especialista.

En relación a los peritos debe recordarse que ellos jamás prestarán declaración sobre los hechos, que no han presenciado o cuya ocurrencia no oyeron de otras personas (porque si lo hubieran hecho serían testigos). Empero, bajo el prisma de sus especiales habilidades o conocimientos, el perito puede extraer conclusiones técnicas o científicas, a partir de los hechos.

En todo caso, la mayor o menor fuerza probatoria que el tribunal le dé al informe de los peritos descansará, sin duda, sobre la mayor o menor credibilidad que los jueces otorguen a sus declaraciones prestadas ante ellos y a su idoneidad profesional.

3.1) Procedencia del informe de peritos

Procede el informe de peritos en los casos determinados por la ley y siempre que para apreciar algún hecho o circunstancia relevante para la causa sean necesarios o convenientes conocimientos especiales de una ciencia, arte u oficio.

Los informes deben emitirse con imparcialidad, ateniéndose a los principios de la ciencia o reglas del arte u oficio que profese el perito.

Por ello se establece que el Ministerio Público y los demás intervinientes pueden presentar informes elaborados por peritos de su confianza y solicitar que éstos sean citados a declarar al juicio oral, acompañando los comprobantes que acrediten la idoneidad profesional del perito.

3.2) Contenido del informe

Pesa sobre los peritos el deber de concurrir a declarar ante el tribunal acerca de su informe. Sin perjuicio de tal obligación, su dictamen se entrega por escrito y debe contener:

a) La descripción de la persona o cosa que son objeto del informe, de su 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.

3.3) Admisibilidad del informe y remuneración de los peritos

El tribunal debe admitir los informes y citar a los peritos cuando, además de los requisitos generales para la admisibilidad de las solicitudes de prueba, considere que los peritos y sus informes otorgan suficientes garantías de seriedad y profesionalismo. Con todo, el tribunal puede limitar el número de informes o de peritos, cuando unos u otros resulten excesivos o puedan entorpecer la realización del juicio (estas facultades son propias del Juez de Garantía, por aplicación, además, de los arts. 276 y 277 del CPP, que comentamos a propósito de la Audiencia de Preparación del Juicio Oral).

Los honorarios y demás gastos derivados de la intervención de los peritos corresponden a la parte que los presenta.

Por excepción, el tribunal puede relevar a la parte, total o parcialmente, del pago de la remuneración del perito, cuando considere que ella no cuenta con medios suficientes para solventarlo o cuando, tratándose del imputado, la no realización de la diligencia pueda importar un notorio desequilibrio en sus posibilidades de defensa. En este último caso, el tribunal regulará prudencialmente la remuneración del perito, teniendo presente los honorarios habituales en la plaza y el total o la parte de la remuneración que no sea asumida por el solicitante será de cargo fiscal (art. 316 CPP).

En esta materia debe considerarse que, según el art. 20, letra h) de la Ley N° 19.718, sobre la Defensoría Penal Pública, publicada el 10 de marzo del año 2001, corresponde al Defensor Regional “autorizar la contratación de peritos para la realización de los informes que soliciten los abogados que se desempeñen en la defensa penal pública, y aprobar los gastos para ello, previo informe del jefe de la respectiva unidad administrativa regional”.

3.4) Incapacidad para ser perito

No pueden desempeñar las funciones de peritos las personas a quienes la ley reconoce la facultad de abstenerse de prestar declaración testimonial.

3.5) Improcedencia de inhabilitación de los peritos

La regla general es que los peritos no pueden ser inhabilitados. No obstante, durante la audiencia del juicio oral pueden dirigírseles preguntas orientadas a determinar su imparcialidad e idoneidad, así como el rigor técnico o científico de sus conclusiones. Las partes o el tribunal pueden requerir al perito información acerca de su remuneración y la adecuación de ésta a los montos usuales para el tipo de trabajo realizado (todo ello se relaciona con la libre apreciación de la prueba por el tribunal y, además, busca establecer si existe un especial interés en el perito, que lo lleve a alterar su apego a la ciencia o arte).

3.6) Declaración de los peritos

Como veremos, la declaración de los peritos en la audiencia del juicio oral se regirá por las normas previstas en el art. 329 CPP y, supletoriamente, por las establecidas para los testigos.

Si el perito se niega a prestar declaración, se le aplica lo dispuesto para los testigos en el inciso 2º del art. 299 del CPP (penas del art. 240 del CPC).

3.7) Instrucciones para el trabajo de los peritos

Señala el art. 320 del CPP, norma que no se aplica al Juicio Oral: “Durante la etapa de investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral, los intervinientes podrán solicitar del juez de garantía que dicte las instrucciones necesarias para que sus peritos puedan acceder a examinar los objetos, documentos o lugares a que se refiriere su pericia o para cualquier otro fin pertinente. El juez de garantía accederá a la solicitud, a menos que, presentada durante la etapa de investigación, considerare necesario postergarla para proteger el éxito de ésta”. (Debe relacionarse esta norma con la eventualidad que se hubiese decretado el secreto respecto de ciertos antecedentes de la investigación, de acuerdo al art. 182 CPP; también podría ser necesario que se cumplan ciertas diligencias pendientes, que han sido decretadas sin conocimiento del afectado, acorde con el art. 236 CPP).

3.8) Auxiliares del Ministerio Público como peritos

Se permite que el Ministerio Público presente como peritos a los miembros de los organismos técnicos que le presten auxilio en su función investigadora, ya sea que pertenezcan a la policía, al propio Ministerio Público o a otros organismos estatales especializados en tales funciones (v.gr.: Servicio Médico Legal).

3.9) Medidas de protección

En caso necesario, los peritos y otros terceros que deban intervenir en el procedimiento para efectos probatorios pueden pedir al Ministerio Público que adopte medidas tendientes a que se les brinde la protección prevista para los testigos (art. 322, en relación con el art. 308 del CPP).

4) La Inspección personal del tribunal

Este medio de prueba, también denominado “reconocimiento judicial” se aceptaba durante la etapa de la investigación y, también, se regulaba como una diligencia de “prueba anticipada”. Esas normas fueron eliminadas, correctamente a nuestro juicio, durante la tramitación parlamentaria del CPP. Al respecto, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado sostuvo¹⁴⁹: “eliminamos la inspección personal del tribunal, porque no nos pareció consistente con el nuevo procedimiento penal.

Esta diligencia, de enorme importancia en el sistema vigente, en el cual el juez investiga y juzga, pierde razón de ser en el nuevo Código, en que sólo juzga, sobre la base de las pruebas que le presenten el acusador y el defensor. Son éstos los que tienen la carga de ofrecer al tribunal todos aquellos medios de convicción que, apreciándolos libremente pero con sujeción a los márgenes legales, obren a favor de su posición, con la particularidad de que, si el acusador no logra que se forme suficiente convicción de culpabilidad, el tribunal deberá absolver.

Sin perjuicio de lo señalado, la Comisión no quiso excluir la posibilidad de que, en alguna ocasión, fuere útil para el tribunal de juicio oral constituirse en algún lugar para reconocerlo, durante la audiencia, y así lo contempló en forma expresa”.

La norma que regula la constitución del Tribunal Oral en lo Penal, en un lugar distinto de aquel donde se celebra el juicio oral, es el actual art. 337 del CPP, que dispone: “Cuando lo considerare necesario para la adecuada apreciación de determinadas circunstancias relevantes del caso, el tribunal podrá constituirse en un lugar distinto de la sala de audiencias, manteniendo todas las formalidades propias del juicio”.

Lo anterior quiere decir que, en ningún caso, se hará excepción a los principios que informan la celebración del juicio oral, a las obligaciones de asistencia de los intervinientes, a las facultades de dirección y disciplina, a la presencia ininterrumpida de todos los jueces, etc. En todo caso, esta facultad puede tener importancia en casos en que se trate de

formar convicción en los miembros del tribunal acerca de condiciones que no pueden reproducirse en la sala de audiencias (imagínese cuestiones tales como olores, condiciones de humedad, etc.)

5) Documentos, objetos y otros medios

En primer lugar, en relación a un tipo de documento, cual es los instrumentos, se termina su distinción entre públicos y privados acabando, también, la atribución previa de un valor probatorio diferente a cada clase.

Obviamente, durante el procedimiento puede esgrimirse como prueba cualquier tipo de documento o acompañar cualquier clase de instrumento. Empero, el principio del art. 296 (“la prueba debe rendirse en el juicio oral”) y la obligación del inciso 2º del art. 340 (“el tribunal formará su convicción sobre la base de la prueba producida durante el juicio oral”) mantienen su irrestricta vigencia. Por ello, para que el Tribunal del Juicio Oral pueda atribuirle alguna capacidad probatoria a los documentos, objetos u otros medios (como grabaciones, fotografías, etc. –aunque estos medios, al fijar en forma más o menos permanente una manifestación de pensamiento o una realidad, son, en realidad, documentos), deben ser leídos, exhibidos, examinados o reproducidos en la audiencia.

Rige esta materia el art. 333 del CPP, que impone las siguientes reglas:

- a) Los documentos serán leídos y exhibidos en el debate, con indicación de su origen;
- b) Los objetos que constituyan evidencia deben ser exhibidos y pueden ser examinados por las partes;
- c) Las grabaciones, los elementos de prueba audiovisuales, computacionales o cualquier otro de carácter electrónico apto para producir fe, se reproducirán en la audiencia por cualquier medio idóneo para su percepción por los asistentes;
- d) El tribunal puede autorizar, con acuerdo de las partes, la lectura o reproducción parcial o resumida de los medios de prueba mencionados, cuando ello parezca conveniente y se asegure el conocimiento de su contenido;
- e) Todos estos medios pueden ser exhibidos al acusado, a los peritos o testigos durante sus declaraciones, para que los reconozcan o se refieran a su conocimiento de ellos.

De lo expuesto se desprende que aunque la “producción” de la prueba, a través de los documentos u objetos materiales, no es contradictoria en su origen (piénsese en los objetos materiales recogidos durante la investigación, por el Ministerio Público o la Policía, grabaciones, etc., o por el propio acusado en su caso), “su examen y reconocimiento sí lo es, especialmente cuando ellos se someten al del inculpado [acusado], testigos y peritos, personas a quienes tanto la defensa como la acusación pueden dirigir preguntas y contrapreguntas a fin de esclarecer el origen, la naturaleza y significación para el juicio que se realiza de la evidencia que se trata...”¹⁵⁰

5. DESARROLLO DEL JUICIO ORAL

5.1. Apertura del Juicio Oral

El día y hora fijados, el tribunal se debe constituir con la asistencia del fiscal, del acusado, de su defensor y de los demás intervinientes.

Se debe verificar la disponibilidad de los testigos, peritos, intérpretes y demás personas que hayan sido citadas a la audiencia y se declara iniciado el juicio.

El presidente de la sala señala las acusaciones que deben ser objeto del juicio (contenidas en el auto de apertura del juicio oral), advierte al acusado que debe estar atento a lo que oiga y dispone que los peritos y los testigos hagan abandono de la sala de la audiencia.

A continuación, concede la palabra al fiscal, para que exponga su acusación y al querellante para que sostenga la acusación, así como la demanda civil si la ha interpuesto (art. 325 CPP).

5.2. Defensa y eventual declaración del acusado

Luego de lo anterior, se le indica al acusado que tiene la posibilidad de ejercer su defensa. Al efecto, se ofrece la palabra al abogado defensor, quien puede exponer los argumentos en que base la defensa.

[Amén de lo anterior, como ya hemos dicho, el acusado puede prestar declaración. En tal caso, el juez presidente de la sala le permite que manifieste libremente lo que crea conveniente respecto de la o de las acusaciones formuladas. Luego, puede ser interrogado directamente por el fiscal, el querellante y el defensor, en ese mismo orden. Finalmente, el o los jueces pueden formularle preguntas con el fin de aclarar sus dichos.

Además, en cualquier estado del juicio, el acusado puede solicitar ser oído, con el fin de aclarar o complementar sus dichos].

De manera tal que la primera parte del Juicio Oral comienza con las exposiciones resumidas de sus argumentos, que hacen los acusadores y la defensa (es posible que el acusado, que no está obligado a declarar, no deponga o, aconsejado por su defensor, lo haga más adelante, según el desarrollo del proceso, en uso de la facultad que le concede el inciso final del art. 326 CPP). Dichas exposiciones sintéticas las llamaremos (siguiendo la normativa anglosajona) “alegatos de apertura” y, por su importancia, haremos una referencia separada a continuación.

5.3. Alegatos de Apertura

Estos alegatos iniciales representan una facultad capital para todo litigante en el Juicio Oral. En efecto, junto a los alegatos de cierre o de clausura, constituyen la oportunidad que tiene cada parte para exponer su propia “teoría del caso” (epítome de origen angloamericano), es decir la manera en que el abogado presenta el caso ante el Tribunal.

Podemos definir la “teoría del caso” como la idea básica y subyacente a la presentación del abogado en el Juicio Oral, que integra elementos legales o jurídicos con proposiciones fácticas o de hecho. Es en el fondo, la historia acerca de cómo han ocurrido los hechos, y el derecho que debe aplicarse a ellos, a la que cada parte pretende que el Tribunal le dé credibilidad.¹⁵¹

El alegato de apertura debe contener una presentación de hechos y no de conclusiones y una relación, que debe establecer el abogado, con las normas legales que, según su óptica, se apliquen al caso concreto; asimismo, un buen alegato de apertura debe hacer referencias a la prueba que se esgrimirá (sólo referencias, no un análisis detallado, ese puede hacerse en el alegato de cierre), anticipar someramente las eventuales debilidades que se avizoren (con el objeto de demostrar transparencia e impedir que la contraparte las magnifique) y, finalmente, personalizar el conflicto, denotando las personas que están tras él, con el objeto, si es posible, de lograr la empatía y comprensión del Tribunal (por supuesto, sin melodramas o exageraciones).¹⁵²

5.4. Orden de recepción de las pruebas en el juicio oral

Consecuente con la idea de que el abogado decide cómo muestra su caso ante el Tribunal, se establece en el CPP que cada parte determinará el orden en que rendirá su prueba, correspondiendo 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 todas las acciones que hayan sido deducidas en su contra (art. 328).

5.5. Peritos y testigos en la audiencia del juicio oral

El principio general es que tanto los testigos como los peritos deben ser personalmente interrogados en la audiencia, su declaración personal no puede ser sustituida por la lectura de los registros en que consten anteriores declaraciones o de otros documentos que las contengan, sin perjuicio de algunas excepciones que, luego, detallaremos.

El juez presidente de la sala debe identificar al perito o testigo y ordenar que preste juramento o promesa de decir la verdad.

5.5.1. Interrogatorio

La regla general es que la declaración de testigos se sujeta al interrogatorio de las partes. Lo mismo sucede con los peritos, sin perjuicio que, en primer lugar, deben exponer brevemente el contenido y las conclusiones de su informe, y a continuación se autoriza su interrogatorio.

En primer lugar interroga la parte que ha ofrecido la respectiva prueba y luego las restantes. Si en el juicio intervienen como acusadores el Ministerio Público y el querellante particular; o el mismo se realiza contra dos o más acusados, se concede sucesivamente la palabra a todos los acusadores o a todos los acusados, según corresponda.

Finalmente, los miembros del tribunal pueden formular preguntas al testigo o perito con el fin de aclarar sus dichos.

A solicitud de alguna de las partes, el tribunal puede autorizar un nuevo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hayan declarado en la audiencia (art. 329 CPP).

Antes de declarar, los peritos y los testigos no pueden comunicarse entre sí, ni ver, oír o ser informados de lo que ocurre en la audiencia.

De lo expresado, se desprende que podemos distinguir entre el interrogatorio (el llamado “examen directo” por los anglosajones), que es realizado por la parte que presentó al deponente, y el conainterrogatorio (“contraexamen” o “cross examination”, según la doctrina angloamericana).

Como requisitos de un interrogatorio podemos mencionar, entre otros:¹⁵³

i) Debe ser exacto. Esto quiere decir que debe adaptarse a las proposiciones de hecho que tenga la “teoría del caso” esgrimida por quien lo presenta, y

ii) Debe ser completo, esto es debe lograrse extraer del testigo toda la información que posea, que sea relevante y valiosa para la posición del interrogador (sin embargo, se pueden omitir detalles excesivos, que sólo pueden distraer al tribunal, o soslayar información que afecte la credibilidad del examinado).

Con respecto al conainterrogatorio éste tiene, desde el punto de vista de quien lo realiza, tres finalidades primordiales:

i) Atacar la credibilidad personal del interrogado, por ejemplo, tratando de demostrar una falta de objetividad o imparcialidad o, derechamente, una mentira en el testimonio (recordemos que, en el nuevo procedimiento penal, no hay causales de inhabilidad establecidas a priori);

ii) Atacar la credibilidad del testimonio mismo. Por ejemplo, demostrando lo inverosímil que resulta la versión del testigo, las contradicciones que existen con otras declaraciones, etc., y

iii) Obtener del testigo presentado por la contraparte un testimonio que apoye, aunque sea sólo en una parte, las argumentaciones o la prueba que ha presentado, o presentará, el conainterrogador.

Según lo ha sostenido un destacado abogado litigante norteamericano¹⁵⁴, los elementos principales de un contrainterrogatorio serían:

i) Control

Se debe controlar al deponente muy de cerca, sin dejarle escapatoria, como eludir las respuestas difíciles con largas descripciones, calculadas para distraer;

ii) Velocidad

Un testigo que diga menos de la verdad absoluta necesita tiempo para meditar sus respuestas y darles forma, un tiempo que no hay que permitirle;

iii) Memoria

El que interroga debe tener la cabeza llena de una multitud de datos y de información, obtenidos de cualquier declaración anterior que haya hecho el deponente, del testimonio de otros testigos o de otra evidencia que se haya introducido o que se esgrimirá;

iv) Sintaxis

Las preguntas tienen que formularse con rapidez, pero con precaución. Tienen que ser claras e inequívocas, estar formadas por oraciones simples y no compuestas, la mayor parte de las veces;

v) Lógica

La mayor parte de las preguntas, incluso aquellas destinadas a ridiculizar, tienen que formularse dentro de un contexto lógico;

vi) Actitud

La manera en la cual un interrogador trata a un testigo tiene que ser adecuada a las circunstancias. No se utiliza un tono de voz fuerte, lleno de sarcasmo, tratándose de una persona anciana, atractiva y agradable, ni con un niño;

vii) Terminación

Un interrogador debe saber cuándo retirarse de la escena en el clímax, sin insistir en que se cubra exhaustivamente todo lo que dijo el testigo, ni lo que podría ser de su conocimiento.

Para finalizar este acápite, y en relación a la posibilidad, prevista en el inciso penúltimo del art. 329 del CPP, que permite al Tribunal, a petición de alguna de las partes, ordenar un segundo interrogatorio de los testigos o peritos que ya hayan declarado en la audiencia, debemos decir que, por lógica, el segundo interrogatorio debería estar limitado a lo abordado en el primer contrainterrogatorio; por su parte el segundo contrainterrogatorio debe estar limitado a los temas cubiertos por el segundo interrogatorio (segundo “examen directo”).

5.5.2. Métodos de Interrogatorio

Se establece que, en sus interrogatorios, las partes que hayan presentado a un testigo o perito no pueden formular sus preguntas de tal manera que ellas sugieran la respuesta (inductivas).

Durante el contrainterrogatorio, las partes pueden confrontar al perito o testigo con sus propios dichos u otras versiones de los hechos presentadas en el juicio.

En ningún caso se admiten preguntas engañosas, aquellas destinadas a coaccionar ilegítimamente al testigo o perito, ni las que sean formuladas en términos poco claros para ellos (lo controla el juez presidente de la sala).

Lo dicho se aplica al imputado cuando se allane a prestar declaración (art. 330 CPP).

En relación con el interrogatorio y la forma de realizarlo, debemos tener presente que la declaración, si bien se sujeta al interrogatorio de las partes, debe ser hecha, en principio, sin leer declaraciones anteriores del deponente. Sin embargo, una vez que el testigo haya prestado declaración, se podrá leer en el interrogatorio parte o partes de sus declaraciones anteriores prestadas ante el Fiscal o el Juez de garantía, cuando sea necesario para: i) ayudar la memoria del respectivo testigo; ii) demostrar o superar contradicciones; o iii) solicitar las aclaraciones pertinentes.

Con los mismos objetivos anteriores, se puede leer, durante la declaración de un perito, partes del informe que él hubiere elaborado (art. 332 CPP).

Lo dicho también se aplica al acusado, si éste presta declaración voluntariamente.

5.6. Lectura de declaraciones anteriores en la audiencia del juicio oral

Amén de los supuestos anteriores, en el Juicio Oral puede darse lectura a los registros en que consten anteriores declaraciones de testigos, peritos o imputados, en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de declaraciones de testigos o peritos que han fallecido o caído en incapacidad física o mental, o estén ausentes del país, o cuya residencia se ignore o que por cualquier motivo difícil de superar no puedan declarar en el juicio, siempre que ellas hayan sido recibidas por el Juez de Garantía en una audiencia de prueba formal, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 191 y 280 del CPP (es la llamada “Prueba Anticipada”, que ya hemos analizado). Por ende, esta prueba es contradictoria en su origen, pero no en el Juicio Oral.

b) Cuando constaren en registros o dictámenes que todas las partes acuerden incorporar, con aquiescencia del tribunal. La incorporación de esta prueba está justificada por el consentimiento de las partes, necesitando obviamente el del acusado.

c) Cuando la no comparecencia de los testigos, peritos o coimputados sea imputable al acusado. En este caso la incorporación de la prueba, vulnerando el principio contradictorio, se justifica por una actividad desleal del acusado. Para permitir la aceptación de esta prueba, necesariamente, se debe acreditar la imputabilidad al acusado de la falta de comparecencia de los testigos, peritos o coimputados, siendo menester que lo declare así el Tribunal, mediante la resolución del incidente respectivo (en uso de las facultades del art. 290 CPP). En dicho incidente debe existir contradictoriedad, por medio del debate respectivo, y

d) Cuando se trate de declaraciones realizadas por coimputados rebeldes, prestadas ante el Juez de Garantía.

5.7. Lectura o exhibición de documentos, objetos y otros medios

Se consagra en el art. 333 del CPP y ya nos referimos antes a ella, al analizar los medios de prueba expresamente regulados.

5.8. Prohibiciones

Los arts. 334 y 335 establecen diversos tipos de prohibiciones, derivadas todas ellas de los principios generales. En especial, estas limitaciones responden al hecho que los antecedentes de la investigación no constituyen pruebas, sino que sólo se forma la convicción del Tribunal con la prueba rendida en el Juicio Oral (salvo los casos vistos en el acápite anterior y en la “lectura para apoyo de memoria”, del art. 332 CPP; y en la prueba ilícita o excluida del debate (art. 276 CPP).

Se establece que, salvo en los casos previstos en los artículos 331 y 332 del CPP, no se puede incorporar o invocar como medios de prueba ni dar lectura durante el juicio oral, a los registros y demás documentos que den cuenta de diligencias o actuaciones realizadas por la policía o el Ministerio Público.

Ni aun en los casos excepcionales señalados (arts. 331 y 332 CPP) se puede incorporar como medio de prueba o dar lectura a actas o documentos que den cuenta de actuaciones o diligencias declaradas nulas, o en cuya obtención se hayan vulnerado garantías fundamentales.

5.8.1. Antecedentes referidos a salidas alternativas

No se puede 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 (art. 335 CPP).

5.9. Prueba no solicitada oportunamente

A petición de alguna de las partes, el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal, puede ordenar la recepción de pruebas que ella no haya ofrecido oportunamente, cuando dicha parte justifique no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento (art. 336 del CPP).

Vale decir, se hace excepción a la obligación que tienen las partes de “mostrar” sus pruebas en la etapa procesal correspondiente. La justificación antes referida será motivo de un debate, y una posterior resolución, en la misma audiencia.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el tribunal puede autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad (esta es una regla general aplicable a toda la prueba del Juicio Oral, prevista en el inciso 2º del art. 336 CPP).

5.10. Alegato final y clausura del debate

Concluida la recepción de las pruebas, el juez presidente de la sala otorga sucesivamente la palabra al Fiscal, al acusador particular y al defensor, para que expongan sus conclusiones. El tribunal debe tomar en consideración la extensión del juicio para determinar el tiempo que conceda al efecto.

[Este es el llamado alegato final, de cierre o también llamado de “bien probado”, el cual constituye una de las más importantes actuaciones del abogado litigante. Es en este acto, y no antes, donde por primera y única vez el profesional procurará darle total coherencia interna y unidad a su relato, a su “teoría del caso”, a la forma como ha contado la historia que desea que el tribunal crea.

En definitiva, el principal objetivo de este alegato final es convencer a los jueces que los hechos que el abogado señaló, en su apertura, que iba a probar, han sido efectivamente acreditados y que, por ende, deben aplicarse las normas jurídicas que él esgrimíó a su favor].

A continuación, se otorga al Fiscal y al defensor la posibilidad de replicar. Las respectivas réplicas sólo pueden referirse a las conclusiones planteadas por las demás partes.

Por último, se otorga al acusado la última palabra, para que manifieste lo que estime conveniente. A continuación, se declara cerrado el debate.

6. LA SENTENCIA DEFINITIVA

Una vez cerrado el debate comienza la etapa de deliberación. Para ese efecto, los miembros del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que hayan asistido a todo el juicio, deben retirarse a deliberar en privado (art. 339 CPP).

6.1. Decisión sobre absolución o condena. Plazo

Una vez concluida la deliberación privada de los jueces, la sentencia definitiva debe ser pronunciada en la misma audiencia, comunicándose la decisión relativa a la absolución o condena del acusado por cada uno de los delitos que se le imputan, indicando respecto de cada uno de ellos los fundamentos principales tomados en consideración para llegar a dichas conclusiones.

Por excepción, cuando la audiencia del juicio se ha prolongado por más de 2 días y la complejidad del caso no permite pronunciar la decisión inmediatamente, el tribunal puede prolongar su deliberación hasta por 24 horas, hecho que debe ser dado a conocer a los intervinientes en la misma audiencia, fijándose de inmediato la oportunidad en que la decisión les será comunicada.

La omisión del pronunciamiento de la decisión, de la manera señalada, produce la nulidad del juicio, el que debe repetirse en el más breve plazo posible.

En el caso de condena, el tribunal debe resolver sobre las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la misma oportunidad antes referida. No obstante, tratándose de circunstancias ajenas al hecho punible, el tribunal puede postergar su resolución para el momento de la determinación de la pena en la sentencia, debiendo indicarlo así a las partes.

Finalmente debemos decir que la decisión sobre absolución o condena se adopta por simple mayoría, salvo los casos del inciso final del art. 76 y el del inciso 2° del art. 284 del CPP en que, ante la falta o inhabilitación de un juez integrante del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que no ha podido ser reemplazado y quedan sólo dos jueces que han asistido a todo el juicio, la decisión se debe adoptar por unanimidad, so pena de nulidad.

6.2. Plazo para la redacción de la sentencia

Al pronunciarse sobre la absolución o condena el tribunal puede diferir la redacción del fallo y, en su caso, la determinación de la pena hasta por un plazo de 5 días, fijando la fecha de la audiencia en que tendrá lugar su lectura. El transcurso de este plazo sin que haya tenido lugar la audiencia de lectura del fallo constituye falta grave, que debe ser sancionada disciplinariamente.

Sin perjuicio de ello, se debe citar a una nueva audiencia de lectura de la sentencia, la que en caso alguno puede tener lugar después del séptimo día desde la comunicación de la decisión sobre absolución o condena.

Transcurrido este plazo adicional sin que se dé lectura a la sentencia se produce la nulidad del juicio, a menos que la decisión haya sido de absolución del acusado. Si, siendo varios los acusados, se absolvió sólo a alguno de ellos, la repetición del juicio sólo comprende a quienes hayan sido condenados.

El vencimiento del plazo adicional recién expuesto sin que se dé a conocer el fallo, sea que se produzca o no la nulidad del juicio, constituye respecto de los jueces que integran el tribunal una nueva infracción que debe ser sancionada disciplinariamente (art. 344)

6.3. Determinación de la pena

Pronunciada la decisión de condena, el tribunal puede, si lo considera necesario, citar a una audiencia con el fin de abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que el tribunal señalará. En todo caso, la realización de esta audiencia no altera los plazos antes referidos, previstos en el artículo 344 CPP (art. 345 CPP).

6.4. Audiencia de lectura de sentencia

Una vez redactada la sentencia, se procede a darla a conocer en la audiencia fijada al efecto, oportunidad a contar de la cual se entiende notificada a todas las partes, aun cuando no asistan a la misma.

6.5. Convicción del tribunal

En relación a esta materia, como hemos dicho, el Tribunal debe formar su convencimiento sólo sobre la base de la prueba producida en el Juicio Oral.

Al respecto se señala en el art. 340 del CPP: “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.

No se podrá condenar a una persona con el solo mérito de su propia declaración”. Es decir, se establece una limitación a la libertad de valoración de la prueba que tiene el Tribunal.

En relación con el concepto de “duda razonable”, dicho estándar proviene del sistema norteamericano e impone, a la parte acusadora, la carga de convencer al juzgador (jurado o juez en Estados Unidos, según sea la opción tomada por el acusado) produciendo prueba “más allá de una duda razonable” (beyond a reasonable doubt) sobre cada hecho necesario para constituir el o los delitos objeto de la acusación. Tal exigencia de prueba rige, en Norteamérica, respecto de causas criminales, porque en materias civiles impera la “preponderancia de la evidencia creíble”, que atiende a cuál de las partes ha producido prueba más convincente o creíble¹⁵⁵. La “duda razonable” se ha definido, por los estadounidenses, como “el estándar usado para determinar culpabilidad o inocencia de una persona acusada de un delito. Para ser culpable de un delito

se debe probar que uno es culpable más allá de una duda razonable. Una duda razonable que justificaría absolución es una duda basada en la razón y que surja de la evidencia o la falta de evidencia, y es la duda que un hombre o mujer razonable podría abrigar, y no la es una duda rebuscada ni imaginada, ni la duda que un jurado podría hacer aparecer para evitar realizar una tarea o deber desagradable. Duda razonable es una duda que llevaría a las personas prudentes a dudar antes de actuar en materias de importancia para ellos mismos. Es duda basada en evidencia o en falta de evidencia".156

6.6. Contenido de la sentencia

La sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal debe contener:

- a) La mención del tribunal y la fecha de su dictación; la identificación del acusado y la del o los acusadores;
- b) La enunciación breve de los hechos y circunstancias que hayan sido objeto de la acusación; en su caso, los daños cuya reparación reclame en la demanda civil y su pretensión reparatoria, y las defensas del acusado;
- c) La exposición clara, lógica y completa de cada uno de los hechos y circunstancias que se dieren por probados, fueren ellos favorables o desfavorables al acusado, y de la valoración de los medios de prueba que fundamenten dichas conclusiones de acuerdo con lo dispuesto en el art. 297 del CPP [es decir, se aprecia la prueba con entera libertad, pero no se pueden contradecir los principios de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicamente afianzados.

Recordemos, además, que el tribunal debe hacerse cargo en su fundamentación de toda la prueba producida, incluso de aquella que ha desestimado, indicando en tal caso las razones que tuvo en cuenta para hacerlo; y que, la valoración de la prueba en la sentencia, requiere el señalamiento del o de los medios de prueba mediante los cuales se dan por acreditados cada uno de los hechos y circunstancias que se dan por probados. Esta fundamentación debe permitir la reproducción del razonamiento utilizado para alcanzar las conclusiones a que llega la sentencia];

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 ha atribuido; y la que se pronuncia sobre la responsabilidad civil de los mismos y fija el monto de las indemnizaciones a que ha lugar (debe relacionarse esta letra con el art. 349 del CPP que impone al Tribunal la obligación de pronunciarse acerca de la demanda civil válidamente interpuesta, sea que absuelva o condene al acusado penalmente).

f) El pronunciamiento sobre las costas de la causa, y

g) La firma de los jueces que la han dictado.

La sentencia será siempre redactada por uno de los miembros del tribunal colegiado, designado por éste, en tanto la disidencia o prevención será redactada por su autor. La sentencia debe señalar el nombre de su redactor y el del que lo sea de la disidencia o prevención.

6.7. La sentencia condenatoria

Obviamente, la sentencia del Juicio Oral puede ser de dos clases: absolutoria o condenatoria. Revisaremos primero esta última.

6.7.1. Sentencia condenatoria y acusación. Principio de congruencia

El nuevo CPP deja expresamente establecido que la sentencia condenatoria no puede exceder el contenido de la acusación. Por lo anterior, se prohíbe la condena por hechos o circunstancias no contenidos en ella.

Sin embargo, es permitido al Tribunal, siempre que haya advertido a los intervinientes durante la audiencia del Juicio Oral, dar al hecho una calificación jurídica distinta de aquella contenida en la acusación o apreciar la concurrencia de causales modificatorias agravantes de la responsabilidad penal no incluidas en ella.

Si durante la deliberación uno o más jueces consideren la posibilidad de otorgar a los hechos una calificación distinta de la establecida en la acusación, que no haya sido objeto de discusión durante la audiencia, deben reabrirla, a objeto de permitir a las partes debatir sobre ella (art. 341 CPP).

Como ya advertimos al hablar del libelo de acusación, la congruencia es un criterio que, también, debe existir entre la formalización de la investigación y la acusación. Sin embargo, en este momento, nos estamos refiriendo a la congruencia o correlación que debe existir entre la sentencia condenatoria y la acusación. Esta correlación o identidad vincula y obliga al sentenciador.

No habrá congruencia cuando la sentencia se extienda a hechos o circunstancias que la acusación no ha comprendido en modo alguno. Sin embargo, no atenta contra la obligación o principio de congruencia en análisis que el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal califique el o los hechos de una manera diferente a la que hubieren realizado las partes o aprecie circunstancias agravantes no alegadas por ellas. Por ello se contempla explícitamente tal facultad en el inciso 2º del art. 341 CPP.

Empero, para que tal facultad que tiene el Tribunal de Juicio Oral pueda ejercerse válidamente, debe advertir a las partes, con el fin que se produzca debate sobre la cuestión (principio contradictorio), salvaguardando el derecho a defensa del o de los acusados.

En teoría, las principales maneras en que podría plantearse la hipótesis del art. 341 inciso 2º del CPP, serían: 157

- i) Por variación en cuanto al título delictivo (v.gr.: de Hurto a Robo);
- ii) Por variación respecto al grado de ejecución (ej.: de tentativa a delito consumado);
- iii) Por variación en cuanto al grado de participación (v.gr.: de cómplice a autor), y
- iv) Por variación en cuanto a la apreciación de circunstancias agravantes.

6.7.2. La sentencia condenatoria y reglas relativas a la pena aplicable

A. AUDIENCIA ESPECIAL

En primer lugar debemos recordar que, una vez decidida la condena del o de los acusados, el Tribunal puede citar a una audiencia especial para abrir debate sobre los factores relevantes para la determinación y cumplimiento de la pena que se impondrá (art. 345 CPP).

B. FIJACIÓN DE LA PENA Y MEDIDAS ALTERNATIVAS

(ART. 348 CPP)

La sentencia condenatoria debe fijar las penas y pronunciarse sobre la eventual aplicación de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad previstas en la ley.

Asimismo, la sentencia que condena a una pena temporal debe expresar con toda precisión el día desde el cual empieza ésta a contarse y fijar el tiempo de detención o prisión preventiva que debe servir de abono para su cumplimiento (idéntica norma a la del art. 503 del actual CPP (1906).

La sentencia condenatoria dispone también el comiso de los instrumentos o efectos del delito o su restitución, cuando sea procedente (similar al actual inciso final del art. 504 del CPP 1906). Debe relacionarse esta norma con el art. 189 CPP.

Otra obligación importante que debe satisfacer la sentencia condenatoria es que, cuando se haya declarado falso, en todo o en parte, un instrumento público, el tribunal, junto con su devolución, debe ordenar que se lo reconstituya, cancele o modifique de acuerdo con la sentencia (inciso final art. 348 CPP).

C. IMPROCEDENCIA DE LA PENA

DE MUERTE POR MERAS PRESUNCIONES

Al igual que en el inciso 2º del art. 502 del CPP de 1906, el artículo 350 del CPP establecía que la pena de muerte no podía imponerse con el solo mérito de presunciones. Habiendo desaparecido dicha pena de la legislación común (por ley N° 19.804 de 24 de mayo de 2002), la norma referida fue derogada por el artículo 62 de la ley N° 19.806.

D. REITERACIÓN DE CRÍMENES O

SIMPLES DELITOS DE UNA MISMA ESPECIE

En una norma muy similar a la del actual art. 509 del CPP de 1906 (aunque mejorada, cambiando la voz procesado por condenado, eliminando la referencia a las faltas y modificando el inciso final) se preceptúa, en el art. 351 del CPP que, en los casos de reiteración de crímenes o simples 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.

Si, por la naturaleza de las diversas infracciones, éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal debe aplicar la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada una pena mayor, aumentándola en uno o dos grados, según sea el número de los delitos.

Puede, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código Penal si, de seguirse este procedimiento, haya de corresponder al condenado una pena menor.

Para los efectos de este artículo, se considera delitos de una misma especie aquellos que afectan al mismo bien jurídico. El nuevo CPP modificó, mejorándolo a nuestro juicio, el inciso final del art. 509 del CPP 1906, porque en dicho Código se señalaba que se considerarían delitos de una misma especie los que estuvieren penados en un mismo Título del Código Penal o ley que los castiga (esta posibilidad había sido criticada por la doctrina chilena¹⁵⁸, porque producía efectos técnicamente incorrectos como, por ejemplo que fueran delitos de la misma especie el homicidio (art. 391 N°2 del CP) y la injuria (art. 416 del CP).

[En relación al concepto de bien jurídico, su definición, como muchas otras, no es pacífica en la doctrina penal. Así, se ha dicho que el bien jurídico penalmente tutelado es “la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegida por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten”¹⁵⁹. Otra posibilidad es considerar que los bienes jurídicos son “estados sociales valiosos, que hacen posible la convivencia y a los que, por eso, el ordenamiento jurídico les ha otorgado reconocimiento”].¹⁶⁰

6.8. La sentencia absolutoria

Una vez comunicada la decisión sobre absolución que los jueces adoptan luego de deliberar, en conformidad al art. 339, y en los plazos del mismo artículo y del art. 343 del CPP que ya hemos detallado, el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal, debe:

- a) Disponer, en forma inmediata, el alzamiento de las medidas cautelares personales que se hayan decretado en contra del acusado;
- b) Ordenar que se tome nota de este alzamiento en todo índice o registro público y policial en el que puedan figurar; y
- c) Ordenar la cancelación de las garantías de comparecencia que se hayan otorgado.

QUINTA PARTE LOS RECURSOS

1. BASES DEL NUEVO RÉGIMEN DE RECURSOS¹⁶¹

Según las normas que regulan los recursos en el nuevo CPP, podemos definir como bases fundamentales del nuevo régimen de recursos, las siguientes.

A. SE DISMINUYE EL NÚMERO DE RECURSOS, EN RELACIÓN AL ACTUAL PROCEDIMIENTO PENAL (CPP 1906)

Ello porque, entre otras razones, sólo pueden ser compatibles con el Juicio Oral aquellos recursos que no buscan alterar los hechos tal cual han sido establecidos en las audiencias (porque conocer los hechos, con inmediación por el Tribunal que conoce de la impugnación, implicaría una repetición de lo obrado ante el tribunal recurrido). Por ende, en general, los recursos en el nuevo sistema son de derecho, que tienen por objeto velar por que el juicio se haya celebrado respetando las garantías de orden procesal.

B. DESAPARECE LA DOBLE INSTANCIA, COMO FUNDAMENTO DEL SISTEMA DE RECURSOS

Consecuencia de lo antes expresado y lo señalado en el epítome, es que la apelación que permite o responde al “principio de la doble instancia” (donde el superior, en la segunda instancia conoce hechos y derecho) desaparece, sin duda, respecto de las resoluciones del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. Así lo prescribe expresamente el art. 364 del CPP.

[En relación con los argumentos básicos que se esgrimen para permitir la eliminación de la segunda instancia, amén de los que se expondrán más adelante, se suelen citar los siguientes¹⁶²: i) “la composición más numerosa de los tribunales superiores posibilita un enjuiciamiento más cuidadoso y, con ello, torna superfluo un segundo juicio oral”; ii) También, por regla, con motivo de las investigaciones de la etapa preparatoria, el objeto del proceso resulta ya fundamentalmente aclarado; iii) También se sostiene que los jueces de primera instancia, precisamente a causa de la posibilidad de apelación, trabajan con menos cuidado, ya que saben que existe una segunda instancia de mérito”].

“Sin embargo, se mantiene la apelación, podríamos decir más por razones políticas y culturales que estrictamente técnicas, para unas muy pocas decisiones que el Juez de Garantía puede adoptar durante la investigación y que producen efectos importantes, como acontece, por ejemplo, con la resolución que se pronuncia –acogiéndola o rechazándola– sobre la solicitud de prisión preventiva hecha por el Fiscal, con la que decreta el sobreseimiento y con la sentencia que debe pronunciar el Juez de Garantía en caso de que tenga lugar el juicio abreviado.

Es posible apreciar que se trata de pronunciamientos importantes, pero respecto de los que podría hacerse procedente un recurso de Derecho y no el de apelación”.¹⁶³

C. SE CONCIBE EL RECURSO COMO MEDIO DE IMPUGNACIÓN A SOLICITUD DE PARTE, MÁS QUE COMO MECANISMO DE CONTROL JERÁRQUICO

En el nuevo sistema procesal penal el fundamento último de un recurso (concebido siempre éste como un mecanismo de impugnación de una resolución a solicitud de parte agraviada) es, desde un punto de vista subjetivo, precisamente la búsqueda de una reparación del agravio, para lo cual debe demostrar en qué consiste éste, y, desde el punto de vista del sistema jurídico, es el hecho que se considera socialmente valioso que algunas resoluciones sean revisadas por otro tribunal, para recoger mejor los argumentos de las partes y, sobre todo, para controlar que se hayan respetado las reglas y garantías básicas del proceso penal.

Consecuencia de lo expresado en las letras B) y C) precedentes es que, en materia penal –salvo la excepción de los delitos terroristas, porque la norma del artículo 19 N° 7, letra e) de la CPR, no ha sido modificada–, desaparece la institución de la consulta (“que no constituye una instancia ni un recurso, sino un trámite procesal de orden público establecido por el legislador (...) en virtud del cual una resolución de un tribunal de primera instancia debe ser revisada por el tribunal de alzada, cuando no lo ha sido por la vía de apelación”).¹⁶⁴

2. DERECHO A RECURRIR DEL FALLO EN MATERIA PENAL (“DERECHO AL RECURSO”)

Durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de nuevo CPP, se produjo una interesante discusión sobre la posibilidad de impugnación de la sentencia definitiva pronunciada por el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal. En efecto, como veremos, tal sentencia es inapelable. Por ello, según algunos, con tal imposibilidad de apelación, se violaba la garantía contenida en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14, párrafo 5) y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8°) normas que, como recordáramos en la Primera Parte de este Capítulo, se entienden incorporadas a nuestra Constitución Política.

Concretamente el art. 8° de la CADH señala que: “Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: h) derecho a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”.

En relación con estas normas debemos decir que ellas no imponen, como erróneamente se ha sostenido¹⁶⁵, “el derecho a una doble instancia en materias penales”, sino que, precisamente, la posibilidad de un recurso ante el tribunal

superior del recurrido, obligación que se satisface con la institución de una vía de impugnación que permita discutir sólo determinadas cuestiones de derecho (fundamentalmente el irrestricto respeto a la garantía del “debido proceso”) y no, también, los hechos, característica inherente a la apelación. Por lo demás, otorgar competencia al tribunal superior para conocer de los hechos implicaría, al menos (si se quiere mantener el proceso oral), la producción y recepción de toda la prueba utilizada en la primera instancia, oír las alegaciones de las partes, etc. Es decir, un nuevo Juicio Oral.

Así lo ha entendido la jurisprudencia mayoritaria en el Derecho Comparado (v.gr.: Tribunal Constitucional de España) y, también, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (v.gr.: resolución N° 26-86, del caso 9328, que se pronunció en relación al caso del costarricense Noé Emilio Villalobos Calvo, que había sido condenado en única sentencia, sin posibilidad de casación por el Juez Segundo Penal de Alajuela, Costa Rica.166

3. REFERENCIA A LA “HISTORIA FIDEDIGNA” DE LAS NORMAS EN LA MATERIA

En lo relacionado con el nuevo régimen de recursos debemos dejar constancia que el Proyecto de nuevo CPP, enviado por el Ejecutivo al Parlamento, pretendía cambiar de manera radical el sistema de los mecanismos de impugnación de las resoluciones judiciales. Sin embargo, durante la tramitación en la Cámara de Diputados se produjo una regresión, fundamentalmente con la introducción del llamado “Recurso Extraordinario” que habilitaba al tribunal superior (Corte de Apelaciones) para revisar los hechos, sin haber estado presente en el Juicio Oral (según el art. 409 del texto de nuevo CPP, tal como salió de la Cámara Baja, el recurso procedía cuando la sentencia definitiva del Juicio Oral “se apartase, “manifiesta y arbitrariamente”, de la prueba rendida en la audiencia. Pero, no sólo se facultaba para revisar los hechos, sino que el conocimiento que, respecto de las probanzas, tomaría la Corte de Apelaciones, derivaría de una revisión de actas).

Sin embargo, el Senado (en la Comisión respectiva) retomó la idea de cambiar el sistema de los recursos y fue más allá, permitiendo una real innovación en el procedimiento, también, en esta materia.

Así, respecto de la improcedencia del recurso de apelación respecto de las resoluciones de los tribunales colegiados, se señaló (2° Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento):

“La Comisión conservó también la decisión de la H. Cámara de Diputados, reflejada en el primero de los artículos referentes a la apelación, en el cual se dispone que son inapelables las resoluciones dictadas por un tribunal colegiado.

De acuerdo a la tesis sostenida por un invitado, tal precepto podría ser inconstitucional, por vulnerar la obligación de un racional y justo procedimiento que contempla la Carta Fundamental, y por infringir el derecho a revisión de la sentencia penal condenatoria que contemplan el Pacto de San José de Costa Rica y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

La Comisión no compartió ese punto de vista, ya que ni de la Constitución Política ni de los citados tratados internacionales se desprende la obligatoriedad para el legislador de establecer el recurso de apelación en materia penal. Aún más, tanto de los antecedentes que tuvo a la vista la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, como de la jurisprudencia sentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se concluye que el racional y justo procedimiento para la primera, y el derecho a revisión del fallo condenatorio para la segunda, se alcanzan suficientemente con la existencia de un recurso de casación, que ofrezca la posibilidad de anular la sentencia cuando se hayan vulnerado las garantías procesales.

Despejado este punto, la Comisión coincidió con el mérito de la regla prevista en el proyecto, pero precisando que se refiere a las resoluciones pronunciadas por el tribunal de juicio oral, toda vez que también son tribunales colegiados las Cortes de Apelaciones, y que en contra de sus resoluciones procede la apelación en las causas de desafuero y querrela de capítulos. Pesó en el ánimo de la Comisión, al reafirmar el carácter inapelable de las resoluciones emitidas por el tribunal de juicio oral en lo penal, no sólo la composición del tribunal, sino el hecho de que éste habrá desarrollado su trabajo con sujeción a los principios de oralidad y de inmediación, y que aceptar la apelación importaría destruirlos, porque la Corte de Apelaciones, al conocer de ella, lo haría sobre la base de la escrituración (puesto que deberá estudiar los registros y actas de lo obrado) y de la mediación (toda vez que no tomará conocimiento directo y personal de la prueba). De esta manera, la reforma procesal penal sería sólo aparente, puesto que, por la vía de recurrir de apelación, la última decisión correspondería a un tribunal que seguiría resolviendo del mismo modo en que lo hace hoy día”.

Junto a lo anterior, el Senado expresó que introduciría una serie de normas al nuevo CPP, relacionadas con la “orientación” de la Reforma Procesal Penal, en tal sentido y dentro del fundamento de dichos cambios, en un acápite que denominó “Acercar la Justicia a las Personas”, expresó (lo destacado es nuestro):

“El propósito de acercar la administración de la justicia penal al ciudadano común y corriente es uno de los grandes objetivos de la reforma procesal penal.

Pero el proyecto –con la sola excepción del insatisfactorio mecanismo previsto respecto de la casación– carece de incentivos para que los pronunciamientos que deba adoptar un tribunal superior sobre el procedimiento penal queden radicados en aquel inmediato, esto es, la Corte de Apelaciones respectiva. El énfasis en que sea la Corte de Apelaciones el órgano llamado naturalmente a decir la última palabra en las causas criminales no persigue impedir que se acuda a la Corte Suprema, sino enfocar apropiadamente este tema: el recurso es una garantía de los derechos de las personas, y no una simple manifestación de la potestad jerárquica del superior. Esta potestad, con su efecto de abocación, que le permite traer hacia sí el conocimiento de un asunto sobre el cual se ha pronunciado un inferior jerárquico, es sólo un medio para

resguardar el papel garantístico del recurso, al entregarle la revisión de la decisión que se impugna a un órgano distinto del que la pronunció.

Desde este punto de vista, parece ser evidente que, si en el procedimiento penal se ha establecido numerosas reglas que garantizan los derechos de las personas –comenzando por la diferenciación entre el órgano público que dirige la investigación y acusa (Ministerio Público), aquel que debe autorizar que se restrinjan los derechos (juez de garantía), y, posteriormente, aquel que juzga (tribunal de juicio oral)–, y un elemento propio del racional y justo procedimiento es la existencia de los recursos, este mandato constitucional se cumple satisfactoriamente con la posibilidad de que la sentencia recaída en el juicio oral sea revisada por la Corte de Apelaciones.

La concepción de la Corte de Apelaciones como el órgano llamado naturalmente a revisar el fallo del tribunal de juicio oral en lo penal y adoptar una decisión de término sobre el mismo, por esta razón, nos ha parecido más apropiada en la línea de acercar la administración de justicia al lugar en que las personas viven y desarrollan sus actividades.

En consecuencia, adoptamos como criterio básico radicar el conocimiento del recurso que se pueda deducir contra la sentencia del tribunal de juicio oral en la respectiva Corte de Apelaciones.

Como explicamos a continuación, reservamos también ciertas circunstancias que permiten acudir ante la Corte Suprema, pero en forma directa, y no adicional al conocimiento del recurso por la Corte de Apelaciones. Pensamos que, si se pudiera recurrir ante la Corte Suprema por el fallo que a su vez dicte la Corte de Apelaciones, se daría una solución inconveniente, que dilataría el término del proceso penal, restando trascendencia a la decisión del tribunal de juicio oral, ante el cual se ha desarrollado todo el proceso; perjudicaría la percepción de las personas acerca de la oportunidad de la justicia, al alejar la resolución definitiva del caso de la fecha en que ocurrieron los hechos, y obligaría a todas las partes a llegar a Santiago, haciéndolas incurrir en mayores desembolsos o, en su caso, recargando la labor de la defensoría penal pública, por la sola decisión que pueda tomar una de ellas. La necesidad de una resolución del conflicto penal con prontitud, pero al mismo tiempo con respeto al derecho de revisión del fallo, se alcanza a nuestro juicio satisfactoriamente si, frente a la sentencia del tribunal de juicio oral en lo penal, se puede recurrir, en ciertos casos, para ante la Corte de Apelaciones y, en otros, para ante la Corte Suprema”.

Junto a lo anterior, y en parte consecuencia de ello, es que en el nuevo CPP, se ha reformulado el carácter de la Corte Suprema. Al respecto, y también para fundamentar su rechazo al “Recurso Extraordinario”, la Cámara Alta, en el 2º Informe que hemos venido citando, fundamentó:

“La Comisión piensa que 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. El propósito orgánico de reestructurar el papel que le compete a la Corte Suprema en materia de recursos, resulta de esta manera perfectamente armónico con el objetivo funcional de acercar la administración de justicia a las personas.

Los razonamientos que preceden reafirman la conveniencia de 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 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.

Teniendo presente esos objetivos, efectuamos el análisis del recurso extraordinario y del recurso de casación, contemplados en el proyecto aprobado por la H. Cámara de Diputados.

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 no sometido a predeterminadas valoraciones legales, no resultaría procedente recurrir de casación con fundamento 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, a 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.

La Comisión consideró razonable esa preocupación, pero le asaltó 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, que se convino 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 realizara vía recurso de apelación.

Después de analizar el tema en numerosas sesiones, la Comisión decidió reformular completamente los recursos extraordinario y de casación, y en su reemplazo crear un recurso de nulidad, medida que no responde a un mero cambio de términos, sino que a innovaciones de fondo.

4. DISPOSICIONES GENERALES SOBRE LOS RECURSOS EN EL NUEVO CPP

Estas normas se contienen en los arts. 352 a 361 del CPP. Las analizaremos a continuación.

A. FACULTAD DE RECURRIR

Se prescribe que pueden recurrir en contra de las resoluciones judiciales el Ministerio Público y los demás intervinientes agraviados por ellas, sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos en la ley.

[Con respecto a la legitimación para recurrir –y su relación con el agravio– resulta útil examinar la situación en Alemania, en palabras de Roxin (C): “a) Quien no es afectado por una decisión que lo perjudica, no tiene un interés jurídicamente protegido en su corrección, por cuya causa tendría que concedérsele un recurso. La existencia de un gravamen es, por ello, presupuesto general material de la interposición de recursos (opinión dominante...); b) La cuestión acerca de si existe un agravio, se debe responder de diversa manera según se trate, por un lado de la fiscalía y, por el otro, del imputado (y otros recurrentes). La fiscalía como autoridad imparcial obligada al aseguramiento del Derecho, sufre un gravamen siempre que –tanto a favor como en contra del imputado– se haya dictado una decisión incorrecta. Por ese motivo, ella puede recurrir aun cuando el tribunal haya accedido a lo requerido por su representante; también puede impugnar en casación la sentencia, en toda su extensión, a favor del acusado... El imputado tiene gravamen solamente cuando ha sido condenado injustamente o con demasiado rigor (no puede interponer un recurso para que se le imponga una pena más grave, privativa de libertad, en lugar de la multa impuesta)].167

B. AUMENTO DE LOS PLAZOS

En el evento que el Juicio Oral haya sido conocido por un tribunal que se constituyó y funcionó en una localidad situada fuera de su lugar de asiento (hipótesis expresamente permitida, recordemos, por los arts. 21 A del COT y 281 del CPP), los plazos legales para la interposición de los recursos se aumentan conforme a la tabla de emplazamiento del art. 259 del CPC.

C. RENUNCIA Y DESISTIMIENTO DE LOS RECURSOS. EFECTOS

Se permite la renuncia expresa de los recursos, una vez notificada la resolución contra la cual proceden. Asimismo, los que han interpuesto un recurso pueden desistirse de él antes de su resolución. Lógicamente, se preceptúa que los efectos del desistimiento no se extienden a los demás recurrentes o a los adherentes al recurso.

En todo caso, si la renuncia o desistimiento del recurso interpuesto quiere realizarla el defensor, requiere mandato expreso del imputado.

D. EFECTO DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO.

La interposición de un recurso no suspende la ejecución de la decisión, salvo que se impugne una sentencia definitiva condenatoria o que la ley disponga expresamente lo contrario. (Esta norma, entre otras consideraciones, implica hacer improcedente la “orden de no innovar” en materia penal).

E. PROHIBICIÓN DE SUSPENDER LA VISTA DE LA CAUSA POR FALTA DE INTEGRACIÓN DEL TRIBUNAL

Se establece que la vista de un recurso penal no puede suspenderse por falta de jueces que puedan integrar la sala. Si es necesario, se interrumpe la vista de recursos civiles para que se integren a la sala jueces no inhabilitados.

Consecuencia de lo expresado es que la audiencia sólo se suspenderá si no se alcanza, con los jueces que conforman ese día el tribunal, el mínimo de miembros no inhabilitados que deben intervenir en ella. (Es decir, se ha limitado al máximo la causal de suspensión del art. 165 N° 2 del CPC que, de no existir esta norma, se habría aplicado).

F. OTRAS CAUSALES DE SUSPENSIÓN

En primer lugar debemos advertir que, el art. 357 del CPP, deja sin aplicación las causales de suspensión de la vista de los números 1° (examen preferente o continuación de la vista de otra causa), 5° (sólo en lo referido a la solicitud de una parte que no sea el recurrente, como veremos, según el inciso final del art. 357), 6° (abogado que tiene otra vista) y 7° (orden del tribunal por falta de un trámite previo estrictamente indispensable) del artículo 165 del CPC.

Por ello, se establece que, al confeccionar la tabla o disponer la agregación extraordinaria de recursos o determinar la continuación para el día siguiente de un pleito, la Corte debe adoptar las medidas necesarias para que la sala que corresponda no vea alterada su labor.

Si en la causa existen personas privadas de libertad, sólo se suspende la vista de la causa por 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.

En relación con la causal más habitual en la práctica actual (suspensión pedida por el recurrente) y la suspensión de común acuerdo, se refiere que la vista sólo puede suspenderse si lo solicita el recurrente o todos los intervinientes facultados para concurrir a ella, obviamente de común acuerdo. Este derecho puede ejercerse una sola vez por el recurrente o por todos los intervinientes, por medio de un escrito que debe presentarse hasta las 12 horas del día hábil anterior a la audiencia correspondiente, a menos que la agregación de la causa se haya efectuado con menos de 72 horas antes de la vista, caso en el cual la suspensión puede solicitarse hasta antes de que comience la audiencia.

G. REGLAS GENERALES DE VISTA DE LOS RECURSOS

Se prescribe que la vista de la causa se efectuará en una audiencia pública. La falta de comparecencia de uno o más recurrentes a la audiencia dará lugar a que se declare el abandono del recurso respecto de los ausentes.

La incomparecencia de uno o más de los recurridos permite proceder en su ausencia.

La audiencia se inicia con el anuncio, tras el cual, sin mediar relación, se otorga la palabra al o los recurrentes para que expongan los fundamentos del recurso, así como las peticiones concretas que formulen. Luego se permite intervenir a los recurridos y finalmente se volverá a ofrecer la palabra a todas las partes con el fin de que formulen aclaraciones respecto de los hechos o de los argumentos vertidos en el debate (esto equivale a decir que se permiten las rectificaciones en relación a materias de derecho, con lo que se hace inaplicable la regla general, del inciso 3° del art. 223 del CPC). En relación con la supresión de la “relación”, como veremos, ella ha sido, en los hechos, modificada por la Corte Suprema, en virtud del acuerdo del Tribunal Pleno de fecha 10 de enero del 2001, en lo referido al recurso de apelación (que establece una relación para examinar la “admisibilidad” de este recurso).

Se permite que, en cualquier momento del debate, cualquier miembro del tribunal pueda 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 (lo que es diferente a la situación actual, prevista en el inciso 5° del art. 223 del CPC).

Finalmente, una vez concluido el debate, el tribunal pronuncia sentencia de inmediato o, si ello no es posible, en un día y hora que dará a conocer a los intervinientes en la misma audiencia. La sentencia será redactada por el miembro del tribunal colegiado que éste designe y el voto disidente o la prevención, por su autor.

H. PRUEBA EN LOS RECURSOS

Por lógica esta posibilidad sólo se puede plantear en el recurso de nulidad, que examinaremos más adelante. En dicho recurso puede producirse prueba sobre las circunstancias que constituyen la causal invocada.

Requisito ineludible es que se haya ofrecido en el escrito de interposición del recurso; y se recibe en la audiencia conforme con las reglas que rigen su recepción en el Juicio Oral. En caso alguno la circunstancia de que no pueda rendirse la prueba dará lugar a la suspensión de la audiencia (art. 359 CPP).

I. DECISIONES SOBRE LOS RECURSOS. EFECTOS. PROHIBICIÓN DE LA “REFORMATIO IN PEIUS” (ART. 360 CPP)

Esta norma es de fundamental importancia, pues establece dos reglas fundamentales, a saber:

a) El tribunal que conoce de un recurso sólo puede pronunciarse sobre las solicitudes formuladas por los recurrentes, quedándole vedado extender el efecto de su decisión a cuestiones no planteadas por ellos o más allá de los límites de lo solicitado. Esta regla reconoce la excepción que expresamos de inmediato y, además, el caso en que se acoja un recurso de nulidad por una causal distinta de la invocada por el recurrente, hipótesis prevista en el art. 379 inciso 2° del CPP.

La excepción a la que recién nos referimos está normada en el inciso 2° de este art. 360 CPP y señala que si sólo uno de varios imputados por el mismo delito entabla el recurso contra la resolución, la decisión favorable que se dicte aprovecha a los demás, a menos que los fundamentos sean exclusivamente personales del recurrente (ej.: minoría de edad), debiendo el tribunal declararlo así expresamente; y

b) Se prohíbe la “reformatio in peius” (reforma en perjuicio) al expresar que, si la resolución judicial ha sido objeto de recurso por un solo interviniente, la Corte no puede reformarla en perjuicio del recurrente (art. 360, inciso final). Nótese la radical diferencia con el inciso 1° del art. 548, del actual CPP (1906).

[Creemos que el sentido correcto de esta expresión, tiene las siguientes consecuencias (XX):

i) “la sentencia no puede ser modificada en perjuicio del acusado, en la clase y extensión de sus consecuencias jurídicas... Con esto se pretende lograr que nadie se abstenga de interponer un recurso por el temor de ser penado de un modo más severo en la instancia siguiente... En cambio no existe una “prohibición de mejorar”, sino que, antes bien, la decisión impugnada sólo por la fiscalía en perjuicio del acusado puede ser modificada a favor de éste... ello rige también cuando es improcedente la apelación del acusado...”.

ii) la prohibición de la reformatio in peius se refiere únicamente a la pena, pero no a la declaración de culpabilidad. Por ello: a) la modificación de una pena privativa de libertad en una pena de multa representará siempre –sin consideración a su

gravedad– una punición atenuada, en tanto la pena privativa de libertad sustitutiva no supere la pena impuesta en primera instancia; b) la prohibición de la reformatio in peius rige también para las medidas de seguridad y corrección...”].168

J. APLICACIÓN SUPLETORIA

Se expresa (art. 361 CPP) que los recursos se rigen por las normas del Libro III del CPP. Empero, supletoriamente, son aplicables las reglas del Título III del Libro Segundo del CPP (Juicio Oral en el Procedimiento Ordinario).

5. RECURSO DE REPOSICIÓN

Tradicionalmente, se ha definido a este recurso como una vía de impugnación que persigue que, el mismo tribunal que pronunció la resolución gravosa, la modifique o la deje sin efecto.

El nuevo CPP, distingue dos tipos de reposición:

- a) La reposición respecto de resoluciones pronunciadas en audiencias orales; y
- b) La reposición respecto de resoluciones dictadas fuera de las audiencias

A la primera de ellas se refiere el art. 363 del CPP que ordena que, el recurso, deba promoverse tan pronto se dicte la resolución y sólo será admisible cuando ésta no haya sido precedida de debate. La tramitación se efectúa verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronuncia el fallo.

En lo que dice relación con la reposición de las resoluciones dictadas fuera de una audiencia, se consagra una norma similar al actual art. 56 del CPP (1906), prescribiendo que, de las sentencias interlocutorias, de los autos y de los decretos dictados fuera de audiencias, puede pedirse reposición al tribunal que los ha pronunciado. El recurso debe interponerse dentro de tercero día y ser fundado.

El tribunal se pronuncia de plano, pero podrá oír a los demás intervinientes si se ha deducido en un asunto cuya complejidad así lo aconseje.

Cuando la reposición se interponga respecto de una resolución que también sea susceptible de apelación y no se deduzca a la vez este recurso para el caso de que la reposición sea denegada, se entenderá que la parte renuncia a la apelación.

La reposición no tiene efecto suspensivo, salvo cuando contra la misma resolución proceda también la apelación en este efecto (art. 362 CPP).

6. RECURSO DE APELACIÓN

En el nuevo CPP todavía podemos definir a este recurso como: aquel que tiene por objeto que el tribunal superior respectivo, conociendo los aspectos de hecho y jurídicos, enmiende, con arreglo a derecho, la resolución pronunciada por el inferior.

A continuación, analizaremos las distintas normas que rigen en la materia (básicamente los arts. 364 a 371 del CPP).

A. RESOLUCIONES INAPELABLES

Se regula expresamente que serán inapelables las resoluciones dictadas por un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal (art. 364 del CPP).

Esta norma es de toda lógica a la luz de los principios generales antes esbozados, que informan el Juicio Oral y los Recursos en el nuevo procedimiento. Sin embargo, del tenor del art. 364 citado (y también del art. 370 CPP), deberemos entender que, en lo relacionado con la resolución que resuelva acerca de la medida cautelar de la prisión preventiva, medida que también puede dictar el Tribunal de Juicio Oral como sabemos, no se aplicaría la norma del art. 149 del CPP, que señala que la resolución que ordena, mantiene, niega lugar o revoca la prisión preventiva, es apelable cuando ha sido dictada en una audiencia.

Por ende, si es el Tribunal del Juicio Oral en lo Penal el que ha resuelto sobre la prisión preventiva de un imputado, por ejemplo disponiéndola, su resolución es inapelable. A idéntica conclusión podemos llegar si examinamos la competencia de las Cortes de Apelaciones en segunda instancia, de acuerdo al actual tenor del art. 63 del COT, sustituido por el art. 1º N° 7) de la ley N° 19.708, publicada el 5 de enero del 2001.

B. TRIBUNAL ANTE EL QUE SE ENTABLA

El recurso de apelación debe entablarse ante el mismo juez que haya dictado la resolución y éste lo concede o lo deniega.

C. PLAZO PARA INTERPONERLO.

TÉRMINO PARA COMPARECER EN EL TRIBUNAL DE ALZADA

Debe entablarse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada (recuérdense las normas sobre notificaciones que examinamos en la Primera Parte de este Capítulo, en especial el art. 30 del CPP). Lo dicho debe entenderse sin perjuicio del art. 14, inciso 2º, del CPP (se prorroga si vence en día feriado) y en el art. 17 CPP (concesión de nuevo plazo por hecho no imputable, caso fortuito, etc.).

En relación con la comparecencia ante el tribunal superior, debemos decir que los intervinientes, y en particular quien recurre, tienen el plazo de cinco días para comparecer, para continuar el recurso, en su caso con los aumentos pertinentes (art. 200 del Código de Procedimiento Civil y art. 52 del Código Procesal Penal).

D. FORMA DE INTERPOSICIÓN. REQUISITOS

Debe ser interpuesto por escrito, con indicación de sus fundamentos y de las peticiones concretas que se formulan. Ello implica que el imputado privado de libertad al que se le notifica la resolución que le niega la libertad, no puede apelar en forma verbal. (Por lo demás así lo reconoce la Corte Suprema, según veremos). Asimismo, el recurrente debe cumplir también con lo dispuesto por el art. 31 del CPCL, aplicable por la remisión que hace el artículo 52 del CPPI (acompañar el escrito con las copias necesarias para notificar).

E. EFECTOS DEL RECURSO

Por regla general, en el nuevo procedimiento, la apelación se concede en el solo efecto devolutivo, a menos que la ley señale expresamente lo contrario (como ocurre, por ejemplo, en el art. 277 CPP, respecto de la apelación que el Ministerio Público deduce contra el Auto de Apertura del Juicio Oral).

F. RECURSO DE HECHO

Al igual que en el actual procedimiento penal, pervive el Recurso de Hecho, por su íntima vinculación con la apelación.

Como causales, se señala que procede cuando:

- i) Se denegó el recurso de apelación que era procedente;
- ii) Se concedió éste siendo improcedente; o
- iii) Se otorgó con efectos no ajustados a derecho (en ambos efectos cuando procedía sólo el devolutivo o sólo en el efecto devolutivo cuando, excepcionalmente, procedía en ambos).

En tales casos, los intervinientes pueden ocurrir de hecho, dentro de tercero día, ante el tribunal de alzada, con el fin de que resuelva si hay lugar o no al recurso de apelación y cuáles deben ser sus efectos.

Presentado el recurso, el tribunal de alzada solicita, cuando corresponda, los antecedentes señalados en el art. 371 CPP (copia fiel de la resolución y demás pertinentes) y luego falla en cuenta.

Obviamente, si acoge el recurso por haberse denegado la apelación, retiene tales antecedentes o los recaba, si no los ha pedido, para pronunciarse sobre la apelación (art. 369 CPP).

G. RESOLUCIONES APELABLES

Consecuente con el art. 364 CPP, se expresa que, las resoluciones dictadas por el Juez de Garantía son apelables en los siguientes casos:

- a) Cuando pongan término al procedimiento, hagan imposible su prosecución o la suspendan por más de treinta días, y
- b) Cuando la ley lo señale expresamente.

H. ANTECEDENTES A REMITIR CONCEDIDO EL RECURSO

Concedido el recurso, el juez debe remitir al tribunal de alzada copia fiel de la resolución y de todos los antecedentes que sean pertinentes para un acabado pronunciamiento sobre el recurso. Se aplica en esta materia el art. 198 del CPC, es decir, se remiten los antecedentes al día siguiente de la última notificación.

I. ADHESIÓN A LA APELACIÓN

Legalmente (art. 216 del CPC), se define a la adhesión como “pedir la reforma de la sentencia penal en la parte que la estime gravosa el apelado”. En relación a esta institución, atendido que no se prohíbe, teniendo presente las normas de los arts. 52, 354, 361 del CPP, y el hecho que, como veremos, respecto del recurso de nulidad se permite expresamente, podemos sostener que es procedente en el nuevo procedimiento.

J. INSTRUCCIONES DE LA EXCMA. CORTE SUPREMA SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

Como adelantamos, por acuerdo del Tribunal Pleno de fecha 10 de enero de 2001, la Corte Suprema impartió instrucciones, en relación con el recurso de apelación en el nuevo CPP. Ellas son las siguientes (los destacados son nuestros):

1.- El plazo establecido en el artículo 366 para interponer el recurso es fatal, corrido e improrrogable, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 14, inciso segundo (vencimiento del plazo en día feriado) y en el artículo 17 (hecho no imputable, defecto en la notificación, caso fortuito y otros).

2.- La apelación debe deducirse por escrito, con fundamento y conteniendo las peticiones concretas que se formulen (art. 367); de consiguiente no puede apelarse, aun fundando el recurso, oralmente en las audiencias orales.

El imputado privado de libertad queda sujeto a la misma obligación, en consecuencia, no es admisible una apelación verbal que pudiere deducir al momento de notificarse de alguna resolución que fuere apelable.

Si no se cumplen los requisitos señalados por el art. 367, la apelación es inadmisibles (art. 201 del Código de Procedimiento Civil en relación con el art. 52 del Código Procesal Penal).

El recurrente deberá cumplir también con lo dispuesto por el artículo 31 del Código de Procedimiento Civil, aplicable en la especie por el artículo 52 del Código Procesal Penal (acompañamiento del escrito con las copias necesarias para notificar).

3.- La orden de no innovar (art. 192 incs. 2º y 3º del Código de Procedimiento Civil) no procede en las apelaciones regladas por el Código Procesal Penal, por estar en contraposición con lo dispuesto por su artículo 355.

4.- Concedido el recurso por el tribunal de primera instancia, conforme lo dispone el artículo 371 debe remitir al de alzada copia fiel de la resolución y de todos los antecedentes que obren su poder en el plazo indicado en el artículo 198 del Código de Procedimiento Civil (art. 52).

5.- Los antecedentes que el tribunal de primera instancia ha de remitir al de alzada según el artículo 371 han de ser todos los que se encuentren en poder de aquél, debidamente fotocopiados los escriturados o que puedan serlo y materialmente los restantes. En esos antecedentes se certificará quiénes son los intervinientes, debidamente individualizados, como aquellos que son sus abogados y apoderados, o que se carece de ellos, la resolución recurrida, su fecha y los jueces que la dictaron, con la constancia de su notificación.

6.- Los intervinientes, en particular quien recurre, tienen el plazo de cinco días para comparecer ante el tribunal de alzada para continuar el recurso, en su caso con los aumentos pertinentes (art. 200 del Código de Procedimiento Civil y art. 52 del Código Procesal Penal). El secretario del tribunal de alzada deberá certificar la fecha de ingreso de los antecedentes remitidos por el tribunal de primera instancia; la notificación personal del recurrente de ese certificado o de la primera resolución que se dicte se entenderá que es una forma de comparecer para continuar el recurso.

Si el recurrente no asiste a la audiencia de vista del recurso, lo que podrá hacer siempre que se haya apersonado oportunamente en el tribunal de alzada, se tendrá por abandonada la apelación, como lo dispone el artículo 358 inciso 2º del Código Procesal Penal.

7.- La admisibilidad del recurso en el tribunal de alzada será objeto de pronunciamiento de la Sala que le corresponda conocer de la apelación. Ese conocimiento lo tomará en cuenta efectuada por el relator pertinente, como lo disponen los artículos 71 y 372 del Código Orgánico de Tribunales, 161 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 52 del Código Procesal Penal, que informará además de los antecedentes elevados. Esta cuenta se hará el día designado para la vista del recurso, con inmediata anterioridad a la audiencia que prescribe el artículo 358.

Para estos efectos el recurso será proveído por el tribunal de alzada (su Presidente) de manera inmediata a su recepción, y sin esperar la comparecencia del recurrente, citando para la audiencia en que se procederá a su vista, dejando constancia en la resolución, que lo es sin perjuicio de lo que se resuelva oportunamente respecto de su admisibilidad. Si la Sala en la cuenta de los antecedentes previa a la vista del recurso estimare más conveniente escuchar a las partes sobre la admisibilidad, podrá pronunciarse sobre el punto al iniciar la audiencia en que se verá el recurso de apelación.

La vista de la causa deberá fijarse para una audiencia posterior al quinto día hábil de ingresados los antecedentes respectivos al tribunal, con excepción de la situación indicada en la instrucción número ocho (8).

8.- Las apelaciones relativas a la prisión preventiva del imputado, u otra medida cautelar personal en su contra, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 69 del Código Orgánico de Tribunales, se agregarán a la tabla extraordinariamente, como se expresa en la disposición citada, para el día siguiente hábil del ingreso a la Secretaría de los antecedentes elevados por el tribunal de primera instancia o para el mismo día en casos urgentes, sin esperar la comparecencia del recurrente. La admisibilidad del recurso y la audiencia de la vista del mismo se realizará de acuerdo con las modalidades antes señaladas, en esta situación el recurrente podrá comparecer al tribunal de alzada hasta que se inicie la cuenta sobre la admisibilidad del recurso.

La consulta y la apelación de la resolución dictada en relación a un delito terrorista, según lo ordena el artículo 19 N° 7 letra e) en el inciso segundo, de la Constitución Política de la República se sujetarán a las modalidades que se han indicado precedentemente, siempre que en el trámite de la consulta se haya hecho parte alguno de los intervinientes afectados; de no ser así, la vista se llevará a cabo aunque no comparezca nadie a la audiencia respectiva, con el mérito de los antecedentes.

9.- La notificación de las resoluciones que se dicten por el tribunal de alzada fuera de la audiencia de vista del recurso, se practicarán conforme lo señala el artículo 221 del Código de Procedimiento Civil (por el estado diario, con excepción de la primera).

10.- El tribunal de alzada podrá –al iniciar la vista del recurso– señalar el tiempo de duración de la intervención del fiscal y de los demás intervinientes con derecho a hacerlo. En cualquier momento podrá limitar esa intervención cuando se extienda a materias o asuntos impertinentes al recurso.

El relator que dé cuenta de los antecedentes del recurso para el análisis de su admisibilidad, será el encargado de autorizar el acta de registro de la audiencia en tanto no se determine una modalidad distinta de hacerlo. Ante ese relator deberá anotarse el fiscal y los intervinientes que habiendo comparecido oportunamente a la instancia participarán en la audiencia en que se conocerá el recurso, lo que se certificará en los antecedentes respectivos.

K. MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 69 DEL COT.

“RADICACIÓN” DE CIERTAS CAUSAS

Para adecuar la competencia de las Cortes de Apelaciones en la materia, la ley N° 19.708, publicada en el Diario Oficial de fecha 5 de enero de 2001, sustituyó los incisos cuarto y quinto, y eliminó el sexto, del art. 69 del COT, en los siguientes términos:

“Sin embargo, los recursos de amparo y las apelaciones relativas a la libertad de los imputados u otras medidas cautelares personales en su contra serán de competencia de la sala que haya conocido por primera vez del recurso o de la apelación, o que hubiere sido designada para tal efecto, aunque no hubiere entrado a conocerlos.

Serán agregados extraordinariamente a la tabla del día siguiente hábil al de su ingreso al tribunal, o el mismo día, en casos urgentes:

1° Las apelaciones relativas a la prisión preventiva de los imputados u otras medidas cautelares personales en su contra;

2° Los recursos de amparo, y

3° Las demás que determinen las leyes”.

De lo anterior se desprende que, al igual que actualmente en estas materias, la Sala que conoce por primera vez “radica” el conocimiento de las veces posteriores en que la misma causa sea revisada por el tribunal colegiado. No obstante, la nueva frase “o que hubiere sido designada para tal efecto, aunque no hubiere entrado a conocerlos” (unida a la necesidad de mandato expreso al efecto, según el art. 354 CPP) provocará, por ejemplo, que disminuya el porcentaje de “desistimientos” del recurso, ante el tribunal superior, en materia de apelaciones de excarcelaciones denegadas en primera instancia (desistimientos que normalmente se deben a una integración de la Sala respectiva considerada desfavorable por el recurrente).

7. EL RECURSO DE NULIDAD

Este recurso es una vía de invalidar todo el Juicio Oral, o sólo la sentencia definitiva pronunciada en éste. Se regula en los arts. 372 a 387 del CPP, normas que analizaremos un poco más adelante.

7.1. Historia fidedigna del establecimiento de este recurso

Como vimos algunos puntos atrás, la introducción de este recurso y el abandono definitivo del recurso de casación y del recurso extraordinario, fueron obra del Senado, que reformuló cabalmente el sistema de impugnación de la sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.

Concretamente, a este respecto y por ser un elemento valioso en el entendimiento de los principios y normas concretas que revisaremos más adelante, debemos citar algunos de los fundamentos que tuviera en vista la Cámara Alta, para proceder de la forma mencionada, los que se adicionan a los que ya citáramos a propósito de las reglas generales en materia de recursos, en el nuevo CPP. En lo pertinente, la Comisión respectiva del Senado expresó, en su segundo informe (los destacados son nuestros):

“Establecimos dos causales genéricas del recurso de nulidad: la vulneración de derechos o garantías, y la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo.

Es, por tanto, un recurso que apunta a dos objetivos perfectamente diferenciados: la cautela del racional y justo procedimiento (mediante el pronunciamiento de un tribunal superior sobre si ha habido o no respeto por las garantías básicas en el juicio oral y en la sentencia recaída en él, de forma que, si no hubiese sido así, los anule) y el respeto de la correcta aplicación de la ley (elemento que informa el recurso de casación clásico, orientado a que el legislador tenga certeza de que los jueces se van a atener a su mandato), pero ampliado en general a la correcta aplicación del derecho, para incorporar también otras fuentes formales integrantes del ordenamiento jurídico.

La Comisión 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. Estructurar el recurso sobre la base de causales específicas expondría a vulnerar esa garantía, porque dejaría excluidas algunas materias que no podrían ser objeto del recurso.

Por otra parte, la Comisión quiso dejar establecidos con claridad los casos en que estará llamada a conocer del recurso la respectiva Corte de Apelaciones, y aquellos en que el tribunal competente será la Corte Suprema.

Tuvimos presente la necesidad de que la Corte Suprema robustezca su papel de fijar estándares jurídicos básicos, en una función que no sólo es de control sino que de carácter normativo, de la cual resulten ciertos criterios que apunten a la uniforme aplicación del Derecho. Coincidimos en ese punto con el Pleno del máximo Tribunal en la reunión que sostuvimos el 16 de mayo pasado, que nos fue de extraordinaria utilidad para afinar este punto.

De allí que, en relación con el primer rubro de causales, la Comisión resolvió seguir las directrices del Capítulo I de la Constitución Política, y dar competencia anulatoria a la Corte Suprema cuando la sentencia haya infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.

Le corresponderá conocer del recurso a la respectiva Corte de Apelaciones, en cambio, 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 a las garantías. En otros términos, los motivos absolutos de nulidad son 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.

Es preciso observar que uno de los motivos absolutos de nulidad consiste en que la sentencia hubiere 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 dieron por probados. De esa 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 se apreció 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.

En lo que concierne al segundo rubro de causales, consistente en la errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, la Comisión 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, por lo que su labor penal debería verse reducida significativamente.

Sin perjuicio de lo expresado, nos hicimos cargo de la posibilidad de que, respecto de la materia de derecho objeto del recurso existan distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores. Es el caso, por ejemplo, de sentencias discrepantes sobre un mismo punto jurídico que hubieren sido pronunciadas por la propia Corte de Apelaciones, otra u otras Cortes de Apelaciones o, incluso, la Corte Suprema, especialmente en su etapa anterior a la actual especialización de las salas en que desarrolla su trabajo. En este evento, consideramos desde todo punto de vista recomendable, para velar por la uniformidad jurisprudencial y lo que ella involucra frente a valores preciados para nuestro ordenamiento como son la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, que el conocimiento del recurso no quede radicado en la Corte de Apelaciones, sino en la Corte Suprema.

Por razones de economía procesal, optamos por radicar en la Corte Suprema el conocimiento de los recursos fundados en distintas causales, cuando correspondiere pronunciarse sobre algunas a la Corte de Apelaciones y sobre otras a la Corte Suprema, y de los distintos recursos que se interpusieren en contra de un mismo fallo, cuando respecto de las causales invocadas se diere la misma situación.

En los casos en los que se presente el recurso para ante la Corte Suprema pero ésta, al realizar su estudio de admisibilidad, estime, por no darse los supuestos legales de su intervención, que el tribunal competente es la Corte de Apelaciones, ordenará que se le envíe el recurso y sus antecedentes para que se pronuncie. De esta manera se entrega a la propia Corte Suprema la labor de determinar, a la luz de los hechos invocados como fundamento del recurso, si ellos configuran o no la causal respectiva, lo que redundará en una mayor flexibilidad, que es perfectamente congruente con la labor de dirección y control superiores respecto de la aplicación de las garantías y de la uniformidad jurisprudencial que esta Comisión estima que le corresponde a nuestro máximo Tribunal”.

7.2. Características principales del Recurso de Nulidad¹⁶⁹

A. SUPERACIÓN DEL CLÁSICO RECURSO DE CASACIÓN

No debe haber confusión entre el nuevo recurso de nulidad y el recurso de casación que tradicionalmente se ha conocido en nuestro país. Como sabemos, actualmente, se divide tal recurso (tanto la civil como la penal) entre Casación en la Forma y Casación en el Fondo. La primera procede, en general en materia criminal, contra aquella sentencia pronunciada mediando una infracción de normas meramente adjetivas (“ordenatoria litis”), enumeradas taxativamente en el art. 541 del CPP (1906); en tanto que la casación en el fondo procede contra las normas de fondo (“decisoria litis”), por causales de infracción de ley previstas taxativamente en el art. 546 del CPP (1906), a diferencia del art. 767 del CPC, donde la causal es sólo genérica.

“Pero más importante que su regulación normativa, el problema es que en nuestro medio jurídico a este recurso se lo seguía considerando, tal cual se hacía en sus orígenes inmediatamente después de la Revolución Francesa, sólo como un medio para controlar la aplicación estricta de la ley por parte de los jueces, que de acuerdo a una concepción positivista, es la manifestación de la voluntad soberana, la razón escrita, de modo que a los juzgadores no les está permitido apartarse un ápice de su tenor literal al aplicarla en los casos concretos. Y, por tanto, el recurso de casación se debe acoger cada vez que el juez de la instancia al aplicarla se aparta de la norma escrita, que admite una sola interpretación correcta (...) la que realiza la Corte Suprema (...).

En Chile, lo cierto es que nunca se aplicó plenamente el concepto político del recurso de casación según el modelo original francés, sino que desde un comienzo se aplicó el modelo de casación español o “bastardo”, que dividiéndolo en casación en la forma y en el fondo, lo ha estimado siempre un recurso judicial, que no necesariamente da lugar a una sentencia de reenvío, sino que en determinadas hipótesis se obliga al mismo tribunal de casación a pronunciar inmediatamente la sentencia de reemplazo”.170

La realidad antedicha es la que viene a ser superada con la instauración del nuevo Recurso de Nulidad que analizamos.

B. FINALIDADES

En conformidad con lo someramente expuesto y transcrito, éstas las podríamos resumir en:

i) Procurar el respeto de las garantías y derechos fundamentales. Esta finalidad se deduce del mero examen de las causales que hacen procedente la interposición del recurso y, además, de su relación con el régimen de nulidades procesales, que revisamos en la Segunda Parte de este Capítulo;

ii) Obtener sentencias que hagan una acertada interpretación de las normas de derecho. Este es el más tradicional de los fines que se atribuía al recurso de casación. Esta finalidad se deduce del tenor del art. 373, letra b) del nuevo CPP, donde se hace procedente el recurso de nulidad porque la sentencia ha hecho una aplicación errónea del “derecho” (concepto más rico y amplio que el de “infracción de ley” que era el tradicional), que ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo (esta última entidad de la influencia es un concepto tradicional, lo que permitirá aprovechar la jurisprudencia que, en relación a él, se ha acumulado), y

iii) Lograr que la Corte Suprema uniforme la aplicación del Derecho. Finalidad ésta que se deduce expresamente de la historia fidedigna del establecimiento de las normas, según apuntáramos.

7.3. Reglamentación

A. SENTENCIAS O TRÁMITES IMPUGNABLES

El recurso de nulidad se puede utilizar para invalidar:

i) La sentencia definitiva del Juicio Oral;

ii) El Juicio Oral (es decir, el vicio de nulidad podría producirse en el fallo que pone término al Juicio Oral o en la tramitación durante ese Juicio, que fundamenta la sentencia) (art. 372 CPP);

iii) Sentencia definitiva dictada en el procedimiento simplificado (de los arts. 388 y siguientes), por remisión del art. 399 CPP; y

iv) Sentencia definitiva pronunciada en el procedimiento por delitos de acción privada, por remisión del art. 405 CPP.

No es procedente el recurso en el caso de la sentencia definitiva pronunciada en el Procedimiento Abreviado (según el art. 414 CPP, sólo procede la apelación). Dicha limitación es lógica, toda vez que, en este procedimiento, el Juez de Garantía resuelve sobre la base de los antecedentes de la investigación que constan por escrito y que el tribunal de alzada también conocerá.

B. CAUSALES Y MOTIVOS ABSOLUTOS DEL RECURSO

Distinguir entre unos y otros tiene importancia, desde el punto de vista procesal, para determinar el tribunal competente. Empero, primeramente debemos señalar que, en conformidad con los principios generales de la nulidad procesal (“trascendencia”), se prescribe que aquellos defectos no esenciales, es decir, los errores de la sentencia recurrida que no influyan en su parte dispositiva, no causan la nulidad, sin perjuicio de lo cual la Corte puede corregir los que advierta durante el conocimiento del recurso (art. 375 CPP).

Las causales del recurso, se consagran en el art. 373 del CPP y son:

a) Cuando, en la tramitación del juicio o en el pronunciamiento de la sentencia, se hayan 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 hace una errónea aplicación del derecho que haya influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo.

Por su parte, los “motivos absolutos de nulidad”, que producen, como lo dice la norma del art. 374 del CPP, que el Juicio Oral y la sentencia sean siempre anulados, son:

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;

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 arts. 284 (Jueces y Fiscal) y 286 (Defensor) del CPP;

c) Cuando al defensor se le hubiere impedido ejercer las facultades que la ley le otorga;

d) Cuando en el juicio oral hubieren sido violadas las disposiciones establecidas por la ley sobre publicidad y continuidad del juicio;

e) Cuando, en la sentencia, se hubiere omitido alguno de los requisitos previstos en el art. 342, letras c) –exposición de los medios de prueba y valoración de la prueba–, d) –razones legales o doctrinales– o e) –resolución de condena o absolución de cada uno de los acusados, por cada uno de los delitos, sobre la responsabilidad civil y monto de las indemnizaciones–;

f) Cuando la sentencia se hubiere dictado con infracción de lo prescrito en el art. 341 del CPP (violación del principio de congruencia o inadvertencia sobre apreciación de agravantes o una nueva calificación jurídica); y

g) Cuando la sentencia hubiere sido dictada en oposición a otra sentencia criminal pasada en autoridad de cosa juzgada.

C. TRIBUNAL COMPETENTE

Los tribunales competentes, como se ha advertido, son dos, a saber: la Corte de Apelaciones respectiva o la Corte Suprema, lo que dependerá de la causal o motivo que se esgrima, como fundamento del recurso.

Así, se ha establecido que el conocimiento del recurso que se funda en la causal prevista en el art. 373, letra a) del CPP, corresponde a la Corte Suprema.

Si el recurso se funda en las causales señaladas en el art. 373, letra b), y en el art. 374 del CPP, conocerá la respectiva Corte de Apelaciones.

Sin embargo, si el recurso se funda en la letra b) del art. 374 CPP y, respecto de la materia de derecho objeto del mismo existen distintas interpretaciones sostenidas en diversos fallos emanados de los tribunales superiores, corresponde pronunciarse a la Corte Suprema.

Asimismo, si un recurso se funda en distintas causales y, por aplicación de las reglas anteriores, corresponde el conocimiento de al menos una de ellas a la Corte Suprema, ésta se pronuncia sobre todas. Lo mismo sucede si se deducen distintos recursos de nulidad contra la sentencia y entre las causales que los fundan hay una respecto de la cual corresponde pronunciarse a la Corte Suprema.

D. PREPARACIÓN DEL RECURSO

Si la infracción invocada como motivo del recurso se refiere a una ley que regula el procedimiento, el recurso sólo es admisible cuando quien lo entabla ha reclamado oportunamente del vicio o defecto.

Esta preparación no es necesaria cuando:

i) Se trata de alguna de las causales del art. 374 CPP;

ii) La ley no admite recurso alguno contra la resolución que contiene el vicio o defecto;

iii) El vicio ha tenido lugar en el pronunciamiento mismo de la sentencia que se trata de anular;

iv) El vicio o defecto ha llegado al conocimiento de la parte después de pronunciada la sentencia; (art. 377 CPP), y agreguemos;

v) Se solicitó, en su oportunidad, la nulidad procesal y el tribunal no resolvió la cuestión de conformidad a lo solicitado (art. 165 CPP).

E. PLAZO Y REQUISITOS

El recurso debe interponerse por escrito, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia definitiva, ante el tribunal que ha conocido del Juicio Oral (inciso 2º art. 372 CPP). Por su parte, el escrito en que se interponga el recurso de nulidad, según el caso, debe:

i) Consignar los fundamentos del mismo y las peticiones concretas que se someten al fallo del tribunal;

ii) Si el recurso se funda en varias causales (lo que está expresamente permitido), se debe indicar si se invocan conjunta o subsidiariamente. Además, cada motivo de nulidad debe ser fundado separadamente; y

iii) Cuando el recurso se funda en la causal del art. 373, letra b) –errónea aplicación del derecho, con influencia sustancial–, y el recurrente sostiene que, por aplicación del inciso tercero del art. 376 –distintas interpretaciones en diversos fallos de los tribunales superiores–, su conocimiento corresponde a la Corte Suprema, debe, además, indicar en forma precisa los fallos en que se han sostenido las distintas interpretaciones que invoca y acompañar copia de las sentencias o de las publicaciones que se hayan efectuado del texto íntegro de las mismas.

F. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO

La interposición del recurso suspende los efectos de la sentencia condenatoria recurrida. En los demás casos no suspende, salvo norma expresa.

Interpuesto el recurso, no pueden invocarse nuevas causales. Con todo, la Corte, de oficio, puede acoger el recurso que se ha deducido en favor del imputado por un motivo distinto del invocado por el recurrente, siempre que aquél sea alguno de los motivos absolutos del art. 374 CPP (art. 379 CPP).

G. ADMISIBILIDAD DEL RECURSO EN EL TRIBUNAL A QUO. DISCUSIÓN EN EL TRIBUNAL AD QUEM. FACULTADES DE ESTE ÚLTIMO TRIBUNAL. FACULTADES ESPECIALES DE LA CORTE SUPREMA. ADHESIÓN

Interpuesto el recurso, el tribunal a quo se pronuncia sobre su admisibilidad.

La inadmisibilidad sólo puede fundarse en:

- i) haberse deducido contra una resolución que no sea impugnabile por este medio; o
- ii) en haberse interpuesto fuera de plazo. Vale decir razones meramente formales.

Se establece la posibilidad de interponer una reposición, dentro de tercero día contra la resolución que declara la inadmisibilidad (art. 380 CPP).

La norma del art. 380 del CPP, sobre la admisibilidad ante el tribunal inferior, debe relacionarse con los dos primeros incisos del art. 382 CPP que, en tal materia, señalan una tramitación previa ante la Corte que corresponda, la que tiene mayores facultades, y con lo preceptuado en el art. 383 del CPP.

Así, se expresa que, ingresado el recurso a la Corte, se abre un plazo de 5 días para que las demás partes soliciten que se le declare inadmisibile, se adhieran a él o le formulen observaciones por escrito.

Asimismo, en relación con las posibilidades de actuación del tribunal ad quem, en materia de admisibilidad, se prescribe que, transcurrido el plazo de 5 días antes citado, este tribunal superior se pronuncia en cuenta acerca de la admisibilidad del recurso.

Lo puede declarar inadmisibile si:

- i) Concurren las razones contempladas en el art. 380 CPP (resolución no susceptible del recurso o extemporaneidad);
- ii) El escrito de interposición carece de fundamentos de hecho y de derecho o de peticiones concretas; o
- iii) El recurso no se preparó oportunamente.

Sin embargo, si el recurso se ha deducido para ante la Corte Suprema, ella puede no pronunciarse sobre su admisibilidad, sino que ordenar que sea remitido junto con sus antecedentes a la Corte de Apelaciones respectiva para que ésta, si lo estima admisible, entre a conocerlo y fallarlo, en tres casos:

a) Si el recurso se funda en la causal prevista en el art. 373, letra a) del CPP (infracción sustancial de derechos o garantías), y la Corte Suprema estima que, de ser efectivos los hechos invocados como fundamento, serían constitutivos de alguna de las causales señaladas en el art. 374 CPP (es decir, derivado de la infracción sustancial de derechos o garantías se ha configurado un “motivo absoluto” de nulidad);

b) Si, respecto del recurso fundado en la causal del art. 373, letra b) del CPP (errónea aplicación del derecho con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo), la Corte Suprema estima que no existen distintas interpretaciones sobre la materia de derecho objeto del mismo o, aun existiendo, no sean determinantes para la decisión de la causa; y

c) Si en alguno de los casos previstos en el inciso final del art. 376 CPP (recurso fundado en distintas causales), la Corte Suprema estima que concurre respecto de los motivos de nulidad invocados alguna de las situaciones anteriores, recién expuestas en las letras a) y b).

Finalmente, en lo referido a la adhesión al recurso, ésta debe cumplir con todos los requisitos necesarios para interponerlo y su admisibilidad se resuelve de plano por la Corte.

H. DESIGNACIÓN DE UN DEFENSOR PENAL PÚBLICO

Se permite que, hasta antes de la audiencia en que se conozca el recurso, el acusado pueda solicitar la designación de un defensor penal público con domicilio en la ciudad asiento de la Corte, para que asuma su representación, cuando el juicio oral se ha desarrollado en una ciudad distinta (inciso final art. 382 CPP).

I. ANTECEDENTES A REMITIR CONCEDIDO EL RECURSO, POR EL TRIBUNAL A QUO

Concedido el recurso, el tribunal remite a la Corte copia de la sentencia definitiva, del registro de la audiencia del juicio oral o de las actuaciones determinadas de ella que se impugnan, y del escrito en que se haya interpuesto el recurso (art. 381 CPP).

J. FALLO DEL RECURSO. PLAZO Y CONTENIDO

La Corte debe fallar el recurso dentro de los 20 días siguientes a la fecha en que haya terminado de conocer de él (art. 384 CPP).

En la sentencia, el tribunal debe:

- i) Exponer los fundamentos que sirven de base a su decisión;
- ii) Pronunciarse sobre las cuestiones controvertidas, salvo que acoja el recurso, en cuyo caso puede limitarse a la causal o causales que le hayan sido suficientes; y
- iii) Declarar si es nulo o no el juicio oral y la sentencia definitiva reclamados, o si solamente es nula dicha sentencia, en los casos del art. 385 CPP.

K. NULIDAD EXCLUSIVA DE LA SENTENCIA. SENTENCIA DE REEMPLAZO. CASOS

La Corte puede invalidar sólo la sentencia y dictar, sin nueva audiencia pero separadamente, la sentencia de reemplazo que se conforme a la ley, si la causal de nulidad no se refiere a formalidades del juicio ni a los hechos y circunstancias que se hayan dado por probados, sino que:

- i) Se deba a que el fallo ha calificado de delito un hecho que la ley no considera tal;
- ii) El fallo ha aplicado una pena cuando no procede aplicar pena alguna, o
- iii) Ha impuesto una superior a la que legalmente corresponde (art. 385 CPP).

L. NULIDAD DEL JUICIO ORAL Y DE LA SENTENCIA

Salvo los casos recién mencionados, si la Corte acoge el recurso debe:

- i) Anular la sentencia y el juicio oral,
- ii) Determinar el estado en que debe quedar el procedimiento; y
- iii) Ordenar la remisión de los autos al tribunal no inhabilitado que corresponde, para que éste disponga la realización de un nuevo juicio oral.

Se norma expresamente que no es 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.

M. IMPROCEDENCIA DE RECURSOS

Se impone la regla general que la resolución que falla un recurso de nulidad no es susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme que, someramente, detallaremos más adelante.

Tampoco es susceptible de recurso alguno la sentencia que se dicta en el nuevo Juicio Oral que se realice como consecuencia de la resolución que acogió el recurso de nulidad. Empero, y lógicamente, si la sentencia (del nuevo juicio) es condenatoria y la que se anuló fue absolutoria, procede el recurso de nulidad en favor del acusado, según las reglas que hemos visto (art. 387 CPP).

8. REVISIÓN

A esta institución, que técnicamente no es un recurso, nos referiremos en el Capítulo siguiente.

CAPÍTULO IV

EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

CONDENATORIAS Y DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

1. INTERVINIENTES Y TRIBUNAL COMPETENTE

El principio general en esta materia es que, durante la ejecución de la pena o de la medida de seguridad, sólo pueden intervenir, ante el Juez de Garantía competente, el Ministerio Público, el imputado y su defensor.

El condenado o el curador, en su caso, pueden ejercer durante la ejecución de la pena o medida de seguridad todos los derechos y facultades que la normativa penal y penitenciaria les otorgue (art. 466 CPP).

Respecto a cuál es el Juez de Garantía competente, ello se establece en el nuevo art. 113 del COT (reemplazado por la ley N° 19.708). Esa norma señala que la ejecución de las resoluciones corresponde a los tribunales que las hubieren pronunciado en primera o en única instancia. Ese es, a su vez, el principio general. Empero, en esta materia, utilizar esa regla, si hubo Juicio Oral, significa que debería conocer de la ejecución de la pena el Tribunal de Juicio Oral en lo Penal que la impuso, lo que escapa a su competencia. Por ello, se prescribe expresamente que (inciso 2° del art. 113 COT) “la ejecución de las sentencias penales y de las medidas de seguridad prevista en la Ley Procesal Penal será de competencia del juzgado de garantía que hubiere intervenido en el respectivo procedimiento penal”.

[En relación con el cumplimiento de las resoluciones pronunciadas durante la sustanciación de los recursos, se señala que “los tribunales que conozcan de la revisión de las sentencias firmes o de los recursos de apelación, de casación o de nulidad contra sentencias definitivas penales, ejecutarán los fallos que dicten para su sustanciación”. Asimismo, repitiendo la norma actual, se expresa que, dichos tribunales, pueden también decretar el pago de las costas adeudadas a los funcionarios que hayan intervenido en la tramitación de los recursos, reservando el de las demás para que sea decretado por el tribunal de primera instancia].

2. EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

A. NORMAS APLICABLES

La ejecución de las sentencias penales se efectúa de acuerdo con las normas del Párrafo 2° del Título VIII del Libro Cuarto del CPP (arts. 467 a 472), con las reglas establecidas en el Código Penal y las de leyes especiales.

B. EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL

Obviamente, las sentencias condenatorias penales no pueden ser cumplidas sino cuando se encuentran ejecutoriadas. En tal caso, el tribunal competente debe decretar una a una todas las diligencias y comunicaciones que se requieran para dar total cumplimiento al fallo.

Si el condenado debe cumplir pena privativa de libertad, el tribunal remite copia de la sentencia, con el atestado de hallarse firme, al establecimiento penitenciario correspondiente, dando orden de ingreso. Si el condenado está en libertad, el tribunal debe ordenar inmediatamente su aprehensión y, una vez efectuada, procede conforme a la regla anterior.

Si la sentencia concedió una medida alternativa a las penas privativas o restrictivas de libertad consideradas en la ley, el tribunal debe remitir copia de la misma a la institución encargada de su ejecución. Asimismo, debe ordenar y controlar el efectivo cumplimiento de las multas y comisos impuestos en la sentencia, ejecutar las cauciones según el art. 147 CPP, que revisaremos en su oportunidad, si procede, y dirigir las comunicaciones que correspondan a los organismos públicos o autoridades que deban intervenir en la ejecución de lo resuelto.

C. DESTINO DE LAS ESPECIES DECOMISADAS

Los dineros y otros valores decomisados se destinan a la Corporación Administrativa del Poder Judicial (art. 469 CPP).

Si el tribunal estima necesario ordenar la destrucción de las especies, ello se lleva a cabo bajo la responsabilidad del administrador del tribunal, salvo que se le encomiende a otro organismo público. En todo caso, se debe registrar la ejecución de la diligencia.

Las demás especies decomisadas se deben poner a disposición de la Dirección General del Crédito Prendario para que proceda a su enajenación en subasta pública, o a destruirlas si carecen de valor. El producto de la enajenación tiene el mismo destino anterior (Corporación Administrativa).

D. ESPECIES RETENIDAS Y NO DECOMISADAS

Transcurridos a lo menos seis meses desde la fecha de la resolución firme que puso término al juicio, sin que hayan sido reclamadas por su legítimo titular las cosas corporales muebles retenidas y no decomisadas que se encuentran a disposición del tribunal, debe procederse según las reglas siguientes:

i) Si se trata de especies, el administrador del tribunal, previo acuerdo del Comité de Jueces, las vende en pública subasta. Los remates se pueden efectuar dos veces al año;

ii) El producto de los remates, así como los dineros o valores retenidos y no decomisados, se destinan a la Corporación Administrativa del Poder Judicial;

iii) Si se ha decretado en la causa el sobreseimiento temporal o la suspensión condicional del procedimiento, el plazo de seis meses señalado se aumenta a un año (art. 470 CPP).

E. CONTROL SOBRE LAS ESPECIES PUESTAS A DISPOSICIÓN DEL TRIBUNAL

En esta materia se obliga a que, en el mes de junio de cada año, los tribunales con competencia en materia criminal presenten a la respectiva Corte de Apelaciones un informe detallado sobre el destino dado a las especies que hayan sido puestas a su disposición.

F. EJECUCIÓN CIVIL

Para el cumplimiento de la decisión civil de la sentencia, rigen las disposiciones sobre ejecución de las resoluciones judiciales que establece el CPC. Esta norma concuerda con la del art. 243 del CPP, en relación a los efectos civiles del acuerdo reparatorio.

3. REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Como sabemos, el “recurso” de revisión se ha definido tradicionalmente en la manualística nacional como “un medio de impugnación extraordinario que la ley concede por las causales y en contra de las resoluciones judiciales firmes que ella misma señala, ganadas injustamente, con el objeto de anularlas en todo o parte (...) la característica más sobresaliente (...) la hallamos en que procede en contra de las sentencias firmes”.¹⁷¹

El carácter recursivo que pueda tener la revisión de sentencias judiciales en materia penal es un concepto que puede ser objeto de discusión. En efecto, porque todos los recursos tienen la finalidad de atacar resoluciones dictadas durante un procedimiento en curso, que no están firmes, y que no tienen la autoridad de cosa juzgada, efecto característico de aquéllas. Sin embargo, dicha discusión escapa al objetivo de este manual. No obstante, creemos que el carácter de la revisión es el de una acción impugnativa extraordinaria de nulidad, de carácter procesal, más que el de un recurso propiamente tal.

A. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE REVISIÓN. PROCEDENCIA

La revisión procede en contra de sentencias firmes, aun cuando hayan sido dictadas por la propia Corte Suprema, si en ellas se ha condenado injustamente a alguien por un crimen o simple delito, por las causales taxativas que la ley señala.

El art. 473 del CPP contiene las causales habilitantes para esgrimir la revisión (su tenor es casi idéntico al del art. 657 del CPP (1906) actual, pero agrega una causal, la de la letra e) del nuevo artículo, bajo una idea similar a la que informa el N° 3 del art. 810 del CPC).

Se expresa que, la Corte Suprema puede rever extraordinariamente las sentencias firmes en que se haya condenado a alguien por un crimen o simple delito, para anularlas, en los siguientes casos:

a) Cuando, en virtud de sentencias contradictorias, estén sufriendo condena dos o más personas por un mismo delito que no haya podido ser cometido más que por una sola;

b) Cuando alguno esté sufriendo condena como autor, cómplice o encubridor del homicidio de una persona cuya existencia se compruebe después de la condena;

c) Cuando alguno esté 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 haya 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 sea de tal naturaleza que baste para establecer la inocencia del condenado, y

e) Cuando la sentencia condenatoria haya sido pronunciada a consecuencia de prevaricación o cohecho del juez que la dictó o de uno o más de los jueces que concurrieron a su dictación, cuya existencia haya sido declarada por sentencia judicial firme.

B. PLAZO Y TITULARES

La revisión puede ser pedida, en cualquier tiempo, por el Ministerio Público (recordemos el principio de objetividad que informa la actuación de este organismo), por el condenado o por el cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos de éste.

Asimismo, puede interponerla quien haya cumplido su condena o sus herederos, cuando el condenado ha muerto y se trata de rehabilitar su memoria.

C. FORMALIDADES DE LA SOLICITUD

La solicitud se presenta ante la secretaría de la Corte Suprema y debe expresar con precisión su fundamento legal y acompañar copia fiel de la sentencia cuya anulación se solicita y los documentos que comprueban los hechos en que se sustenta.

Si la causal alegada es la de la letra b) del art. 473 CPP (condena por el homicidio de una persona que vivía después de aquella), la solicitud debe indicar los medios con que se intenta probar que la persona víctima del pretendido homicidio ha vivido después de la fecha en que la sentencia la supone fallecida; y si es la de la letra d), debe indicar el hecho o el documento desconocido durante el proceso, expresar los medios con que se pretende acreditar el hecho y acompañar, en su caso, el documento o, si no fuere posible, manifestar al menos su naturaleza y el lugar y archivo en que se encuentra.

La solicitud que no se conforme a estas prescripciones o que adolezca de manifiesta falta de fundamento será rechazada de plano, decisión que deberá tomarse por la unanimidad del tribunal (art. 475 CPP).

D. TRAMITACIÓN. IMPROCEDENCIA DE PRUEBA TESTIMONIAL

Apareciendo interpuesta en forma legal, se dará traslado de la petición al fiscal judicial de la Corte Suprema, o al condenado, si el recurrente es el Ministerio Público; en seguida, se manda traer la causa en relación, y, vista en la forma ordinaria, se falla sin más trámite.

No puede probarse por testigos los hechos en que se funda la solicitud de revisión.

E. EFECTOS DE LA INTERPOSICIÓN

La solicitud de revisión no suspende el cumplimiento de la sentencia que se intenta anular, a menos que el fallo haya impuesto la pena de muerte.

Sin embargo, si el tribunal lo estima conveniente, en cualquier momento del trámite puede suspender la ejecución de la sentencia recurrida y aplicar, si corresponde, alguna de las medidas cautelares personales previstas en el Párrafo 6° del Título V del Libro Primero (las “otras medidas cautelares personales”, del art. 155 del CPP).

F. DECISIÓN DEL TRIBUNAL

La resolución de la Corte Suprema que acoge la solicitud de revisión debe declarar la nulidad de la sentencia. Asimismo, si de los antecedentes resulta fehacientemente acreditada la inocencia del condenado, el tribunal además dictará, acto seguido y sin nueva vista, pero separadamente, la sentencia de reemplazo que corresponda. Vale decir, de lo expuesto se deduce, que puede haber nuevo juicio o no haberlo.

Finalmente, cuando exista mérito para ello y si así lo recabó quien solicitó la revisión, la Corte puede pronunciarse de inmediato sobre la procedencia de la indemnización a que se refiere el artículo 19, N° 7, letra i), de la CPR (condena injustificadamente errónea o arbitraria) (art. 478 CPP).

G. EFECTOS DE LA SENTENCIA

Si la sentencia de la Corte Suprema o, en caso de que se realice un nuevo juicio, la que pronuncie el tribunal que conozca de él, comprueba la completa inocencia del condenado por la sentencia anulada, éste podrá exigir que dicha sentencia se publique en el Diario Oficial a costa del Fisco y que se devuelvan por quien las haya percibido las sumas que pagó en razón de multas, costas e indemnización de perjuicios en cumplimiento de la sentencia anulada.

El cumplimiento del fallo en lo atinente a las acciones civiles que emanan de él será conocido por el juez de letras en lo civil que corresponda, en juicio sumario (se hace excepción a las reglas generales del art. 472 CPP, que detallamos en la letra F) del punto 2) anterior).

Los mismos derechos corresponden a los herederos del condenado que haya fallecido. Además, la sentencia ordena, según el caso, la libertad del imputado y la cesación de la inhabilitación.

H. INFORMACIÓN DE LA REVISIÓN ACOGIDA EN UN NUEVO JUICIO

En el caso de que el Ministerio Público resuelva formalizar investigación por los mismos hechos sobre los cuales recayó la sentencia anulada, el Fiscal debe acompañar en la audiencia respectiva copia fiel del fallo que acogió la revisión solicitada.

4. EJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

A. COMENTARIO PREVIO

Primeramente, debemos señalar que las medidas de seguridad constituyen una irrupción en los derechos de la persona que, sin ser penas propiamente tales, tienen como objetivo el aseguramiento de ella. Entre otros fundamentos, quizás si el más contundente es que resulta injusto castigar a un sujeto que no es responsable del delito cometido.

El procedimiento para la aplicación exclusiva de medidas de seguridad se contiene en el Título VII del Libro Cuarto del CPP (arts. 455 a 465). Resulta muy importante referirnos, muy someramente, a los principios generales que informan la imposición de una medida de seguridad en el nuevo procedimiento penal:

i) Procedencia

Sólo puede aplicarse una medida de seguridad al enajenado mental que ha realizado un hecho típico y antijurídico y siempre que existan antecedentes calificados que permitan presumir que atentará contra sí mismo o contra otras personas;

ii) Supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario

El procedimiento para la aplicación de medidas de seguridad se rige por las reglas contenidas en el Título VII antes referido y, en lo que éste no prevea expresamente, por las disposiciones del Libro Segundo del CPP, en cuanto no sean contradictorias;

iii) Clases de medidas

Según la gravedad, pueden imponerse al enajenado mental: la internación en un establecimiento psiquiátrico o su custodia y tratamiento.

En ningún caso la medida de seguridad puede llevarse a cabo en un establecimiento carcelario. Si la persona se encuentra recluida, debe ser trasladada a una institución especializada para realizar la custodia, tratamiento o la internación. Si no existe esa institución, se habilitará un recinto especial en el hospital público más cercano (art. 457 CPP). La internación se efectúa en la forma y condiciones que se establezcan en la sentencia que impone la medida. Cuando la sentencia disponga la medida de custodia y tratamiento, fijará las condiciones de éstos y se entregará el enajenado mental a su familia, a su guardador, o a alguna institución pública o particular de beneficencia, socorro o caridad.

B. DURACIÓN Y CONTROL DE LAS MEDIDAS

Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo pueden durar mientras subsistan las condiciones que las hayan hecho necesarias, y en ningún caso pueden extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que pudo imponérsele o del tiempo que corresponda a la pena mínima probable, el que debe ser señalado por el tribunal en su fallo (art. 481 CPP).

El CPP refiere que, para estos efectos, se entiende por pena mínima probable, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescriba para el delito o delitos por los cuales se haya dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según el caso.

La persona o institución que tenga a su cargo al enajenado mental debe informar semestralmente sobre la evolución de su condición al Ministerio Público y a su curador o a sus familiares, en el orden de prelación mencionado en el artículo 108 (concepto ampliado de víctima).

Dicha entidad o esas personas, pueden solicitar al Juez de Garantía la suspensión de la medida o la modificación de las condiciones de la misma, cuando el caso lo aconseje. Sin perjuicio de lo anterior, se impone la obligación al Ministerio Público de inspeccionar, cada seis meses, los establecimientos psiquiátricos o instituciones donde se encuentren internados o se hallen cumpliendo un tratamiento enajenados mentales, en virtud de las medidas de seguridad que se les hubieren impuesto, debiendo informar del resultado al Juez de Garantía, y solicitar la adopción de las medidas que sean necesarias para poner remedio a todo error, abuso o deficiencia que observe en la ejecución de la medida de seguridad.

El Juez de Garantía, con el solo mérito de los antecedentes que se le proporcionen, adoptará de inmediato las providencias que sean urgentes, y citará 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 lleva a efecto.

C. CASO DEL CONDENADO QUE CAE EN ENAJENACIÓN MENTAL

Si después de dictada la sentencia, el condenado cae en enajenación mental, el tribunal, oyendo al Fiscal y al defensor, debe dictar una resolución fundada declarando que no se deberá cumplir la sanción restrictiva o privativa de libertad y disponer, según el caso, la medida de seguridad que corresponda.

El tribunal debe velar por el inmediato cumplimiento de su resolución. En lo demás, rigen las normas antes expuestas (art. 482 CPP).

CAPÍTULO V

ENTRADA EN VIGENCIA DE LA REFORMA PROCESAL PENAL.

REFERENCIA A LA ADECUACION DE LA LEGISLACION EN VIGOR

1. GRADUALIDAD DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA NUEVA NORMATIVA

Cuando se aprobó la Ley de Reforma Constitucional (N° 19.519 de 1997), junto con la creación del Ministerio Público y la modificación de diversas normas de la Carta Fundamental, se agregó la disposición Trigésima Sexta Transitoria que establecía, en su inciso segundo que “El Capítulo VI-A 'Ministerio Público', la ley orgánica constitucional del Ministerio Público y las leyes que, complementando dichas normas, modifiquen el Código Orgánico de Tribunales y el Código de Procedimiento Penal, se aplicarán exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a la entrada en vigencia de tales disposiciones”.

De lo anterior se desprende que, tales hechos, que debe investigar el Ministerio Público deben haber acaecido después de la entrada en vigencia de su Ley Orgánica y lo mismo sucede con las modificaciones al COT y con el nuevo CPP, que sólo se aplican a los hechos ocurridos después de la entrada en vigencia del nuevo sistema.

Para determinar en qué momento entró y entrará en vigencia la LOCMP, debemos remitirnos al art. 4° transitorio de esa misma ley (N° 19.640 de 1999), que estableció (autorizada por el inciso 1° de la norma Trigésima Sexta Transitoria de la CPR, ya citada) una entrada en vigencia gradual en el país, según los plazos que señalaremos, todos los cuales se cuentan desde la publicación de la mentada ley en el Diario Oficial (15 de octubre de 1999).

Los términos referidos eran: a) 14 meses para la IV y IX regiones, que ya se cumplió y donde rige el nuevo sistema; b) II, III y VII regiones, 24 meses (16 de octubre de 2001); c) Región Metropolitana, 36 meses (16 de octubre de 2002), y d) V, VIII, X, XI y XII regiones, 48 meses (16 de octubre de 2003).

Sin embargo, estos plazos fueron alterados por el número 2) del artículo 1° de la ley N° 19.762, de 13 de octubre del 2001, que sustituyó el inciso primero del artículo 4° transitorio de la LOCMP, antes referido, por el siguiente: “Las normas que autorizan al Ministerio Público para ejercer la acción penal pública, dirigir la investigación y proteger a las víctimas y los testigos, entrarán en vigencia con la gradualidad que se indica a continuación:

IV y IX Regiones 16 de diciembre de 2000.

II, III y VII Regiones 16 de octubre de 2001.

I, XI, y XII Regiones 16 de diciembre de 2002

V, VI, VIII y X Regiones 16 de diciembre de 2003

Región Metropolitana 16 de diciembre de 2004”.

Por su parte la ley N° 19.665 del año 2000 (lo que también se aplica a la ley N° 19.708 de 5 de enero de 2001, según el artículo transitorio de esta última) que, como sabemos, reformó el COT, adaptándolo al nuevo procedimiento penal, reafirmaba lo antes expresado, al disponer en su art. 7° transitorio que “las disposiciones de esta ley que incorporan, modifican o suprimen normas del Código Orgánico de Tribunales relativas a la competencia en materia penal, entrarán en vigencia en la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4° transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, N° 19.640, en relación con los hechos acaecidos a partir de dicho momento”. Idénticas normas se encuentran en los arts. 483 y siguientes del CPP.

“Las razones de esta gradualidad se deben a variados factores, entre ellos la economía fiscal por necesitar el nuevo sistema numerosos fiscales y jueces, el aseguramiento del éxito de la reforma en las primeras para afianzarla en el resto del

país, el facilitar el rodaje y explicación de los nuevos principios en la comunidad jurídica sin producir trastornos en la marcha de la justicia, etc.”.172

Según lo expuesto, si los hechos han ocurrido antes de la fecha de entrada en vigencia del nuevo procedimiento penal, aun cuando se hayan descubierto con posterioridad, aquéllos no son de competencia de la nueva justicia criminal, sino que deben ser conocidos por los Tribunales ordinarios actuales, sujetándose al procedimiento del actual CPP (1906). Por ende es relevante determinar la fecha en que habría comenzado a ocurrir el ilícito penal de que se trata, lo que no siempre será fácil precisar durante la investigación.

2. NORMAS DEL NUEVO CPP EN LA MATERIA

Como ya expusimos, el art. 483 del CPP reitera el principio anterior al decir: “las disposiciones de este Código sólo se aplicarán a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia”. Asimismo, el art. 484 CPP, que también fue modificado por la ley N° 19.762, recoge la gradualidad antes esbozada. Sin embargo debemos revisar, a continuación, otras normas de importancia, contenidas en dicho Código.

A. ENTRADA EN VIGENCIA RESPECTO DE HECHOS ACAECIDOS EN EL EXTRANJERO

Expresamente se prescribe que el nuevo CPP se aplicará, a partir de su entrada en vigencia en la Región Metropolitana de Santiago, respecto de aquellos hechos que acaezcan en el extranjero y sean de competencia de los tribunales nacionales (v.gr.: los del art. 6° del COT).

Asimismo, se aplicará el nuevo CPP, a partir de esa fecha, a las solicitudes de extradición pasiva y detención previa a las mismas que reciba la Corte Suprema. En consecuencia, los Ministros de esa Corte a quienes, en virtud del art. 52 N° 3 del COT, les corresponde conocer las extradiciones pasivas solicitadas con anterioridad, deben continuar aplicando el procedimiento establecido en el actual CPP (1906).

B. REGLAS PARA LA APLICACIÓN DE LAS PENAS POR TRIBUNALES CON COMPETENCIA EN LO CRIMINAL SUJETOS A DISTINTOS PROCEDIMIENTOS

Según un artículo transitorio del nuevo CPP, en el caso de que una persona haya cometido distintos hechos, debido a los cuales sea juzgada por un juzgado de letras del crimen o con competencia en lo criminal, con sujeción al antiguo CPP (1906), y también lo sea por un Juzgado de Garantía o un Tribunal de Juicio Oral en lo Penal conforme al nuevo CPP, en el pronunciamiento de las sentencias condenatorias que se dicten con posterioridad a la primera se debe estar a lo previsto en el art. 164 del COT.

Debemos recordar que, dicho art. 164 del COT, fue reemplazado por la ley N° 19.665, quedando en los siguientes términos: “Cuando se dictaren distintas sentencias condenatorias en contra de un mismo imputado, los tribunales que dictaren los fallos posteriores al primero no podrán considerar circunstancias modificatorias que de haberse acumulado los procesos no se hubieren podido tomar en cuenta. Deberán, asimismo, regular la pena de modo tal que el conjunto de penas no pueda exceder de aquella que hubiere correspondido de haberse juzgado conjuntamente los delitos.

En los casos del inciso anterior, el tribunal que dictare el fallo posterior deberá modificarlo, de oficio o a petición del afectado, a objeto de adecuarlo a lo allí dispuesto”.

Al respecto, podemos decir que esta norma transitoria del nuevo CPP tuvo su origen en el Senado, donde la Comisión respectiva informó (los destacados son nuestros):

“La Comisión se detuvo también a estudiar el caso de que un mismo individuo perpetre un hecho delictivo antes de la entrada en vigencia de la reforma en la correspondiente Región y, luego de que comenzó a regir en ella, cometa otro. Similar situación se presentará respecto de quienes cometan delitos en una Región en que se continúe aplicando el sistema actual y también en otra Región en que se haya comenzado a aplicar el nuevo sistema.

La materia está resuelta en forma expresa en la Disposición Trigésimo sexta Transitoria de la Constitución Política: la reforma procesal penal se aplica exclusivamente a los hechos acaecidos con posterioridad a su entrada en vigencia.

La división que hace ese precepto constitucional entre uno y otro sistema es tajante y descansa en la época en que se cometió el hecho: si se cometió antes de la entrada en vigencia de la reforma, es conocido por el juez del crimen o el juez de letras con competencia en lo criminal, conforme al Código de Procedimiento Penal vigente; en cambio, si se cometió con posterioridad a su entrada en vigor, es investigado por un fiscal, conoce de las gestiones que se susciten durante el procedimiento un juez de garantía y será juzgado por un tribunal oral en lo penal, todo ello de conformidad al Código Procesal Penal.

En consecuencia, la persona será juzgada simultáneamente conforme a los dos estatutos procesales penales. No habrá lugar jurídicamente a la acumulación de autos, y, además, sería imposible de hecho que pudieran acumularse el expediente cosido y foliado del juez del crimen instructor, acusador y sentenciador con los registros de la investigación desformalizada que lleva a cabo la fiscalía y los registros de sus propias actuaciones que conservará el juez de garantía. La acumulación de autos supone que un solo tribunal falla todas las causas, y los tribunales del crimen y los de juicio oral en lo penal se rigen por normas inconciliables, porque obedecen a principios distintos.

Sin embargo, la Comisión estimó conveniente ocuparse de dar normas especiales para la aplicación de las penas que apliquen ambos tribunales. Para tal evento, resolvió hacer expresamente aplicable el nuevo artículo 164 del Código Orgánico de Tribunales, contenido en la ley N° 19.665, que soluciona el caso, pero podría dar lugar a dudas acerca de la procedencia de aplicarlo en la medida en que obliga al sentenciador a ponerse en el supuesto de acumulación de causas”.

3. ALGUNAS NORMAS DEL COT ATINGENTES

A. ARTÍCULOS TRANSITORIOS

El Código Orgánico de Tribunales (según la ley N° 19.665) contiene una serie de artículos transitorios que pretenden lograr una ordenada transición desde el antiguo al nuevo sistema procesal penal. Así, los arts. 1º, 2º y 3º transitorios se refieren a los diversos actos que, desde el punto de vista de los funcionarios del Poder Judicial, deben realizarse para decidir su permanencia en los tribunales que subsistirán o su incorporación a los nuevos Juzgados de Garantía o Tribunales de Juicio Oral en lo Penal.

Sin embargo, por su importancia, debemos transcribir los arts. 4º y 5º transitorios, que determinan la supresión paulatina de los actuales Juzgados del Crimen (que, como sabemos, desaparecen) y el destino de las causas que dichos Juzgados estén conociendo, en la medida que vaya entrando en vigencia el nuevo sistema.

Al respecto, se señala (los destacados son nuestros):

“Artículo 4º.- La supresión de los juzgados de letras a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 de la presente ley regirá seis meses después de la fecha que para la respectiva región señala el artículo 4º transitorio de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

No obstante, la Corte de Apelaciones respectiva podrá fijar una oportunidad anterior al cumplimiento de ese plazo, en función de la carga de trabajo que subsista y de las necesidades de funcionamiento que los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal presenten. En este caso, los jueces, secretarios y el personal de empleados de estos juzgados se mantendrán en sus cargos por el período que la Corte de Apelaciones señale.

Las causas que subsistan, una vez suprimido el tribunal, serán distribuidas por la Corte entre los juzgados de letras de la misma jurisdicción, entendiéndose para todos los efectos constitucionales y legales que los juzgados a los que sean asignadas son los continuadores legales del suprimido.

Artículo 5º.- Corresponderá a las respectivas Cortes de Apelaciones determinar la oportunidad en que regirá la supresión de los juzgados del crimen a que se refiere el inciso primero del artículo 10 de la presente ley. Del mismo modo, establecerán el período por el cual se mantendrán en sus cargos los jueces, secretarios y el personal de empleados de estos juzgados. A dicho efecto tendrán en consideración la carga de trabajo de los juzgados que se suprimen y las necesidades de funcionamiento que los juzgados de garantía y los tribunales orales en lo penal, en su caso, presenten. Estas facultades serán ejercidas por las Cortes de Apelaciones una vez cumplida la fecha que para la respectiva región del país establece el artículo 4º transitorio de la ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Las causas que subsistan, una vez suprimido el tribunal llamado a conocer de ellas, serán distribuidas por la Corte de Apelaciones entre los juzgados del crimen de la misma jurisdicción que continúen en funciones, entendiéndose para todos los efectos constitucionales y legales que el juzgado al que sean asignadas es el continuador legal del suprimido. A este efecto, las Cortes de Apelaciones fijarán las competencias territoriales de los juzgados del crimen que continúen en funciones.

Las Cortes de Apelaciones tendrán presente, en el ejercicio de las atribuciones de que trata este artículo, los siguientes criterios orientadores:

a) La supresión de los juzgados del crimen deberá regir cuando, de conformidad a la estadística judicial, el número de causas en tramitación baje del cincuenta por ciento respecto del número de causas que se hubiere encontrado pendiente a la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, y

b) En todo caso, la supresión de los juzgados del crimen de numeración impar regirá a más tardar al término del primer año a partir de la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público.

Al término del segundo año regirá la supresión de todos los juzgados del crimen que se mantengan en funcionamiento en la respectiva jurisdicción. Con todo, las Cortes de Apelaciones deberán mantener subsistente el juzgado del crimen que ellas señalen, el que tendrá a su cargo el conocimiento de las causas relativas a hechos acaecidos con anterioridad a la fecha que señala para la respectiva región el artículo 4º transitorio de la Ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público, entendiéndose, para todos los efectos constitucionales y legales correspondientes, que dicho juzgado es el continuador legal de todos aquellos suprimidos en la respectiva jurisdicción.

Si vacaren los cargos de juez o secretario de ese juzgado del crimen, la Corte de Apelaciones respectiva dispondrá lo necesario para proveerlos de acuerdo a las reglas comunes, o destinará a servirlos, por el tiempo que estime necesario, a los jueces y funcionarios de los juzgados o tribunales de su jurisdicción que señale. En este último caso, la destinación se

cumplirá sin perjuicio de que el juez o funcionario continúe desempeñando el cargo que ocupe y percibiendo exclusivamente la remuneración y los beneficios que le correspondan en virtud de éste”.

B. CONTIENDAS DE COMPETENCIA

Respecto a esta materia, la ley N° 19.708 ha agregado un artículo 8° transitorio al COT, que se refiere a la resolución de eventuales contiendas de competencia que se puedan producir entre los Juzgados del antiguo sistema y los nuevos tribunales creados en el nuevo procedimiento penal, o entre aquéllos y el Ministerio Público. En tal sentido se prescribe que: “Las contiendas de competencia que se suscitaren entre un juez del crimen o de letras con competencia criminal y un juez de garantía o un tribunal de juicio oral en lo penal, serán resueltas por la Corte de Apelaciones que tuviere competencia sobre el respectivo territorio jurisdiccional.

Corresponderá, asimismo, a la Corte de Apelaciones competente respecto del territorio de un tribunal con competencia en lo penal, dirimir las cuestiones que se planteen entre éste y el Ministerio Público sobre la competencia para investigar un determinado hecho punible.

Si no pudieren aplicarse las reglas precedentes, resolverá la Corte Suprema”.

4. ADECUACIÓN DE OTRA LEGISLACIÓN VIGENTE

Comoquiera que, el nuevo procedimiento penal, importa una transformación de fondo en el actual sistema de enjuiciamiento criminal, no sólo implicará las reformas que ya hemos analizado, sino que, también, ha producido una modificación de numerosos cuerpos legales actualmente vigentes en el país.

Dichos cambios abarcan, como veremos en el acápite siguiente, a leyes tan disímiles como la ley N° 19.366 que reprime el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, pasando por la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, hasta la Ley de Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques o la Ley Electoral. Más adelante detallamos el conjunto de cuerpos normativos modificados.

4.1. Normas adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal (ley n° 19.806). Breve análisis

Los efectos antes referidos y sin perjuicio de futuras normas que se dictaren, han sido producidos, básicamente por la ley N° 19.806, publicada en el Diario Oficial de 31 de mayo del año 2002, que contiene las Normas Adecuatorias del sistema legal chileno a la Reforma Procesal Penal.

Aun cuando la dictación de la ley señalada era esperada desde que entró en vigencia la Reforma Procesal Penal, su tramitación legislativa fue larga y compleja, toda vez que no se limitó a efectuar simples cambios de expresiones o palabras que ya eran concordantes con las nuevas normas sobre el proceso penal, sino que fue mucho más allá modificando, en algunos casos profundamente, la regulación de una serie de instituciones públicas como asimismo adaptando otros aspectos de carácter sustantivo a la nueva legislación procesal penal que, gradualmente, se está implementando en nuestro país.

La propuesta inicial, que incidía en un número aproximado de 47 textos legales, finalmente comprendió la modificación y/o adecuación de un total de 62 normas legales, muchas de ellas de orden orgánico constitucional.

[Dentro de ellas destacan Códigos (Penal, Tributario, de Procedimiento Civil, del Trabajo y Sanitario), leyes orgánicas de diversos Organismos Públicos (Consejo de Defensa del Estado; Servicio Nacional de Aduanas; Servicio de Impuestos Internos; Dirección General de Territorio Marítimo y Marina Mercante; Fiscalía Nacional de Quiebras; Investigaciones de Chile; Carabineros de Chile; Servicio Médico Legal; Banco Central de Chile; Tribunal Constitucional; Dirección de Seguridad Pública e Informaciones; Dirección General de Crédito Prendario, y Superintendencia de Valores y Seguros) y numerosas leyes especiales (ley N° 19.366, que sanciona tráfico ilícito de estupefacientes; D.L. N° 211, de 1973, que fija normas sobre Defensa de la Libre Competencia; Ley N° 18.175, de Quiebras; Ley N° 18.556, sobre Sistema de Inscripciones y Servicio Electoral; Ley N° 18.216, sobre medidas alternativas a las penas privativas y restrictivas de libertad; D.L. N° 321, de 1932, sobre Libertad Condicional; D.F.L. N° 3, de 1997, de Hacienda, que contiene Ley General de Bancos; Ley N° 19.327, sobre Violencia en los Recintos Deportivos; Ley N° 19.325, de Violencia Intrafamiliar; Ley N° 18.603, que regula Partidos Políticos; Ley N° 19.175, sobre Gobierno y Administración Regional; Ley N° 18.695, de Municipalidades; Ley N° 18.883, Estatuto Administrativo de Funcionarios Municipales; Ley N° 18.834, Estatuto Administrativo; Ley N° 19.148, sobre Juntas de Vecinos y Organizaciones Comunitarias; D.F.L. N° 251, de Hacienda, de 1931, sobre Compañías de Seguros; Ley N° 18.948, sobre Fuerzas Armadas; Ley N° 17.798, Control de Armas; Ley N° 16.618, sobre Menores; D.F.L. N° 707, de Justicia, de 1982, sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques; D.F.L. N° 2, de Hacienda, de 1998, Ordenanza de Aduanas; Ley N° 18.314, referida a Conductas Terroristas, y 17.105, sobre Alcoholes].

Asimismo, dentro de este cuerpo normativo se contienen cuatro normas denominadas declarativas o de carácter interpretativo y una norma transitoria, referida esta última al otro importante tema que involucra este gran intento adecuatorio: la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas a los diversos cuerpos legales antes reseñados.

Sin perjuicio de lo expresado, cabe destacar un importante alcance que ha hecho presente el señor Fiscal Nacional, en un análisis efectuado sobre esta materia y que dice relación con la ausencia, hasta ahora, de las normas adecuatorias a la reforma procesal penal respecto a nuestra Constitución, en el sentido que resulta “...evidente que existe una tarea pendiente del constituyente para adecuar la Constitución Política del Estado a la reforma procesal penal, siendo imposible pretender que el nuevo proceso acusatorio se adecue o asimile a las referencias al proceso inquisitivo que contiene la ley fundamental.

Esta tarea no fue abordada por las leyes adecuatorias y los temas de interpretación deberán ser resueltos por los organismos jurisdiccionales correspondientes...”173

A continuación se hará un breve análisis de algunas de las leyes que fueron modificadas, estimándose que son las de mayor relevancia y alcance.

1.- Código Penal

La primera gran modificación introducida respecto de este cuerpo legal –y que se reitera de diversas formas en varios de los otros textos que fueron revisados– dice relación con la adecuación de varias expresiones utilizadas hasta antes de la entrada en vigencia de la reforma procesal penal y que no se ajustan a las nuevas instituciones y calidades contenidas en esta última. Así se sustituye la expresión “procesado” por “imputado”, “responsable”, “condenado” u otra similar según sea la situación dentro de la cual se empleaba la expresión cambiada.

En segundo lugar, se consagra un nuevo tipo penal (artículo 269 ter) que sanciona al fiscal del Ministerio Público que, a sabiendas, oculte, altere o destruya cualquier antecedente u objeto que permita establecer la existencia de un delito, sus responsables o la pena a aplicarse.

Como tercer aspecto a destacar respecto a las modificaciones introducidas a este Código, se encuentra la efectuada a la atenuante contenida en el artículo 11 N° 9 de este Código, donde la espontánea confesión es reemplazada por la colaboración sustancial al esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, como también ocurre respecto de otros cuerpos legales, se efectúan las adecuaciones pertinentes para evitar la confusión entre los fiscales del actual Ministerio Público y los fiscales judiciales.

2.- Código de Procedimiento Civil

En relación a esta modificación, cabe destacar que ella tiende a la señalada adecuación y distinción entre las expresiones fiscal del actual Ministerio Público y fiscal judicial.

Además, se contienen algunas modificaciones respecto a la forma en que pueden prestar declaración ciertas autoridades.

3.- D.F.L. N° 1, de Hacienda, de 1993, Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado

Las modificaciones introducidas a este cuerpo legal tienden justamente a sustraer de la competencia del Consejo de Defensa del Estado las amplias facultades con que dicho organismo contaba, hasta antes de la creación del Ministerio Público, en el ámbito del ejercicio y sostenimiento de la acción penal pública en una serie de delitos. Sin embargo, dicha limitación de funciones del CDE, consecuencia lógica de la naturaleza y fines del Ministerio Público, trae aparejada la asignación de la calidad de querellante respecto de ciertos ilícitos específicos, principalmente aquellos en que aparezcan involucrados funcionarios públicos o que acarreen perjuicios económicos al Fisco o a otros organismos del Estado.

A este respecto es relevante destacar que, de acuerdo al nuevo artículo 41 de la Ley Orgánica del Consejo de Defensa del Estado, el Ministerio Público debe informar al CDE acerca de los antecedentes relacionados con delitos que pudiesen dar lugar a su intervención. Asimismo, se contempla la posibilidad que sea el mismo CDE quien solicite antecedentes para determinar si procede su intervención.

En todo caso, según se señala en el nuevo artículo 45, el CDE sólo puede intervenir en tales procesos mediante la interposición de querrela, teniendo los derechos que el nuevo Código Procesal Penal otorga a las víctimas. Lo expresado conlleva, claramente, la supresión de diversos privilegios que se encontraban establecidos respecto al CDE hasta antes de la entrada en vigencia del nuevo sistema procesal penal. No obstante ello, cabe hacer presente que, en nuestra opinión, todas las facultades del organismo anteriores a dicha reforma deben entenderse vigentes en todas aquellas regiones en las cuales aún no se aplica la reforma procesal penal y respecto a todos los procesos penales anteriores que se encuentren pendientes a la época en que se produzca la señalada entrada en vigor de la reforma procesal penal.

Importante resulta destacar dentro de las adecuaciones introducidas respecto a esta entidad, que se priva al CDE –tanto dentro de su ley orgánica como dentro de la Ley N° 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes– de todas aquellas facultades especiales que le fueron otorgadas respecto de los delitos de tráfico ilícito de drogas y, en especial, de lavado de dinero.

Tal como ha señalado el propio señor Fiscal Nacional del Ministerio Público “...cabe dejar dicho que la actuación que en materia de investigación preliminar de delitos de lavado de activos que se ha restado o eliminado de las atribuciones del CDE, no ha pasado a ningún otro órgano, por ahora, quedando pendiente su estudio en la modificación a la ley de drogas, así como la determinación de la creación de un organismo público bajo la denominación de Unidad de Análisis Financiero que la asuma o su incorporación al mismo M.P. (...)”174

4.- Ley N° 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas

Como ya hemos expresado, una de las más destacadas modificaciones efectuadas a este cuerpo legal, es aquella que dice relación con la eliminación de las facultades especiales conferidas anteriormente al Consejo de Defensa del Estado respecto de la investigación del denominado delito de lavado de dinero.

Otro aspecto que resulta interesante destacar, en relación a las modificaciones efectuadas a esta ley, se refiere a la creación de un sistema específico de protección de testigos, peritos, informantes, agentes encubiertos y de todos aquellos que, de una u otra forma, hayan colaborado eficazmente dentro del procedimiento, como asimismo respecto de algunas

personas vinculadas a aquellas por lazos de parentesco o afecto, diverso de aquel genérico establecido en el nuevo Código Procesal Penal.

Dentro de esta misma regulación especial, dada por la naturaleza, gravedad y complejidad de los ilícitos de que trata este cuerpo normativo, se refuerzan una serie de procedimientos para su investigación, donde destacan los mencionados agentes encubiertos, las llamadas entregas vigiladas y la cooperación eficaz, indicando en cada uno de estos casos la forma en que intervendrá el Ministerio Público.

5.- Ley N° 18.175, sobre Quiebras y D.L. N° 211, de 1973, sobre Defensa de la Libre Competencia

Respecto a ambos cuerpos legales las modificaciones efectuadas dicen relación con materias de orden formal (evitar confusión de expresión fiscal del Ministerio Público con Fiscal Económico o Fiscalía de Quiebras), y con materias de procedimiento, principalmente en lo relativo a las denuncias que pueden y deben ser efectuadas por estos organismos respecto a las materias que conocen en el ámbito de sus atribuciones.

6.- D.L. N° 2.460, de 1979, Ley Orgánica de Investigaciones de Chile y Ley N° 18.961, de Carabineros de Chile

En ambos casos las modificaciones introducidas se encuentran destinadas a remarcar la relación que ambas policías pasan a tener respecto al Ministerio Público, en su calidad de entidades auxiliares en las labores de investigación de delitos que corresponda a dicho organismo.

7.- D.F.L. N° 196, de Hacienda, de 1960, Estatuto Orgánico del Servicio Médico Legal

La modificación que se efectúa en relación a este organismo tiende a establecer de manera precisa y clara su carácter eminentemente asesor respecto al Ministerio Público.

8.- Ley N° 16.618, sobre Menores

En esta materia, las modificaciones aprobadas por el Poder Legislativo tienen dos grandes objetivos. En primer lugar, regular adecuadamente lo relativo a la declaración del discernimiento, fijando los tribunales competentes para dicho pronunciamiento, atendiendo a la gravedad de la pena asignada al delito cometido por el menor mayor de 16 y menor de 18 años de edad.

Así, si el hecho atribuido al menor se encuentra sancionado con penas superiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la declaración previa de si ha obrado o no con discernimiento debe efectuarla el juez de letras de menores, a petición del Ministerio Público, una vez que se ha formalizado la investigación.

En cambio, si el hecho atribuido al menor es una falta o simple delito no sancionados con penas privativas o restrictivas de libertad o estas son inferiores a presidio o reclusión menores en su grado mínimo, la declaración anotada debe realizarla el juez de garantía a petición del Ministerio Público.

En segundo lugar, las otras modificaciones realizadas a este cuerpo legal, dicen relación con el establecimiento y mejoramiento de medidas de protección respecto de los menores.

9.- D.F.L. N° 707, de Justicia, de 1977, Ley sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques

Sobre este tema la más importante de las modificaciones introducida dice relación con la distinción establecida respecto a la posible forma de comisión del denominado delito de giro doloso de cheques. En efecto, se establecen dos formas de comisión de dicho delito:

a.- Si el cheque ha sido protestado por falta de fondos, cuenta cerrada o por haberse retirado los fondos después de haber sido girado el documento.

b.- En caso de haber sido protestado el cheque por causales diversas a aquellas señaladas en la letra a) precedente.

Conforme a ello, la nueva legislación sobre la materia establece que, tratándose de protestos fundados en las causales contenidas en la letra a) precedente, se confiere únicamente acción penal privada para su persecución por parte del tenedor de tales documentos.

En los restantes casos, se señala que dan lugar a la acción penal pública, previa notificación del protesto de cheque respectivo y certificación de haberse omitido el pago pertinente.

De acuerdo a ello, surge en esta materia una profunda duda interpretativa y que dice relación con la aplicación de esta nueva normativa a los procesos criminales actualmente en tramitación de acuerdo a las normas del antiguo Código de Procedimiento Penal y, por ende, fuera de las regiones en donde se encuentra vigente y en aplicación la reforma procesal penal.

El aspecto de mayor importancia en esta discusión dice relación con el hecho que la regulación del procedimiento por delitos de acción privada difiere ostensiblemente de aquella establecida para los delitos de acción pública, siendo la más relevante aquella que se encuentra contenida en el artículo 587 del Código de Procedimiento Penal, donde se establece que la inactividad de querellante o querellado dentro del procedimiento por treinta días, acarrea la declaración de abandono de dicha acción, la cual produce los efectos del sobreseimiento definitivo.

Conforme a lo expuesto, quienes sostienen la tesis que estima que esta modificación ha entrado en vigencia desde la fecha de su publicación y que afecta a todos los procesos ya sea que se hayan o no iniciado antes de esa fecha y cualquiera sea la región donde se estén tramitando, estiman que procede que los tribunales del crimen que conocen de dichos procesos, declaren tal abandono en aquellos casos de inactividad de las partes por el plazo señalado.175

10.- Código Tributario, contenido en D.L. N° 830, de 1974 y D.F.L. N° 7, de Hacienda, de 1980, Ley Orgánica del Servicio de Impuestos Internos

Las modificaciones introducidas a estos cuerpos de leyes tienen como finalidad primordial adecuar las amplias facultades con que se había dotado al Servicio de Impuestos Internos en materia de investigación y persecución penal de delitos tributarios, a las facultades conferidas al Ministerio Público.

La decisión lógica a la cual se arriba es que corresponde privar al Servicio de Impuestos Internos de aquellas facultades de orden penal, recayendo las mismas en el Ministerio Público.

Sin embargo, se conserva la facultad de dicho Servicio de actuar en los procesos criminales en calidad de querellante, para lo cual se confiere la posibilidad de actuar directamente o por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Por otro lado, se mantienen dentro del ámbito de sus atribuciones las facultades administrativas en virtud de las cuales esta entidad puede fiscalizar y sancionar administrativamente las faltas que los contribuyentes puedan cometer en esta materia. Asimismo, se conserva la facultad de su Director para decidir, dentro de la esfera administrativa, si un hecho que puede revestir caracteres de delito tributario, debe ser o no investigado criminalmente. Para ello se señala que, en aquellos casos que se investigue hechos constitutivos de delitos tributarios sancionados con pena corporal, la investigación criminal sólo podrá iniciarse por denuncia o querrela del Servicio. Igualmente, si la infracción puede ser sancionada con multa y pena corporal, el Director puede, discrecionalmente, interponer la denuncia o querrela o bien remitir los antecedentes al Director Regional respectivo a fin que éste aplique administrativamente la multa correspondiente.

11.- D.F. L. N° 2, de Hacienda, de 1998, Ordenanza de Aduanas y Ley Orgánica del Servicio Nacional de Aduanas

Al igual que en el caso de Servicio de Impuestos Internos, las modificaciones introducidas a estas leyes tienen como finalidad adecuar las amplias facultades con que se había dotado al Servicio Nacional de Aduanas en materia de investigación y persecución penal de los delitos aduaneros, a las facultades conferidas al Ministerio Público.

De acuerdo a lo expuesto, la primera modificación es la supresión de los llamados Tribunales Aduaneros.

Por otro lado, se reconoce también a dicho Servicio la calidad de víctima de los delitos y se establece prácticamente el mismo tratamiento dado al SII, al indicarse que las investigaciones de hechos constitutivos del delito de contrabando sólo pueden ser iniciadas por denuncia o querrela de Aduanas, directamente, o por intermedio del Consejo de Defensa del Estado.

Se mantiene la llamada “compra de la acción penal” por parte del eventual querrelado o denunciado como autor de delito aduanero.

12.- Ley N° 18.314, que determina Conductas Terroristas y fija su penalidad

Sobre esta materia, se elimina la figura del requerimiento y se faculta a diversas autoridades para querrellarse por esta clase de delitos. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el caso de la Ley de Seguridad Interior del Estado, el desistimiento de tales autoridades de las querrelas que hayan interpuesto, no acarrea la extinción de la acción penal ni de la pena.

Al igual como ocurre en la Ley N° 19.366, sobre Tráfico Ilícito de Drogas, otro punto destacado en las modificaciones efectuadas a esta ley, se refiere a la creación de un sistema específico de protección de testigos y peritos, como asimismo respecto de algunas personas vinculadas a aquellas por lazos de parentesco o afecto, diverso de aquel genérico establecido en el nuevo Código Procesal Penal.

BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA. “Derecho Procesal Penal”. Tirant Lo Blanch. Valencia. 1998.
- BAILEY, F. LEE. “Cómo se ganan los juicios. El abogado litigante”. Editorial Limusa. México. 1997.
- BAYTELMAN, ANDRÉS-DUCE, MAURICIO. “Litigación Penal en Juicios Orales”. Textos de Docencia Universitaria. UDP. Santiago. 2000.
- BENAVENTE, DARÍO. “Juicio Ordinario y Recursos Procesales”. Editorial Jurídica de Chile. 3ª Edición. Santiago. 1991.
- BINDER, ALBERTO M. “El incumplimiento de las formas procesales”. Editorial Ad-Hoc. Buenos Aires. 2000.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. “El Delito Culposo”. Editorial Jurídica de Chile. 1995.
- DAMASKA, MIRJAN R. “Las Caras de la Justicia y el Poder del Estado. Análisis comparado del proceso legal”. Traducción de Andrea Morales Vidal. Editorial Jurídica de Chile. 2000.
- DE URBANO CASTRILLO, EDUARDO-TORRES MORATO, MIGUEL ÁNGEL. “La Prueba Ilícita Penal. Estudio Jurisprudencial”. Segunda Edición. Editorial Aranzadi. Navarra. 2000.
- DEL RÍO F., CARLOS y ROJAS RUBILAR, FRANCISCO. “De la Reforma Procesal Penal...”. Editorial Jurídica ConoSur. Santiago. 1999.
- Diario Oficial de la República de Chile. Leyes Anotadas y Concordadas. N° 11. Ley N° 19.366 y Reglamento sobre tráfico ilícito de estupefacientes. 1996.
- Estudios Sociales N° 105. Corporación de Promoción Universitaria. CPU. Santiago. 2000.
- GASCÓN INCHAUSTI, FERNANDO. “El control de la fiabilidad probatoria: Prueba sobre la prueba en el proceso penal”. Ediciones Revista General de Derecho. Valencia. 1999.
- GONZÁLEZ MORALES, FELIPE. “Rol y control de la policía en el proceso penal chileno”. En varios autores: “Primer Congreso Nacional sobre la reforma del Proceso Penal”. Cuadernos de Análisis Jurídico. N° 39. UDP. 1998.
- HORVITZ LENNON, MARÍA INÉS- LÓPEZ MASLE, JULIÁN. “Derecho Procesal Penal Chileno”. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 2002.
- MAIER, JULIO y otros. “Reformas Procesales en América Latina. La oralidad en los procesos”. CPU. 1993.
- Ministerio de Justicia. Fundación Paz Ciudadana. CPU. “Propuesta Anteproyecto Nuevo Código de Procedimiento Penal”. 1995.
- NEIRA ALARCÓN, EUGENIO. “Manual de Procedimiento Penal Chileno”. Tomo I. Impresos Alanis. Santiago. 1989.
- “Pena y Estado”. Año 2. Número 2. Ministerio Público. Editores del Puerto. Buenos Aires. 1997.
- PÉREZ DEL VALLE, CARLOS. “Teoría de la Prueba y Derecho Penal”. Editorial Dykinson. Madrid. 1999.
- QUEZADA MELÉNDEZ, JOSÉ. “El Nuevo Proceso Penal Chileno”. Ediar ConoSur. 1991.
- Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales del Ministerio Público. N°s. 1 a 25. N°s. 26 a 50. (2 Tomos). Editorial Jurídica de Chile. 2001.
- Reforma Procesal Penal. Instrucciones Generales del Ministerio Público. N°s. 51 a 75. Editorial Jurídica de Chile. 2002.
- RODRÍGUEZ PAPIC, IGNACIO. “Procedimiento Civil. Juicio Ordinario Mayor Cuantía”. 5ª Edición. Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- ROXIN, CLAUDIUS. “Derecho Procesal Penal”. Traducción de la 25ª Edición Alemana. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2000.